FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

föredraget den 4 juli 2002 [1]

I — Inledning

1. Kommissionen har i detta mål yrkat att domstolen skall fastställa att Storhertigdömet Luxemburg har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter, genom att inte i praktiken säkerställa införlivandet av artikel 4 d i direktiv 90/388/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 96/19/EG.

1 — Originalspråk: nederländska.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

2. I artikel 2 i kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster [2], i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 [3] om ändring av direktiv 90/388/EEG med avseende på genomförandet av full konkurrens på marknaderna för teletjänster, föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall upphäva alla åtgärder som beviljar

a) exklusiva rättigheter att tillhandahålla teletjänster, inklusive upprättande och tillhandahållande av de telenät som krävs för dessa tjänster,

eller

2 — EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221.

3 — EGT L 74, s. 13.

b) speciella rättigheter som begränsar antalet auktoriserade företag med tillstånd att tillhandahålla sådana teletjänster eller att upprätta eller tillhandahålla telenät till två eller flera om detta inte sker på objektiva, proportionella och icke-diskriminerande villkor,

Medlemsstaterna skall dock säkerställa att alla kvarvarande begränsningar för tillhandahållande av teletjänster förutom telefoni över nät som installerats av den som tillhandahåller teletjänsten, utnyttjande av tredje parts infrastruktur och gemensam drift av telenät, andra installationer och lokaliteter avskaffas och att de relevanta åtgärderna anmäls till kommissionen senast den 1 juli 1996.

eller

c) speciella rättigheter, som utser, på annat sätt än enligt objektiva, proportionella och icke-diskriminerande kriterier, flera konkurrerande företag att tillhandahålla sådana teletjänster eller för att upprätta eller tillhandahålla sådana telenät.

När det gäller de datum som fastställs i andra och tredje styckena i denna punkt, artiklarna 3 och 4 a. 2, skall medlemsstater med mindre utvecklade nät på begäran beviljas ytterligare en period på upp till fem år, och medlemsstater med mycket små nät på begäran beviljas en ytterligare genomförandeperiod på upp till två år, förutsatt att det är nödvändigt för att uppnå de nödvändiga strukturella anpassningarna. En sådan begäran skall innehålla en detaljerad beskrivning av de planerade förändringarna samt en noggrann bedömning av den förutsedda tidsplanen för att genomföra dem. Den lämnade informationen skall på begäran göras tillgänglig för alla berörda parter med beaktande av företagens berättigade intresse att skydda sina affärshemligheter.

2. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att alla företag har rätt att tillhandahålla de teletjänster som avses i punkt 1 eller upprätta eller tillhandahålla de telenät som avses i punkt 1.

Utan att detta påverkar tillämpningen av artiklarna 3 c och 4 fjärde stycket får medlemsstaterna, fram till den 1 januari 1998, bibehålla speciella och exklusiva rättigheter för telefoni och för upprättande och tillhandahållande av allmänna telenät.

3. Medlemsstater som kräver licens, allmänna tillstånd eller anmälningsförfaranden för att tillhandahålla teletjänster eller

för upprättandet eller tillhandahållandet av telenät, med avsikt att garantera att de väsentliga kraven efterlevs, skall säkerställa att villkoren i fråga är objektiva, icke-diskriminerande, proportionella samt genomblickbara, att alla avslag motiveras samt att det finns förfarande för överklagande av varje sådant avslag.

Tillhandahållande av andra teletjänster än telefoni, upprättande och tillhandahållande av allmänt tillgängliga telenät och av andra telenät som inbegriper utnyttjandet av radiofrekvenser, kan bli föremål för endast ett allmänt tillstånd eller ett anmälningsförfarande.

..."

3. Den 28 juni 1996 ansökte de luxemburgska myndigheterna i enlighet med artikel 2.2 i direktiv 90/388/EEG om ytterligare genomförandeperioder. I beslut 97/568/EG [4] av den 14 maj 1997 beviljade kommissionen Storhertigdömet Luxemburg anstånd till senast den 1 juli 1998 vad avser avskaffande av de dåvarande exklusiva rättigheterna för telefoni (artikel 1) och till senast den 1 juli 1997 vad avser upphävande av begränsningarna för tillhandahållande av redan avreglerade teletjänster (artikel 2).

