CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED
van 4 juli 2002 [1]

I — Inleiding

1. In deze zaak verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen dat het Groothertogdom Luxemburg zijn verplichtingen niet is nagekomen door niet in de praktijk de omzetting te verzekeren van artikel 4 quinquies van richtlijn 90/388/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG.

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

II — Het juridisch kader

A — *Het gemeenschapsrecht*

2. Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten [2], zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 [3], en die betrekking heeft op de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie bepaalt in artikel 2:

„1. De lidstaten trekken alle maatregelen in, waarbij:

a) uitsluitende rechten worden verleend voor de verrichting van telecommunicatiediensten, met inbegrip van de aanleg en de beschikbaarstelling van de voor die diensten benodigde telecommunicatienetten,

of

2 — PB L 192, blz. 10.
3 — PB L 74, blz. 13.

b) bijzondere rechten worden verleend, die het aantal ondernemingen die deze telecommunicatiediensten mogen verrichten of deze netten mogen aanleggen of beschikbaar stellen anders dan op grond van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer beperken,

of

c) bijzondere rechter worden verleend, die anders dan op grond van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria verscheidene concurrerende ondernemingen aanwijzen voor de verrichting van deze telecommunicatiediensten of de aanleg of beschikbaarstelling van deze netten.

2. De lidstaten nemen de noodzakelijke maatregelen om ervoor te zorgen dat elke onderneming gerechtigd is de in lid 1 bedoelde diensten te verrichten of de in lid 1 bedoelde netten aan te leggen en beschikbaar te stellen

Onverminderd de artikelen 3 *quater* en 4, lid 3, kunnen de lidstaten tot 1 januari 1998 bijzondere of uitsluitende rechten handhaven voor spraaktelefonie en voor de aanleg en de beschikbaarstelling van openbare telecommunicatienetten.

De lidstaten zorgen er echter voor, dat alle overblijvende beperkingen op het verrichten van andere telecommunicatiediensten dan spraaktelefonie via de door de verrichter van de telecommunicatiedienst aangelegde netten, via de door derden geleverde infrastructuren of door middel van het gemeenschappelijk gebruik van netten, andere installaties en terreinen, uiterlijk op 1 juli 1996 worden opgeheven en dat de desbetreffende maatregelen uiterlijk op dezelfde datum aan de Commissie worden meegedeeld.

Met betrekking tot de data vermeld in de tweede en derde alinea van dit lid en in artikel 4 bis, lid 2, wordt op verzoek aan lidstaten met minder ontwikkelde netten een bijkomende uitvoeringstermijn van ten hoogste vijf jaar en aan lidstaten met zeer kleine netten een bijkomende uitvoeringstermijn van ten hoogste twee jaar toegekend, voorzover zulks noodzakelijk is om de vereiste aanpassingen te verwezenlijken. Een dergelijk verzoek moet vergezeld gaan van een gedetailleerde beschrijving van de voorgenomen aanpassingen en een nauwkeurige raming van het ter uitvoering daarvan benodigde tijdschema. De verstrekte informatie wordt op verzoek aan elke belanghebbende beschikbaar gesteld, met inachtneming van het legitieme belang dat ondernemingen hebben bij de bescherming van hun zakengeheimen.

3. De lidstaten die het verrichten van telecommunicatiediensten of de aanleg of de beschikbaarstelling van telecommunica-

tienetten onderwerpen aan een vergunnings-, algemene goedkeurings- of aanmeldingsprocedure met het oog op de naleving van de essentiële vereisten, zien er op toe dat de relevante voorwaarden objectief, niet-discriminerend, evenredig en duidelijk zijn, dat elke weigering met redenen wordt omkleed en dat er wordt voorzien in een procedure om tegen dergelijke weigeringen in beroep te gaan.

De verrichting van andere telecommunicatiediensten dan spraaktelefonie en de aanleg en de beschikbaarstelling van openbare telecommunicatienetten en andere telecommunicatienetten, waarbij gebruik wordt gemaakt van radiofrequenties, kan slechts aan een algemene goedkeurings- of een aanmeldingsprocedure worden onderworpen.

[...]"

