# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL L. A. GEELHOED

apresentadas em 4 de Julho de 2002 [1]

## I — Introdução

1. No processo em apreço, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que o Grão-Ducado do Luxemburgo não cumpriu as suas obrigações ao não garantir na prática a transposição do artigo 4.°-D da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações [2], com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996 [3], no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações.

1 — Língua original: neerlandês.
2 — JO L 192, p. 10.
3 — JO L 74, p. 13.

## II — Enquadramento jurídico

### A — *Direito comunitário*

2. A Directiva 90/388, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19, estipula, no artigo 2.°:

«1. Os Estados-Membros devem suprimir todas as medidas que concedam:

a) direitos exclusivos para o fornecimento de serviços de telecomunicações incluindo a criação e a oferta de redes de telecomunicações necessárias para o fornecimento desses serviços,

ou

b) direitos especiais que limitem a duas ou mais as empresas autorizadas a fornecerem esses serviços de telecomunicações ou a criarem ou oferecerem essas redes, sem ser em função de critérios objectivos, proporcionais e não discriminatórios,

ou

c) direitos especiais que permitem, sem ser em função de critérios objectivos proporcionais e não discriminatórios, designar várias empresas concorrentes para fornecerem esses serviços de telecomunicações ou para criarem ou oferecerem essas redes.

Os Estados-Membros garantirão, o mais tardar até 1 de Julho de 1996, que sejam suprimidas todas as restrições ao fornecimento de serviços de telecomunicações, que não os da telefonia vocal, em redes instaladas pelo fornecedor dos serviços de telecomunicações, nas infra-estruturas fornecidas por terceiros e através da utilização partilhada de redes e de outras instalações e locais e que as medidas respectivas sejam notificadas à Comissão.

Relativamente às datas previstas no segundo e terceiro parágrafos do presente número, no artigo 3.° e no n.° 2 do artigo 4.°-A, aos Estados-Membros com redes menos desenvolvidas será concedido, a pedido, um prazo adicional para a sua aplicação até cinco anos e aos Estados-Membros com redes muito reduzidas um prazo de transposição adicional até dois anos, desde que tal seja necessário para proceder aos ajustamentos estruturais que se impõem. Esse pedido deve incluir uma descrição pormenorizada dos ajustamentos projectados e uma análise exacta do calendário previsto para a sua aplicação. Estas informações serão fornecidas a qualquer interessado que o solicite, mas tendo em conta o interesse legítimo das empresas no que se refere à protecção dos seus segredos comerciais.

2. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que qualquer empresa possa fornecer os serviços de telecomunicações a que se refere o n.° 1, bem como criar ou oferecer as redes referidas no n.° 1.

Sem prejuízo no disposto no artigo 3.°-C e no terceiro parágrafo do artigo 4.°, os Estados-Membros podem manter direitos especiais e exclusivos até 1 de Janeiro de 1998 no que diz respeito à telefonia vocal e à criação e oferta de redes públicas de telecomunicações.

3. Os Estados-Membros que sujeitem o fornecimento de serviços de telecomunicações ou a criação ou oferta de redes de

telecomunicações a um processo de licenciamento, de autorização geral ou de declaração destinado a dar cumprimento às exigências essenciais, assegurarão que as condições relevantes serão objectivas, não discriminatórias, proporcionais e transparentes, que qualquer recusa será devidamente fundamentada e que qualquer decisão será passível de recurso.

O fornecimento de serviços de telecomunicações, que não a telefonia vocal, a criação e oferta de redes públicas de telecomunicações e de outras redes de telecomunicações que impliquem a utilização de frequências de rádio apenas podem ser sujeitos a um processo de autorização geral ou de declaração.

[...]»

3. Em 28 de Junho de 1996, as autoridades luxemburguesas solicitaram um prazo de aplicação adicional, nos termos do artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 90/388. Por Decisão 97/568/CE, de 14 de Maio de 1997 [4], a Comissão concedeu ao Grão-Ducado do Luxemburgo um adiamento até 1 de Julho de 1998 para a supressão dos direitos, então exclusivos, em matéria de telefonia vocal (artigo 1.°), e até 1 de Julho de 1997 no que se refere à eliminação das restrições à prestação de serviços de telecomunicações já liberalizados (artigo 2.°).

4. O artigo 4.°-D da Directiva 90/388, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19, estipula:

«Os Estados-Membros não farão qualquer discriminação entre operadores que ofereçam redes públicas de telecomunicações no que diz respeito à concessão de direitos de passagem para a oferta das referidas redes.