4. I artikel 4 d i direktiv 90/388/EEG i dess lydelse enligt direktiv 96/19/EG föreskrivs:

"Medlemsstaterna skall inte diskriminera mellan olika företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga telenät som avser beviljande av ledningsrätt för att tillhandahålla sådana nät.

I det fall ytterligare ledningsrätt för företag som önskar att tillhandahålla allmänt tillgängliga telenät inte kan beviljas på grund av tillämpliga väsentliga krav, skall medlemsstaterna säkerställa tillgång till den existerande infrastruktur som upprättats enligt denna ledningsrätt och som inte på rimliga villkor kan dubbleras."

5. Av artikel 2, punkt 6 i rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nätverk [5], i dess lydelse enligt parlamentets och rådets direktiv 97/51/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av rådets direktiv 90/387/EEG och 92/44/EEG för anpassning till en konkurrensutsatt miljö

4 — EGT L 234, s. 7 [översättarens anmärkning: endast den franska texten är giltig].

5 — EGT L 192, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 212.

på telekommunikationsområdet, framgår att uttrycket "väsentliga krav" i direktivets mening skall ges följande innebörd:

"(D)e icke-ekonomiska skäl av allmänt intresse som kan få en medlemsstat att ställa villkor för upprättandet och/eller driften av telenät eller tillhandahållandet av teletjänster. Dessa skäl är säkerhet vid nätets drift, upprätthållande av nätets integritet och i berättigade fall samverkan mellan tjänster, dataskydd, skydd av miljö och mål för stad- och regionplanering samt ett effektivt utnyttjande av frekvensområdet och undvikande av skadliga störningar mellan radiobaserade telekommunikationssystem och andra rymd- eller markbaserade tekniska system..."

B — *Den nationella lagstiftningen*

6. I artikel 7 i den luxemburgska lagen av den 21 mars 1997 om telekommunikation, som publicerades i den luxemburgska författningssamlingen Mémorial den 27 mars 1997, föreskrivs ett koncessionssystem för driften av telenät, teletjänster, mobiltelefoni och personsökning.

7. I artikel 34.1 första stycket i lagen om telekommunikation föreskrivs att den som innehar en licens för drift av ett telenät har rätt att nyttja allmän mark som ägs av staten eller kommunerna och att på dessa marker anlägga kablar, luftledningar och härmed sammanhängande installationer, med beaktande av syftet med licensen och de rättsliga bestämmelser och föreskrifter som reglerar användandet av denna mark.

8. Enligt artikel 35 i ovannämnda lag skall licensinnehavaren innan kablar, luftburna ledningar och härmed sammanhängande installationer anläggs på allmän mark som ägs av staten eller kommunerna, lägga fram en ritning för godkännande av ansvariga myndigheter. Av ritningen skall framgå installationens läge och beskaffenhet.

Myndigheterna får inte ta ut skatt, avgift, tull, ersättning eller någon annan form för vederlag av licensinnehavaren för nyttjanderätten till allmän mark.

Licensinnehavaren förfogar dessutom över rätten att vederlagsfritt ansluta kablar, luftburna ledningar och liknande installationer till den fysiska infrastrukturen (vä-

gar, broar etcetera), som ligger på allmän mark och ägs av staten eller kommunerna.

9. Enligt artikel 35.3 i lagen om telekommunikation skall innehavaren av en driftslicens bära de kostnader som härrör från ändringar i kablar, luftburna ledningar och liknande installationer.