3. Op 28 juni 1996 hebben de Luxemburgse autoriteiten, overeenkomstig artikel 2, lid 2, van richtlijn 90/388/EEG om bijkomende uitvoeringstermijnen verzocht. Bij beschikking 97/568/EG[4] van 14 mei 1997 heeft de Commissie het Groothertogdom Luxemburg uitstel gegeven tot uiterlijk 1 juli 1998 voor wat betreft het afschaffen van de toenmalige uitsluitende rechten voor spraaktelefonie (artikel 1) en tot uiterlijk 1 juli 1997 voor wat betreft het opheffen van beperkingen op het verrichten van reeds geliberaliseerde telecommunicatiediensten (artikel 2).

4. Artikel 4 *quinquies* van richtlijn 90/388/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG, bepaalt:

„De lidstaten discrimineren bij de toekenning van doorgangsrechten niet tussen de aanbieders van openbare telecommunicatienetten.

Indien de toekenning van aanvullende doorgangsrechten aan ondernemingen die openbare telecommunicatienetten beschikbaar willen stellen, wegens toepasselijke essentiële vereisten niet mogelijk is, zorgen de lidstaten ervoor dat deze ondernemingen op redelijke voorwaarden toegang krijgen tot bestaande installaties die met gebruikmaking van een doorgangsrecht zijn aangelegd en niet kunnen worden gedupliceerd."

5. Artikel 2, punt 6, van richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision[5], zoals gewijzigd bij richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 90/387/EEG en 92/44/EEG van de Raad met het oog op de aanpassing aan een door concurrentie gekenmerkte context in de

4 — PB L 234, blz. 7.

5 — PB L 192, blz. 1.

telecommunicatie, geeft aan dat onder de richtlijn onder „essentiële eisen" wordt verstaan:

„Niet-economische redenen van openbaar belang die lidstaten ertoe kunnen brengen voorwaarden te stellen aan de installatie en/of exploitatie van telecommunicatienetwerken of de levering van telecommunicatiediensten. Deze redenen zijn de veiligheid van het functioneren van het netwerk, het behoud van netwerkintegriteit en, in gerechtvaardigde gevallen, de interoperabiliteit van diensten, gegevensbescherming, milieubescherming, doelstellingen terzake van stadsplanning en ruimtelijke ordening evenals het daadwerkelijk gebruik van het frequentiespectrum en het vermijden van schadelijke interferentie tussen op radiogolven gebaseerde telecommunicatiesystemen en andere technische systemen in de ruimte of de grond. [...]"

B — *Het nationale recht*

6. Artikel 7 van de Luxemburgse wet van 21 maart 1997 inzake telecommunicatie, gepubliceerd in de *Mémorial* van 27 maart 1997, voorziet in een vergunningenstelsel voor de exploitatie van telecommunicatienetwerken, en diensten voor telefonie, mobile telefonie, en semafonie.

7. Artikel 34, lid 1, eerste alinea, van de wet inzake telecommunicatie bepaalt dat een houder van een vergunning voor de exploitatie van een telecommunicatienetwerk gebruik mag maken van de openbare domeinen van de staat en gemeenten om kabels, bovengrondse leidingen en daarmee verbonden installaties aan te brengen, met inachtneming van de bestemming en de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die het gebruik van deze domeinen beheersen.

8. Ingevolge artikel 35 van deze wet dient de vergunninghouder voor de aanleg van kabels, bovengrondse leidingen en daarmee verbonden installaties op de openbare domeinen van de staat of gemeenten ter goedkeuring een tekening over te leggen aan de bevoegde autoriteiten waarop de plaats en de aard van de inrichting is aangegeven.

De autoriteiten mogen voor het recht op gebruik van de openbare domeinen aan de houder van de vergunning geen belasting, heffing, tol, retributie of vergoeding van welke aard dan ook opleggen.

De houder van de vergunning beschikt bovendien over een recht om gratis de kabels, bovengrondse leidingen en aanverwante installaties aan te mogen brengen bij

de fysieke infrastructuur (wegen, bruggen, enz.) die in het publiek domein van de staat en gemeenten is gelegen.

9. Ingevolge artikel 35, lid 3, van de wet inzake telecommunicatie zijn de kosten voortvloeiend uit de wijziging van de kabels, bovengrondse leidingen en aanverwante installaties voor rekening van de houder van een exploitatievergunning voor een telecommunicatienetwerk.