Quando a concessão de novos direitos de passagem a empresas que pretendam oferecer redes públicas de telecomunicações não for possível em razão das exigências essenciais aplicáveis, os Estados-Membros devem garantir o acesso, em condições razoáveis, às infra-estruturas existentes estabelecidas mediante direitos de passagem e que não possam ser duplicadas.»

5. O artigo 2.°, n.° 6, da Directiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações [5], com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/51/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera as Directivas 90/387 e 92/44 para efeitos de adaptação a

4 — JO L 234, p. 7.

5 — JO L 192, p. 1.

um ambiente concorrencial no sector das telecomunicações (JO L 295, p. 23), indica que por «requisitos essenciais» se entende:

«[A]s razões de interesse geral e de natureza não económica que podem levar um Estado-Membro a impor condições ao estabelecimento e/ou funcionamento das redes de telecomunicações ou à prestação de serviços de telecomunicações. Essas razões são a segurança do funcionamento da rede, a manutenção da integridade da rede e, sempre que se justificar, a interoperabilidade dos serviços, a protecção dos dados, a protecção do ambiente e os objectivos do ordenamento do território, bem como a utilização efectiva do espectro de frequências e a necessidade de evitar interferências prejudiciais entre os sistemas de telecomunicações baseados nas radiocomunicações e outros sistemas técnicos espaciais ou terrestres. [...]»

B — *Direito nacional*

6. O artigo 7.° da Lei luxemburguesa de 21 de Março de 1997, relativa às telecomunicações, publicada no *Mémorial* de 27 de Março de 1997, prevê um regime de licenciamento da exploração de redes de telecomunicações e de serviços de telefonia, de telefonia móvel e de radiomensagens.

7. O artigo 34.°, n.° 1, primeiro parágrafo, da lei das telecomunicações estipula que o detentor de uma licença de exploração de uma rede de telecomunicações pode utilizar os domínios públicos do Estado e dos municípios para instalar cabos, fios aéreos e equipamentos conexos, desde que respeite a sua afectação e as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regulam a utilização destes domínios.

8. Nos termos do artigo 35.° desta lei, o detentor de uma licença que pretenda instalar cabos, fios aéreos e equipamentos conexos nos domínios públicos do Estado ou dos municípios deve submeter à aprovação das autoridades competentes um desenho que indique a localização e a natureza da instalação em causa.

As autoridades não podem fazer incidir qualquer imposto, taxa, portagem, retribuição ou indemnização, seja de que natureza for, sobre o direito de utilizar os domínios públicos.

O detentor da licença tem, nomeadamente, o direito de instalar cabos, fios aéreos e equipamentos conexos na infra-estrutura

física (estradas, pontes, etc.) situada no domínio público do Estado e dos municípios.

9. Nos termos do artigo 35.°, n.° 3, da lei das telecomunicações, os custos inerentes à modificação dos cabos, fios aéreos e equipamentos conexos serão suportados pelo detentor da licença de exploração de uma rede de telecomunicações.

## III — Tramitação

10. Em 22 de Julho de 1999, depois de ter sido apresentada uma denúncia formal contra o Grão-Ducado do Luxemburgo, a Comissão recordou às autoridades luxemburguesas as obrigações que lhes incumbiam por força do artigo 4.°-D da Directiva 90/388, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19. Dado que a conversa que teve lugar em 10 de Setembro de 1999 e a reacção por escrito em carta de 16 de Setembro de 1999 não se revelaram satisfatórias, a Comissão dirigiu ao Grão-Ducado do Luxemburgo uma notificação para cumprimento, em 17 de Janeiro de 2000. O Luxemburgo não reagiu a essa notificação. Por carta de 3 de Agosto de 2000, a Comissão formulou um parecer fundamentado, no qual convidou o Grão-Ducado do Luxemburgo a adoptar as medidas necessárias ao cumprimento das suas obrigações no prazo de dois meses. Em 19 de Setembro de 2000, por ocasião de mais um encontro com as autoridades luxemburguesas, a Comissão voltou a colocar perguntas sobre a concessão de direitos de passagem não discriminatórios. Na ausência de reacção formal à notificação para cumprimento, a Comissão intentou uma acção por incumprimento, em 27 de Fevereiro de 2001.