III — Förfarande

10. Den 22 juli 1999 erinrade kommissionen de luxemburgska myndigheterna, efter det att ett formellt klagomål framförts mot Storhertigdömet Luxemburg, om deras skyldigheter enligt artikel 4 d i direktiv 90/388/EEG i dess lydelse enligt direktiv 96/19/EG. Kommissionen översände den 17 januari 2000 en formell underrättelse till Storhertigdömet Luxemburg, eftersom den ansåg att ett samtal den 10 september 1999 och en skrivelse från Storhertigdömet Luxemburg av den 16 september 1999 inte var tillräckliga. Storhertigdömet Luxemburg reagerade inte på den formella underrättelsen. Kommissionen avgav därefter den 3 augusti 2000 ett motiverat yttrande i vilket den begärde att Luxemburg inom en frist på två månader skulle vidta nödvändiga åtgärder för att uppfylla sina skyldigheter. Den 19 september 2000 ställde kommissionen vid ett möte med de luxemburgska myndigheterna ännu en gång frågor om beviljandet av icke-diskriminerande ledningsrätter. Eftersom ett formellt svar på den formella underrättelsen uteblev väckte kommissionen den 27 februari 2001 talan vid domstolen.

IV — Parternas argument

11. Kommissionen agerar även, vilket framgår av föregående punkt, på grund av ett klagomål från Coditel. Detta företag, som sedan den 20 januari 1999 innehar en driftslicens för telenät, har förgäves ansökt hos de luxemburgska myndigheterna om att erhålla de nödvändiga ledningsrätterna och företaget har beklagat sig över att det har visat sig omöjligt att erhålla de nödvändiga licenserna.

12. Kommissionen har i detta mål anfört en invändning mot Storhertigdömet Luxemburg. Invändningen avser att den gällande luxemburgska lagstiftningen inte ger tillräckliga garantier för att ledningsrätter till licensinnehavare beviljas på ett icke-diskriminerande sätt. Lagen är materiellt korrekt, men den saknar tillfredsställande garantier för att det inte skall förekomma diskriminering vid beviljandet av ledningsrätter. Denna bristfälliga garanti är antingen en följd av att bestämmelserna i den luxemburgska lagen av den 21 mars 1997

om telekommunikation tillämpas på fel sätt, det vill säga diskriminerande, eller att den luxemburgska lagstiftaren har underlåtit att anta de nödvändiga kompletterande åtgärder som krävs för att licensinnehavarna faktiskt skall kunna göra sina rättigheter gällande.

13. Kommissionen anför tre argument till stöd för sin invändning:

— Osäkerheten i det luxemburgska rättssystemet.

— Avsaknaden av motivering i avslagsbesluten, och i synnerhet hänvisning till väsentliga krav.

— Möjligheten att diskriminering förekommer.

14. Enligt kommissionen finns det förvisso enligt lagens ordalydelse en ledningsrätt för de telenätsoperatörer som innehar en gällande licens, men det har visat sig att den inte nyttjas i praktiken. Det är ofta oklart vilka organ som är ansvariga; tillämpliga förfaranden är oklara och skiljer sig dessutom åt beroende på vilka organ som är ansvariga. Den inbördes samordningen mellan organen är dessutom inte reglerad. Ett särskilt hinder utgörs av att bestämmelserna i lagen av den 21 mars 1997 inte är samordnade med förfarandet för att erhålla en licens för nyttjande av vägnätet. Ett tillkommande praktiskt problem är att de uppgifter som är nödvändiga för att kunna utarbeta en ritning är svåra att erhålla utan medverkan av de myndigheter som är ansvariga för marken.

15. Kommissionen har i andra hand påpekat att de ansvariga luxemburgska myndigheterna enligt direktiv 90/388/EEG, i dess ändrade lydelse, hade kunnat avslå en ansökan om ledningsrätt med hänvisning till de så kallade väsentliga krav som har samband med icke-ekonomiska allmänna intressen. I detta fall har de ansvariga luxemburgska myndigheterna och inrättningarna överhuvud inte åberopat dessa väsentliga krav. Enligt artikel 4 d i direktiv 90/388/EEG är det endast en sådan talan som kan motivera ett avslag på en ansökan om ledningsrätt.