III — Procedure

10. Op 22 juli 1999 heeft de Commissie, nadat een formele klacht tegen het Groothertogdom Luxemburg was ingediend, de Luxemburgse autoriteiten herinnerd aan hun verplichtingen uit hoofde van artikel 4 *quinquies* van richtlijn 90/388/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG. Aangezien een gesprek op 10 september 1999 en een schriftelijke reactie bij brief van 16 september 1999 niet bevredigend waren heeft de Commissie het Groothertogdom Luxemburg op 17 januari 2000 in gebreke gesteld. Daarop heeft Luxemburg niet gereageerd. Bij brief van 3 augustus 2000 heeft de Commissie vervolgens een met redenen omkleed advies uitgebracht, waarin zij verzocht om binnen een termijn van twee maanden de nodige maatregelen te nemen om aan zijn verplichtingen te voldoen. Op 19 september 2000 heeft de Commissie bij een volgende ontmoeting met de Luxemburgse autoriteiten nogmaals vragen gesteld omtrent het toekennen van niet-discriminatoire doorgangsrechten. Aangezien een formele reactie op de ingebrekestelling uitbleef heeft de Commissie op 27 februari 2001 beroep ingesteld.

IV — Argumenten van partijen

11. De Commissie opereert mede, zoals uit bovenstaand punt al blijkt, naar aanleiding van een klacht van Coditel. Deze onderneming, die sinds 20 januari 1999 een vergunning tot exploitatie van telecommunicatienetwerken heeft, heeft sinds die tijd tevergeefs aanvragen bij de Luxemburgse autoriteiten ingediend voor het verkrijgen van de benodigde doorgangsrechten en beklaagt zich erover dat het niet mogelijk bleek de benodigde vergunningen te krijgen.

12. In deze zaak formuleert de Commissie één grief tegen het Groothertogdom Luxemburg. Deze grief houdt in dat de geldende Luxemburgse wetgeving onvoldoende waarborgt dat de doorgangsrechten van vergunninghouders op niet-discriminatoire wijze worden verleend. In essentie is de wet correct, maar zij bevat onvoldoende waarborgen voor een niet-discriminatoire verlening van de toegangsrechten. Deze gebrekkige waarborg vloeit ofwel voort uit het gegeven dat de bepalingen van de Luxemburgse wet van 21 maart 1997

inzake telecommunicatie niet naar behoren, dat wil zeggen niet-discriminatoir worden toegepast, dan wel uit het gegeven dat de Luxemburgse wetgever heeft nagelaten de nodige aanvullende maatregelen te treffen die ertoe strekken dat de houders van een vergunning daadwerkelijk hun daaruit voortvloeiende rechten kunnen effectueren.

13. De Commissie staaft deze grief met drie argumenten:

— de onzekerheden in het Luxemburgse rechtskader;

— het niet motiveren van dan wel inroepen van toepasselijke essentiële vereisten in de afwijzende beschikkingen;

— het mogelijk bestaan van discriminatie.

14. Volgens de Commissie bestaat het recht op doorgang van netwerkexploitanten die in het bezit zijn van een daartoe strekkende vergunning wel naar de letter van de wet, maar het blijkt in de praktijk niet te effectueren. Het is vaak onduidelijk wie de bevoegde instanties zijn; de te volgen procedures zijn onduidelijk; zij verschillen bovendien al naar gelang de bevoegde instantie en hun onderlinge afstemming is niet geregeld. Een bijzonder obstakel is gelegen in het feit dat de regeling in de wet van 21 maart 1997 niet is afgestemd op de procedure die moet worden gevolgd ter verkrijging van een vergunning voor het gebruik van de openbare weg. Een bijkomend praktisch probleem is dat de gegevens die nodig zijn voor het opstellen van de over te leggen situatietekening moeilijk te verkrijgen zijn zonder hulp van de autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de desbetreffende domeinen.

15. Op de tweede plaats wijst de Commissie erop dat de bevoegde Luxemburgse autoriteiten ingevolge richtlijn 90/388/EEG, zoals gewijzigd, de aanvraag tot recht op doorgang hadden kunnen weigeren met een beroep op de zogenaamde essentiële vereisten verband houdend met niet-economische publieke belangen. In casu is door de bevoegde Luxemburgse autoriteiten en instellingen op geen enkele wijze een beroep gedaan op deze essentiële eisen. Ingevolge artikel 4 *quinquies* van de gewijzigde richtlijn 90/388/EEG zou alleen een dergelijk beroep een weigering van de doorgangsvergunning hebben kunnen rechtvaardigen.