## IV — Argumentos das partes

11. A Comissão actua, em parte, na sequência de uma denúncia apresentada pela Coditel, conforme resulta do número anterior. Esta empresa, que desde 20 de Janeiro de 1999 possui uma licença de exploração de redes de telecomunicações, tem desde essa altura apresentado, em vão, às autoridades luxemburguesas requerimentos com vista à obtenção dos necessários direitos de passagem e queixa-se de que não tem sido possível obter essas licenças.

12. No presente processo, a Comissão dirige uma acusação ao Grão-Ducado do Luxemburgo. Esta acusação consiste no facto de a legislação luxemburguesa em vigor não garantir suficientemente que os direitos de passagem dos detentores de licenças são concedidos de forma não discriminatória. A legislação é correcta na sua essência, mas não comporta suficientes garantias de uma concessão não discriminatória dos direitos de passagem. Esta garantia insuficiente resulta quer do facto de a Lei luxemburguesa de 21 de Março

de 1997 relativa às telecomunicações não ser aplicada correctamente, ou seja, de forma não discriminatória, quer do facto de o legislador luxemburguês não ter adoptado as medidas complementares necessárias para que os detentores de licença pudessem efectivamente exercer os seus direitos daí decorrentes.

13. A Comissão fundamenta esta acusação com três argumentos:

— as incertezas do enquadramento jurídico luxemburguês;

— a falta de fundamentação ou não invocação de exigências essenciais aplicáveis na decisão de indeferimento;

— a possível existência de discriminação.

14. De acordo com a Comissão, o direito de passagem dos operadores de rede que detenham uma licença para o efeito existe na letra da lei, mas não na prática. Frequentemente, não se sabe ao certo quem são as autoridades competentes, os procedimentos a respeitar não são transparentes e, sobretudo, variam consoante a entidade competente e a respectiva articulação não foi assegurada. Um obstáculo importante reside no facto de o regime previsto na Lei de 21 de Março de 1997 não estar articulado com o procedimento para a obtenção de uma licença de utilização da via pública. Um problema prático adicional reside na dificuldade em obter os dados necessários à elaboração do desenho da localização a apresentar sem a ajuda das autoridades responsáveis pelos domínios em causa.

15. Em segundo lugar, a Comissão refere que as autoridades luxemburguesas competentes podiam ter indeferido o pedido de direito de passagem, ao abrigo da Directiva 90/388, na sua versão alterada, com base nas denominadas exigências essenciais relacionadas com interesses públicos de natureza não económica. No caso em apreço, as autoridades e os organismos luxemburgueses competentes não fizeram qualquer tipo de alusão às exigências essenciais. Nos termos do artigo 4.°-D da Directiva 90/388, na sua versão alterada, só essa invocação das exigências essenciais poderia justificar a recusa da licença de passagem.

16. Em terceiro lugar, a Comissão recorda que o referido artigo 4.°-D proíbe toda e qualquer discriminação entre operadores que oferecem redes públicas de telecomu-

nicações no que diz respeito à concessão de direitos de passagem. Porém, segundo as informações de que dispõe a Comissão, não foram aparentemente ainda concedidos direitos de passagem sobre o domínio público a nenhum operador de redes de telecomunicações que o solicitasse. Por conseguinte, as redes locais não podem ser ligadas a redes transfronteiriças e os detentores de licenças não podem oferecer equipamentos ou serviços equiparáveis aos da empresa luxemburguesa Postes et Telecommunications (a seguir «EPT»). A Comissão refere ainda que foi a EPT que obteve o direito de instalar cabos ao longo de determinadas auto-estradas. Esse direito tem até hoje sido negado a outros detentores de licenças que desejavam explorar uma rede. A este propósito, a Comissão refere ainda que, mesmo que os cabos que a EPT instalou ao longo das auto-estradas em causa fossem exclusivamente destinados a controlar o tráfego e a informar a entidade gestora da rede rodoviária, não é seguro que a EPT tivesse querido obter esse direito se não esperasse poder instalar os seus próprios cabos de ligação nas condutas destinadas à sinalização rodoviária. Na ausência de uma justificação objectiva para este direito da EPT, exclusivo na prática, que poderia consistir em exigências essenciais de interesse público eventualmente aplicáveis, estamos perante uma clara discriminação de outros operadores interessados.

17. As autoridades luxemburguesas chamam a atenção para o facto de a lei das telecomunicações prever um regime de licenciamento. Nos termos do artigo 34.°, n.° 1, desta lei, o direito de passagem constitui parte integrante da licença. Por conseguinte, o princípio da não discriminação entre operadores que oferecem redes públicas de telecomunicações, previsto no artigo 4.°-D da Directiva 90/388, na sua versão alterada, foi transposto para o direito luxemburguês.