16. Kommissionen har för det tredje erinrat om att enligt den tidigare nämnda artikel 4 d är varje diskriminering vid beviljande av ledningsrätt mellan företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga telenät

förbjuden. Enligt kommissionens information framgår det emellertid att inte någon av de telenätsoperatörer som har ansökt om ledningsrätt på allmän mark har fått bifall. Således kan de lokala näten inte anslutas till gränsöverskridande nät och ger inte licensinnehavarna tillgång till de faciliteter och tjänster som är jämförbara med de som Luxemburgs Post- och Televerk (nedan kallat EPT) kan erbjuda. Kommissionen har påpekat att EPT ännu innehar rätten att anlägga kablar längs vissa motorvägar. En motsvarande rätt har hittills vägrats andra licensinnehavare som vill nyttja ett nät. Kommissionen har i detta sammanhang påpekat att även om de kablar som EPT har anlagt längs motorvägarna enbart är avsedda för trafikkontroll och information till trafikförvaltningen är det lätt att anta att EPT inte skulle ha förvärvat denna rätt om inte verket hade förespeglats att det kunde lägga ned sina egna förbindelsekablar i de för trafiksignaler anlagda ledningarna. I frånvaro av en objektiv motivering för att EPT i praktiken skall ha ensamrätt, som skulle kunna vara en följd av väsentliga krav av allmänt intresse, är det ett tydligt fall av diskriminering av de andra operatörer som har ansökt om en motsvarande rätt.

17. De luxemburgska myndigheterna har betonat att det genom lagen om telekommunikation införs ett licenssystem. Enligt artikel 34.1 i lagen utgör ledningsrätten en integrerad del av licensen. Principen om icke-diskriminering mellan företag som tillhandahåller allmänna telenät, som den framgår av artikel 4 d i direktiv 90/388/EEG i dess ändrade lydelse, är således införlivad i luxemburgsk rätt.

18. Enligt de luxemburgska ombuden är utövandet av ledningsrätten underkastad noggranna bestämmelser som publiceras av berörda ansvariga myndigheter. Dessa regler skall vara lika för alla sökande.

19. De rättigheter som licensinnehavarna har enligt lagen om telekommunikation innebär inte att de vid utövandet av dessa rättigheter kan bortse från annan rättslig reglering. Vid tilldelning av den nödvändiga licensen för nyttjande av vägnätet är de allmänna bestämmelserna om användande av längs vägnätet belägen allmän mark tillämpliga.

20. Storhertigdömet Luxemburgs regering har i fråga om det av kommissionen anförda fallet Coditel påpekat att detta företag till en början ställde sin licensansökan för ledningsrätt till fel myndighet. Enligt luxemburgsk rättspraxis [6] är det inte förvaltaren av järnvägsnätet, utan transportministern som är ansvarigt organ. Dessutom var Coditels sedermera förnyade ansökan ofullständig. I ansökan saknades nämligen en ritning som angav de berörda

6 — Dom av den 13 december 2000 från Tribunal administratif.

installationernas läge och beskaffenhet. Den luxemburgska regeringen har i övrigt bestridit påståendet att det för utarbetandet av en sådan ritning är nödvändigt att inhämta tekniska uppgifter som inte är offentliga och som endast kan lämnas ut av de som förvaltar de allmänna nät som berörs. Enligt regeringen avses endast en topografisk skiss och de uppgifter som krävs är offentliga och kan erhållas hos fastighetsregistret.

21. Avslutningsvis har Storhertigdömet Luxemburgs regering påpekat att det förfarande som avses i detta mål har ändrats genom storhertiglig förordning av den 8 juni 2001. Genom förordningen regleras tillståndsvillkoren och villkoren för nyttjande av järnvägs- och vägnätet av telenätsoperatörer, förvaltare av elnät och företag som tillhandahåller naturgas. Ansvarig myndighet för beviljande av licenser för nyttjande av vägnätet är även fortsättningsvis ministern för offentliga arbeten. Ansökningarna behandlas emellertid av förvaltaren av järnvägsnätet (CFL) vad avser järnvägsnätet och av Dienst der Waterstaat [översättarens anmärkning: statligt organ för tillsyn av kanaler, vallar, dämningar etcetera] vad avser vägnätet.