16. Ten derde herinnert de Commissie eraan dat genoemd artikel 4 *quinquies* elke discriminatie tussen aanbieders van openbare telecommunicatienetten bij de toeken-

ning van doorgangsrechten verbiedt. Volgens de informatie waarover de Commissie beschikt, blijkt echter dat nog aan geen enkele zich aandienende telecommunicatienetwerkexploitant doorgangsrechten op het openbaar domein zijn toegekend. Derhalve kunnen de lokale netwerken niet worden verbonden met grensoverschrijdende netwerken en kunnen vergunninghouders geen voorzieningen en diensten aanbieden die vergelijkbaar zijn met die van het Luxemburgse bedrijf van de Post en Telecommunicatie (hierna: „EPT"). De Commissie wijst er nog op dat het EPT is geweest die het recht heeft verkregen om langs bepaalde autowegen kabels aan te leggen. Een dergelijk recht is tot nu toe aan andere vergunninghouders die een netwerk wilden exploiteren geweigerd. De Commissie merkt in dit verband nog op dat zelfs indien de kabels die EPT langs de desbetreffende autoweg heeft aangelegd uitsluitend bestemd waren voor verkeerscontrole en informatie ten behoeve van de wegbeheerder, het niet voor de hand ligt dat EPT zich dit recht zou hebben willen verwerven indien zij niet het vooruitzicht had dat zij in de voor de verkeerssignalering aangelegde leidingen niet haar eigen verbindingskabels zou kunnen gaan leggen. Bij ontstentenis van een objectieve rechtvaardiging voor dit in de praktijk exclusieve recht van EPT, die zou hebben kunnen bestaan uit mogelijk van toepassing zijnde essentiële vereisten van publiek belang, is dit een duidelijk geval van discriminatie jegens andere gegadigde exploitanten.

17. De Luxemburgse autoriteiten wijzen erop dat de wet inzake telecommunicatie voorziet in een vergunningenregime. Ingevolge artikel 34, lid 1, van deze wet maakt het recht op doorgang integraal deel uit van die vergunning. Het beginsel van non-discriminatie tussen aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken, zoals neergelegd in artikel 4 *quinquies* van richtlijn 90/388/EEG, zoals gewijzigd, zou dus in Luxemburgse recht zijn omgezet.

18. Volgens de Luxemburgse vertegenwoordigers is het uitoefenen van het recht op doorgang onderworpen aan precieze voorschriften die gepubliceerd zijn door de betreffende bevoegde autoriteiten. Deze regels zouden voor iedere gegadigde voor een recht op doorgang hetzelfde zijn.

19. De rechten die houders van een vergunning ingevolge de wet inzake telecommunicatie hebben, laten onverlet dat zij voor de effectuering ervan andere wettelijke voorschriften in acht moeten nemen. Op het verkrijgen van de nodige vergunning voor het gebruik van de openbare weg zijn de algemene voorschriften over het gebruik van het langs wegen gelegen openbare domeinen van toepassing.

20. Voor wat betreft het door de Commissie aangehaalde geval van Coditel merkt de Luxemburgse regering op dat deze onderneming haar verzoek om een vergunning tot doorgang aanvankelijk tot de verkeerde autoriteit heeft gericht. Volgens de Luxemburgse jurisprudentie [6] zou niet de beheerder van het spoorwegennet, maar de Minister van Transport de bevoegde instantie zijn. Bovendien zou deze onderneming naderhand, in haar hernieuwde aanvraag, een incompleet dossier hebben

6 — Uitspraak van het Tribunal administratif van 13 december 2000.

overgelegd. Daaraan ontbrak namelijk de tekening met de locaties en de hoedanigheden van de aan te leggen inrichtingen. De Luxemburgse regering betwist overigens de stelling dat voor het opmaken van zo'n tekening niet-toegankelijke technische gegevens nodig waren, die slechts door de beheerder van de desbetreffende openbare netwerken konden worden geleverd. Volgens haar betreft het hier slechts een topografische schets waarvoor de gegevens openbaar zijn en bij het kadaster kunnen worden verkregen.

21. Tot slot wijst Luxemburg erop dat zij bij groothertogelijke verordening van 8 juni 2001 de procedure die in deze zaak aan de orde is heeft gewijzigd. Hierin worden de goedkeuringsvoorwaarden en de voorwaarden voor gebruik van het spoor- en wegennetwerk door netwerkexploitanten, beheerders van elektriciteitsnetwerken en ondernemingen actief in het gas-transportwezen geregeld. De bevoegde autoriteit voor het afgeven van een vergunning voor het gebruik van de openbare weg blijft de Minister van Publieke Werken. De aanvragen worden echter behandeld door respectievelijk de beheerder van de spoorwegeninfrastructuur (CFL) voor wat betreft het spoorwegennet en de Dienst der Waterstaat voor wat betreft het wegennet.