18. De acordo com os representantes luxemburgueses, o exercício do direito de passagem encontra-se subordinado a disposições rigorosas que foram publicadas pelas autoridades competentes. Estas regras são indistintamente aplicáveis a todos os interessados em obter um direito de passagem.

19. Os direitos de que gozam os detentores de uma licença ao abrigo da lei das telecomunicações não impedem que eles tenham de respeitar outras disposições legais para os concretizar. A obtenção da licença necessária à utilização da via pública está sujeita às disposições gerais sobre a utilização dos domínios públicos situados ao longo da rede rodoviária.

20. Em relação ao caso da Coditel evocado pela Comissão, o Governo luxemburguês afirma que esta empresa dirigiu inicialmente o seu requerimento para a obtenção de uma licença de passagem a uma autoridade que não era competente. Segundo a jurisprudência luxemburguesa [6], a autoridade competente não é a entidade gestora da rede ferroviária, mas sim o Ministro dos Transportes. Além disso, a empresa apresentou um *dossier* incompleto no momento

6 — Decisão do Tribunal administratif de 13 de Dezembro de 2000.

da renovação do pedido. Faltava, nomeadamente, o desenho com a localização e a afectação das infra-estruturas a criar. O Governo luxemburguês contesta ainda que para a elaboração desse desenho fossem necessários dados técnicos inacessíveis, que só podiam ser fornecidos pela entidade gestora das redes públicas em causa. Em sua opinião, trata-se apenas de um levantamento topográfico que pode ser realizado com dados públicos disponíveis no registo predial.

21. Por último, o Luxemburgo afirma ter alterado o processo em causa por Regulamento grão-ducal de 8 de Junho de 2001. Este diploma estabelece as condições de aprovação e as condições de utilização da rede rodoviária e ferroviária pelos operadores de telecomunicações, pelas entidades gestoras das redes de electricidade e pelas empresas de transporte de gás. A autoridade competente para conceder uma licença de utilização da via pública continua a ser o Ministro das Obras Públicas. No entanto, os requerimentos são tratados, respectivamente, pela entidade gestora da infra-estrutura ferroviária (CFL), no domínio da rede ferroviária, e pelo Serviço das Obras Públicas, no domínio da rede rodoviária.

## V — Apreciação

22. A directiva, na sua versão alterada, visa abrir integralmente à concorrência os mercados das telecomunicações. Nesse sentido, os Estados-Membros são obrigados a liberalizar os seus mercados, por forma a que outros operadores, para além das tradicionais empresas nacionais de telecomunicações, tenham a possibilidade, não apenas de oferecer os seus serviços através das redes existentes, mas também de criar redes concorrentes.

23. Neste último caso, os direitos de passagem por domínios públicos são uma condição fundamental. Sem eles, uma licença de exploração de uma rede de telecomunicações não pode produzir efeitos. O direito de passagem permite aos operadores que oferecem redes públicas de telecomunicações o acesso a terrenos públicos e privados para a instalação de cabos e das infra-estruturas necessárias por forma a atingir o utilizador final. Quando a passagem deva ser recusada em razão das exigências essenciais aplicáveis, tem de ser concedido o acesso a infra-estruturas de redes de telecomunicações existentes.

24. Conforme resulta do exposto, este direito de passagem é importante, já que sem ele é difícil, senão mesmo impossível, aos novos operadores que tenham obtido uma licença concorrerem com os organismos nacionais de telecomunicações existentes, geralmente em situação de monopólio. A almejada liberalização e abertura à concorrência destes mercados é assim

inviabilizada, ou pelo menos retardada. Daí que continuem a existir monopólios em mercados nacionais protegidos, situação que manifestamente viola, não só os objectivos prosseguidos pela directiva, como o espírito do próprio Tratado CE. Por conseguinte, os Estados-Membros devem abrir os seus mercados de telecomunicações através da adopção de regimes de licenciamento não discriminatórios e, sobretudo, eliminar todos os entraves legislativos, regulamentares, administrativos e práticos à concretização dos direitos de que um operador de rede dispõe ao abrigo da sua licença.