V — Bedömning

22. Direktiv 90/388/EEG, i dess ändrade lydelse, syftar till att fullständigt öppna telenätsmarknaderna för konkurrens. Medlemsstaterna är dessutom förpliktade att avreglera sina marknader, så att även andra företag än de traditionella nationella televerken får möjlighet att inte bara erbjuda tjänster över existerande nät, utan också att installera konkurrerande nät.

23. För den sistnämnda möjligheten är ledningsrätten på allmän mark ett väsentligt villkor. Utan en sådan rätt kan en telenätslicens inte nyttjas. Ledningsrätten ger ett företag som skall dra kabel och göra nödvändiga installationer tillträde till allmän och privat tomtmark, så att företagen kan nå slutkonsumenten. I det fall när ledningsrätt inte kan beviljas på grund av tillämpliga väsentliga krav skall dessa företag istället ges tillträde till det existerande telenätet.

24. Som framgår av ovanstående är ledningsrätten betydelsefull, eftersom det utan en sådan rätt är svårt för nya operatörer som har fått en licens att konkurrera med redan existerande, vanligtvis monopolistiska, nationella teleorganisationer. Därmed blir den åsyftade avregleringen av och konkurrensen på dessa marknader svårare eller allvarligt fördröjd. Konsekvensen blir att monopolen på skyddade nationella

marknader tillsvidare behåller sin position. Detta är en situation som klart strider inte bara mot målen med direktivet, utan även mot innebörden av EG-fördraget. Medlemsstaterna skall därför inte bara öppna sina telenätsmarknader genom icke-diskriminerande licenssystem, utan de skall dessutom avlägsna alla hinder i form av lag, föreskrifter och faktiska hinder som hindrar en nätverksoperatör att nyttja de rättigheter som framgår av licensen.

25. Kommissionen har inte heller bestridit att ledningsrätten finns uppräknad i den luxemburgska lagen om telekommunikation. Rätten återfinns i artikel 34.1 i lagen. Genomförandet av ett direktiv omfattar emellertid mer än ett korrekt införlivande i nationell rätt. Som jag redan har uttalat i mitt förslag till avgörande i målet Marks & Spencer [7] kräver det med ett direktiv åsyftade resultatet inte enbart ett korrekt införlivande, utan också en anpassning av den nationella lagstiftningen i överensstämmelse med direktivets innebörd. I förevarande fall förutsätter det att operatörerna verkligen kan utnyttja de möjligheter som föreskrivs i direktivet. Ett utövande av ledningsrätten innebär bland annat att förfarandena skall vara tydliga, att operatörerna får ett slutligt beslut inom skälig tid, och att förutom dessa krav, som kan härledas ur effektivitetsprincipen, också icke-diskrimineringsprincipen beaktas. Det sistnämnda innebär att det skall finnas tillräckliga garantier för att diskriminering förhindras vid beviljande eller nyttjande av ledningsrätter.

I direktivet föreskrivs också att medlemsstaterna vid tilldelning av ledningsrätt inte får diskriminera och när det vid upprättande eller tillhandahållande av telenät finns väsentliga krav av allmänt intresse, skall medlemsstaterna, med diskrimineringsförbudet i åtanke, administrera ett licenssystem i vilket de ställer objektiva, icke-diskriminerande, proportionella och tydliga villkor. Ett eventuellt avslag skall motiveras och det skall finnas möjlighet att överklaga.

26. Av kommissionens redogörelse för omständigheterna i målet framgår att det inte är någon sinekur att faktiskt säkerställa ledningsrätten. Luxemburgs regering har visserligen hävdat att ledningsrätten ingår i licensen, men i praktiken förefaller det finnas allehanda hinder att övervinna. Dessa hinder sammanhänger med oklara förfaranden, som inte är inbördes samordnade, och med en oklar avgränsning av de administrativa ansvarsområdena.

7 — Förslag till avgörande av den 24 januari 2002 i mål C-62/00, dom av den 11 juli 2002 (REG 2002, s. I-6325 och s. I-6328). Enligt domstolens rättspraxis gäller att ett korrekt införlivande inte är tillräckligt, utan de införlivade reglerna skall dessutom vara operationaliserade och faktiskt handlingsdirigerande i praktiken. Denna skyldighet att kunna påvisa resultat är rikligt förekommande i exempelvis domstolens rättspraxis avseende efterlevnaden av gemenskapsrättsliga miljöregler.