V — Beoordeling

22. De richtlijn, zoals gewijzigd, beoogt de markten voor telecommunicatie volledig vrij te maken voor mededinging. Daartoe zijn de lidstaten verplicht hun markten te liberaliseren, zodat ook andere aanbieders dan de traditionele nationale telecommunicatiebedrijven een kans zouden krijgen, niet alleen om hun diensten over bestaande netwerken aan te bieden, maar ook om concurrerende netwerken te installeren.

23. Voor het laatste zijn de rechten op doorgang over publieke domeinen een essentiële voorwaarde. Zonder dergelijke rechten kan een vergunning voor een telecommunicatienetwerk niet worden geëffectueerd. Dit recht houdt in dat aanbieders van openbare telecommunicatienetten toegang krijgen tot openbare en particuliere terreinen voor het leggen van kabels en het plaatsen van de benodigde installaties teneinde de eindgebruiker te kunnen bereiken. In gevallen waarin de doorgang moet worden geweigerd wegens toepasselijke essentiële vereisten, heeft dit tot gevolg dat toegang moet worden verleend tot reeds bestaande telecommunicatienetwerkinfrastructuur.

24. Zoals uit het bovenstaande blijkt is dit recht op doorgang van belang, omdat zonder een dergelijk doorgangsrecht het voor nieuwe exploitanten die een vergunning hebben gekregen moeilijk dan wel onmogelijk is om te concurreren met de reeds bestaande, doorgaans monopolistische, nationale telecommunicatieorganisatie. Daarmee wordt de beoogde liberalisatie

van en concurrentie op deze markten onmogelijk, dan wel ernstig vertraagd. Dit zou erop neerkomen dat monopolies op beschermde nationale markten vooralsnog in stand blijven. Dit is een situatie die uitdrukkelijk in strijd is, niet alleen met de doelstellingen van de richtlijn, maar ook met de strekking van het EG-Verdrag zelf. Daarom dienen de lidstaten niet alleen hun markten voor de telecommunicatie te openen door niet-discriminerende vergunningenstelsels, maar ook en vooral dienen zij iedere wettelijke, bestuursrechtelijke en feitelijke belemmering weg te nemen voor de effectuering van de rechten die een netwerkexploitant aan zijn vergunning kan ontlenen.

25. Zoals ook door de Commissie niet wordt bestreden, is het recht op doorgang opgenomen in de Luxemburgse wet inzake telecommunicatie. Het is te vinden in artikel 34, lid 1, van deze wet.

Implementatie van de richtlijn behelst echter meer dan het zuiver omzetten ervan in nationale wetgeving. Zoals ik ook reeds in mijn conclusie inzake Marks & Spencer [7] heb aangegeven vergt het met een richtlijn beoogde resultaat niet enkel een juiste omzetting, maar ook een toepassing van de desbetreffende nationale wetgeving in overeenstemming met de strekking van de richtlijn. In casu veronderstelt dit dat belanghebbenden de mogelijkheden waarin de richtlijn voorziet ook inderdaad kunnen benutten. Het kunnen effectueren van het recht op doorgang betekent onder andere dat de procedures duidelijk dienen te zijn, dat belanghebbenden binnen een redelijke termijn uitsluitsel dienen te hebben, en, dat naast deze eisen voortvloeiend uit het effectiviteitsbeginsel ook het non-discriminatiebeginsel in acht moet worden genomen, hetgeen erop neerkomt dat er voldoende waarborgen zijn om discriminatie bij het verlenen van doorgangsrechten of het effectueren daarvan te voorkomen.

De richtlijn schrijft dan ook voor dat de lidstaten bij het toekennen van doorgangsrechten niet discrimineren, en dat daar waar bij de aanleg of beschikbaarstelling van telecommunicatienetten essentiële eisen van openbaar belang in het geding zijn, en zij met het oog daarop een vergunningenregime hanteren, zij objectieve, niet-discriminatoire, evenredige en duidelijke voorwaarden dienen te stellen, waarbij een eventuele weigering dient te worden gemotiveerd en waarbij voorzien is in beroepsmogelijkheden om tegen dergelijke weigeringen op te komen.