25. A Comissão tão-pouco contesta que o direito de passagem esteja consagrado na lei luxemburguesa das telecomunicações. O direito encontra-se previsto no artigo 34.°, n.° 1, dessa lei. No entanto, o cumprimento da directiva não se esgota na sua transposição para o direito interno. Conforme referi nas conclusões que apresentei no processo Marks & Spencer [7], a aplicação de uma directiva exige mais do que uma simples transposição correcta para o direito interno, pois importa também que a legislação e a regulamentação internas sejam aplicadas de um modo conforme com as disposições da directiva. No caso em apreço, isto implica que os interessados possam efectivamente usufruir das possibilidades previstas na directiva. A concretização do direito de passagem exige, nomeadamente, que os processos sejam transparentes, que os interessados obtenham uma resposta definitiva dentro de um prazo razoável e que, para além destas exigências decorrentes do princípio da eficácia, se atenda ainda ao princípio da não discriminação, ou seja, que existam garantias suficientes a fim de evitar a discriminação na concessão de direitos de passagem ou na respectiva concretização.

A directiva estipula, assim, que os Estados-Membros não devem fazer discriminações na concessão de direitos de passagem e que, sempre que a criação ou a disponibilização de redes de telecomunicações envolva exigências essenciais de interesse público e os Estados-Membros tenham, por esse motivo, adoptado regimes de licenciamento, fixarão condições objectivas, não discriminatórias, proporcionais e transparentes, devendo uma eventual recusa ser fundamentada e qualquer decisão ser passível de recurso.

26. De acordo com os factos descritos pela Comissão, o exercício efectivo do direito de passagem não é tarefa fácil. Embora o Governo luxemburguês afirme que o direito de passagem é inerente à licença, na prática parece haver uma série de obstáculos a ultrapassar. Estes obstáculos estão relacionados com a falta de transparência dos processos, que não estão articulados entre si, e com uma delimitação imprecisa das competências administrativas.

7 — Conclusões de 24 de Janeiro de 2002, C-62/00, acórdão de 11 de Julho de 2002, Colect., p. I-6325, p. I-6328. Também segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não basta a mera transposição correcta, devendo as normas transpostas poder ser concretizadas e respeitadas na prática. Esta obrigação de resultado é amplamente ilustrada, por exemplo, na jurisprudência relativa ao cumprimento das normas comunitárias em matéria de ambiente.

27. Para exercer o direito de passagem é necessário, na prática, observar dois processos. Em primeiro lugar, deve ser submetido à aprovação um desenho da localização e, em segundo lugar, é necessário dispor de uma licença de utilização da via pública.

28. A criação de uma rede implica, em regra, a passagem através de várias parcelas e fracções de domínios, pelo que o operador que quer exercer o seu direito de passagem deve consultar diferentes entidades, como o serviço de registo predial, o serviço de obras públicas e as respectivas assembleias municipais. Para além de isto já constituir uma barreira em termos de ónus administrativo, é determinante a entidade com que tem de se lidar, sobretudo se as normas processuais aplicáveis divergirem. Numa fase preparatória do presente processo, as autoridades luxemburguesas também admitiram que as normas aplicáveis aos processos de autorização do artigo 35.º da lei das telecomunicações não são transparentes, nomeadamente no que diz respeito à sua articulação com o processo de obtenção de uma licença de utilização da via pública. Na altura, reconheceram ainda que nunca haviam adoptado e publicado normas de execução, pelo que as várias entidades competentes na matéria nunca tinham concedido *de facto* um direito de passagem.

29. Na fase contenciosa, o Governo luxemburguês indica que podem ser obtidas informações relativas aos processos seguidos pelas diferentes entidades competentes mediante pedido dirigido a essas mesmas entidades e que as informações se encontram, em regra, disponíveis também na Internet. Esta informação não me parece convincente. Com efeito, os detentores de uma licença que pretendem exercer os direitos dela decorrentes devem dirigir-se não só a entidades do Estado luxemburguês, mas também, em função da localização da rede, a entidades municipais. Este complexo de regras com que se deparam os detentores de uma licença é indiscutivelmente pouco transparente. Os detentores de licença não compreendem suficientemente as condições processuais que devem ser respeitadas para obter as autorizações de passagem necessárias. As autoridades luxemburguesas perceberam que isto constitui um grave obstáculo, como resulta do facto de terem entretanto criado um grupo de trabalho incumbido da articular as normas que regulam o acesso aos domínios do Estado com as relativas aos domínios municipais.