26. Uit de door de Commissie geschetste feitenconstellatie blijkt dat het geen sinecure is om het recht op doorgang daadwerkelijk uit te oefenen. Weliswaar stelt de Luxemburgse regering dat inherent aan de vergunning een recht op doorgang bestaat, in de praktijk schijnen allerlei obstakels overwonnen te moeten worden. Deze obstakels hangen samen met onduidelijke procedures, die niet op elkaar zijn afgestemd en met een onduidelijke afbakening van de bestuurlijke bevoegdheden.

7 — Conclusie van 24 januari 2002, zaak C-62/00, (arrest van 11 juli 2002, Jurispr. blz. I-6325, blz. I-6328). Ook volgens de rechtspraak van het Hof geldt dat correcte omzetting niet volstaat maar dat de aldus omgezette normen dienen te worden geoperationaliseerd en daadwerkelijk in de praktijk dienen te worden nageleefd. Deze resultaatsverplichting wordt rijkelijk geïllustreerd in bijvoorbeeld de rechtspraak omtrent de naleving van communautaire milieunormen.

27. Om het recht op doorgang te kunnen effectueren zijn in de praktijk twee procedures noodzakelijk. Ten eerste dient een situatieschets ter goedkeuring te worden overlegd, ten tweede dient men over een vergunning tot het gebruik van de openbare weg te beschikken.

28. Het aanleggen van een netwerk bestrijkt doorgaans meer percelen en delen van domeinen, hetgeen impliceert dat de exploitant die zijn recht op doorgang wil effectueren bij verschillende instanties te rade dient te gaan, zoals de Dienst der Registratie en Domeinen, de Dienst van de Waterstaat en de desbetreffende colleges van burgemeester en wethouders. Ervan afgezien dat dit in termen van administratieve lasten al een barrière kan opleveren, is dat het zeker als de procedurele voorschriften uiteenlopen, afhankelijk van de instantie waarmee men van doen heeft. In een voorfase van deze zaak hebben de Luxemburgse autoriteiten ook al toegeven dat de van toepassing zijnde regels op de goedkeuringsprocedures van artikel 35 van de wet inzake telecommunicatie onduidelijk zijn, met name wat betreft de aansluiting op de procedure voor het verkrijgen van een vergunning tot gebruik van de openbare weg. Zij hebben toen ook erkend dat zij nimmer uitvoeringsregelingen hebben vastgesteld en gepubliceerd, zodat de diverse instanties die ter zake bevoegd zijn de facto nooit een recht op doorgang hebben verleend.

29. In de contentieuze fase geeft de Luxemburgse regering aan dat de procedures, die de verschillende bevoegde instanties hanteren, bij hen opvraagbaar zijn en doorgaans ook beschikbaar zijn op internet. Deze toelichting is naar mijn smaak niet overtuigend. Immers, de houders van een vergunning die van de daaruit voortvloeiende rechten gebruik willen maken moeten zich niet alleen richten tot instanties van de staat Luxemburg, maar ook al naar gelang de ligging van het netwerk tot gemeentelijke instanties. Dit samenstel van regels waarmee houders van een vergunning te maken kunnen krijgen is ontegenzeggelijk intransparant. Zij hebben onvoldoende inzicht in de procedurevoorwaarden waaraan moet worden voldaan voor het verkrijgen van de nodige toestemmingen op doorgang. Dat de Luxemburgse autoriteiten hebben ingezien dat het hier een ernstig obstakel betreft blijkt wel uit het feit dat zij inmiddels een werkgroep hebben opgericht die tot opdracht heeft de regels voor het verkrijgen van toegang tot de staatsdomeinen af te stemmen op de regels die daarvoor in de gemeentelijke sfeer voor de gemeentelijke domeinen gelden.

30. Voor het verkrijgen van de noodzakelijke toestemmingen en vergunningen voor de aanleg van telecommunicatienetwerken moeten, zoals hierboven bleek, situatietekeningen worden overgelegd. De klacht is geuit dat de gegevens die voor een dergelijke schets nodig zijn vaak moeilijk te verkrijgen zijn. Deze gegevens zijn doorgaans in het bezit van de bevoegde domeinbeheerders. Het argument van de Luxemburgse regering dat het slechts om topografische schetsen zou gaan, waarvoor de gegevens verkrijgbaar zijn bij het kadaster, bevreemdt mij enigszins. Juist bij het aanleggen van netwerken is een uitputtend inzicht nodig in de andere voorzieningen die zich in en op de grond bevinden, zoals buisleidingen, andere netwerken (elektrici-

teit) en riolering. De technische gegevens daaromtrent berusten in de regel bij de beheerders van de desbetreffende delen van het publieke domein. Voor het opstellen van technisch verantwoorde situatieschetsen is derhalve de medewerking van deze beheerders nodig. Aangezien het hier om een potentieel obstakel gaat, waarop de aanleg van de door de vergunninghouder benodigde netwerken kan afstuiten, is mijns inziens de actieve medewerking van de Luxemburgse autoriteiten ter verkrijging van de gewenste gegevens nodig. Ware het anders dan zou de effectuering van de met de richtlijn beoogde doeleinden, namelijk een markt waarop de vergunninghouders ook met hun netwerken kunnen concurreren, worden bemoeilijkt.

31. Naast de benodigde goedkeuring van de situatieschets alvorens het recht op doorgang kan worden verleend, moet men voorts beschikken over een vergunning tot het gebruik van de openbare weg. Pas dan kunnen de benodigde leidingen en aanverwante installaties op het openbaar domein worden aangelegd. De Luxemburgse autoriteiten hebben tijdens een gesprek met de Commissie gewezen op de moeilijkheden voortvloeiende uit de wetgeving betreffende de aanleg van hoofdwegen. Zo zou de wet van 26 mei 1998 bepalen dat binnen een afstand van 25 meter van de autowegen de noodzakelijke onderhoudswerkzaamheden van bestaande constructies onderworpen zijn aan de uitdrukkelijke en schriftelijke goedkeuring van de Minister van Publieke Werken en dat andere bouw-, herbouw- of veranderingswerkzaamheden verboden zijn. Dit zou erop neerkomen dat op dit deel van de domeinen in het geheel geen doorgangsrechten met betrekking tot nieuwe netwerken zouden kunnen worden geëffectueerd. Niettemin wijst de Commissie erop dat er langs de autowegen sinds de inwerkingtreding van deze wet wel nieuwe elektriciteit- en transmissiekabels zijn en worden aangelegd. Vermoedelijk gaat het hier dus om een onduidelijke formulering, in het licht van de met de letter ervan strijdige uitvoeringspraktijk. Het moge duidelijk zijn dat deze wetgeving onvoldoende rechtszekerheid schept voor de justitiabelen en dat zij ruimte schept voor een de facto discriminerende uitvoeringspraktijk.

32. De Luxemburgse regering heeft gewezen op het feit dat inmiddels nieuwe wetgeving tot stand is gekomen [8], die de problemen welke in deze zaak aan de orde zijn regelt. Deze wetgeving schijnt de procedures te stroomlijnen, voor wat betreft het verkrijgen van doorgangsrechten en de benodigde vergunningen voor het gebruik van de domeinen langs en op de openbare wegen en spoorwegen, een en ander met inachtneming van de beginselen van transparantie en non-discriminatie. Wat hiervan ook zij, deze wetgeving is tot stand gekomen na het einde van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn, zodat zij ingevolge vaste rechtspraak van het Hof niet kan worden meegewogen. [9]

33. Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat de tot nu toe bestaande

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, *Mémorial* van 13 juni 2001.

9 — Zie recentelijk nog arrest van 6 juni 2002, Commissie/Frankrijk (C-177/01, Jurispr. blz. I-5137).

praktijk niet strookt met de strekking van de richtlijn. De ondoorzichtigheid en complexiteit van de regels waarmee vergunninghouders voor telecommunicatienetwerken bij het effectueren van hun rechten te maken hebben, acht ik in strijd met de richtlijn, omdat zij de toegang van nieuwkomers op de desbetreffende markt feitelijk bemoeilijken en aldus discriminatie tussen het reeds op die markt werkzame bedrijf EPT en eventuele (buitenlandse) gegadigden niet uitsluiten. Derhalve handelt de Luxemburgse overheid in strijd met de richtlijn.

VI — Conclusie

Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

— te verklaren dat het Groothertogdom Luxemburg door niet alle maatregelen te nemen die nodig zijn om de daadwerkelijke en niet-discriminatoire uitoefening van het recht van doorgang te verzekeren, en door aldus in strijd te handelen met artikel 4 *quinquies* van richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996, de krachtens die richtlijn op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— het Groothertogdom Luxemburg te verwijzen in de kosten.