30. Conforme anteriormente referido, a obtenção das autorizações e licenças necessárias à criação de redes de telecomunicações requer a prévia apresentação de desenhos da localização. Alegou-se que os dados necessários à elaboração desse esboço são frequentemente difíceis de obter. Em regra, estes dados encontram-se na posse das entidades gestoras dos domínios em causa. O argumento do Governo luxemburguês segundo o qual se trata aqui apenas de levantamentos topográficos, cujos dados podem ser obtidos no registo predial, causa-me alguma estranheza. Precisamente a criação de redes exige uma visão de conjunto de todos os outros

equipamentos que se encontram no solo, tais como canalizações, outras redes (electricidade) e esgotos. Os dados técnicos sobre a matéria estão, em regra, na posse das entidades gestoras das respectivas partes do domínio público. Assim, a elaboração de desenhos da localização tecnicamente correctos exige a colaboração daquelas entidades gestoras. Uma vez que se trata aqui de um obstáculo potencial, que poderá dificultar a criação das redes de que o detentor da licença necessita, considero que é necessária a colaboração activa das autoridades luxemburguesas na obtenção dos dados que se pretendem. Caso contrário, a concretização dos objectivos prosseguidos pela directiva, ou seja, a criação de um mercado em que os detentores de licenças possam concorrer também com as suas redes, seria dificultada.

31. Para além da necessária aprovação prévia do desenho da localização, a concessão do direito de passagem exige ainda que se disponha de uma licença de utilização da via pública. Só depois é que as necessárias condutas e equipamentos conexos podem ser instalados no domínio público. Durante uma conversa com a Comissão, as autoridades luxemburguesas fizeram referência às dificuldades decorrentes da legislação aplicável à construção de estradas principais. Assim, a Lei de 26 de Maio de 1998 estipula que, até 25 metros das auto-estradas, as obras de manutenção de construções existentes que seja necessário realizar estão sujeitas a autorização expressa e escrita do Ministro das Obras Públicas e as outras obras de construção, reconstrução ou transformação são proibidas. Significa isto que em toda esta parte dos domínios não podem ser exercidos quaisquer direitos de passagem relativos a novas redes. No entanto, a Comissão observa que, desde a entrada em vigor desta lei, têm efectivamente sido instalados ao longo das auto-estradas novos cabos eléctricos e de transmissão. Por conseguinte, a formulação é aparentemente imprecisa, atendendo a que a prática seguida é contrária à letra da lei. Espero que tenha ficado claro que esta legislação não confere suficiente segurança jurídica aos cidadãos e deixa margem para uma prática discriminatória *de facto*.

32. O Governo luxemburguês referiu que foi entretanto aprovada nova legislação [8] que regula os problemas suscitados no caso em apreço. Esta legislação parece racionalizar os procedimentos relativos à obtenção de direitos de passagem e das licenças necessárias à utilização de domínios situados ao longo e nas próprias vias públicas rodoviárias e ferroviárias, no respeito dos princípios da transparência e da não discriminação. De qualquer modo, esta legislação entrou em vigor após o decurso do prazo fixado no parecer fundamentado, pelo que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, não pode ser tida em conta [9].

33. Resulta do exposto que a prática seguida até ao momento não é conforme com a finalidade da directiva. A falta de

8 — Regulamento grão-ducal de 8 de Junho de 2001, que estabelece as condições de utilização da rede rodoviária e ferroviária do Estado pelos operadores de telecomunicações, pelas entidades gestoras das redes de electricidade e pelas empresas de transporte de gás natural, *Mémorial* de 13 de Junho de 2001.

9 — V., ainda recentemente, acórdão de 6 de Junho de 2002, Comissão/França (C-177/01, Colect., p. I-5137).

transparência e a complexidade das regras com que os detentores de licenças de redes de telecomunicações se deparam no exercício dos seus direitos são, na minha opinião, contrárias à directiva, já que dificultam *de facto* o acesso de recém-chegados ao mercado em causa e não excluem, assim, toda e qualquer discriminação entre a EPT, que já se encontra activa no mercado, e eventuais candidatos (estrangeiros). Por conseguinte, a actuação do Estado luxemburguês viola o disposto na directiva.

## VI — Conclusão

Com base no exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que:

— declare que o Grão-Ducado do Luxemburgo, ao não adoptar as medidas necessárias para garantir um exercício efectivo e não discriminatório do direito de passagem, violando assim o disposto no artigo 4.°-D da Directiva 90/338/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dessa directiva;

— condene o Grão-Ducado do Luxemburgo no pagamento das despesas.