27. För att kunna nyttja ledningsrätten är i praktiken två förfaranden nödvändiga. För det första skall operatören lägga fram en ritning för godkännande och för det andra skall operatören ha licens för nyttjande av vägnätet.

28. Anläggandet av ett nät omfattar vanligtvis flera fastigheter och tomter, vilket medför att den operatör som vill nyttja sin ledningsrätt skall vända sig till olika organ, såväl den statliga myndigheten för fastighetsregistrering och markanvändning som den statliga myndigheten för offentliga arbeten samt relevanta kommunstyrelser. Bortsett från att detta i sig kan upplevas som ett administrativt hinder förstärks intrycket av hinder ytterligare då de processuella bestämmelserna varierar beroende på vilket organ som operatören har kontaktat. I ett tidigare handläggningsstadium av detta mål har även de luxemburgska myndigheterna medgivit att de tillämpliga reglerna för tillståndsförfaranden i artikel 35.3 i lagen om telekommunikation är oklara, framför allt vad avser samordningen med licensförfarandet för nyttjande av vägnätet. Myndigheterna har dessutom erkänt att de aldrig har fastställt och publicerat verkställighetsregler, varför de olika ansvariga organen *de facto* aldrig har beviljat någon ledningsrätt.

29. Under rättegången i målet har Luxemburgs regering angivit att beskrivningar av förfarandena hos de olika ansvariga organen tillhandahålls på begäran och de finns i regel även tillgängliga på Internet. Jag finner inte denna förklaring övertygande. De licensinnehavare, som vill nyttja de rättigheter som licensen ger dem skall inte bara vända sig till de statliga organen utan även, beroende på telenätets läge, till kommunala organ. Det regelsystem som licensinnehavarna konfronteras med är obestridligen ogenomblickbart. Licensinnehavarna har dessutom ofullständig inblick i de förfarandemässiga villkor som måste uppfyllas för att de nödvändiga ledningsrätterna skall kunna erhållas. De luxemburgska myndigheterna har insett att det här finns ett allvarligt hinder, vilket framgår av att det har tillsatts en arbetsgrupp med uppgift att samordna de bestämmelser som gäller för tillträde till statlig mark med motsvarande bestämmelser för kommunal mark.

30. För att kunna erhålla de nödvändiga tillstånden och licenserna för att anlägga ett telenät skall, som framgår av vad som sagts ovan, en ritning lämnas till myndigheterna. Klagomålet avser att de nödvändiga uppgifterna i en sådan ritning ofta är svåra att erhålla. Uppgifterna är i regel i den behörige markförvaltarens besittning. Regeringens argument att det enbart handlar om topografiska skisser, där uppgifterna kan erhållas hos fastighetsregistret förvånar mig något. Särskilt vid anläggandet av telenät är en ingående förståelse om de andra anordningar som finns under och ovan jord, som rörledningar, andra nät (elnät) och avloppssystem nödvändig. Tekniska

uppgifter om dessa anordningar finns huvudsakligen hos förvaltarna av de olika allmänna områdena. För att kunna utarbeta tekniskt korrekta ritningar är dessa förvaltares medverkan således nödvändig. Eftersom det handlar om ett möjligt hinder mot att kunna erhålla önskade uppgifter, som innebär att anläggandet av de för licensinnehavaren nödvändiga telenäten kan omöjliggöras, är enligt min uppfattning de luxemburgska myndigheternas aktiva medverkan nödvändig. Med ett annat synsätt skulle förverkligandet av de med direktivet åsyftade målsättningarna, nämligen en marknad på vilken licensinnehavarna också kan konkurrera med sina nät, försvåras.

31. Förutom det nödvändiga godkännandet av ritningarna innan ledningsrätt kan beviljas skall licensinnehavarna också inneha en licens för nyttjande av vägnätet. Först då kan de nödvändiga ledningarna och liknande installationer anläggas på allmän mark. De luxemburgska myndigheterna har vid ett samtal med kommissionen påpekat de svårigheter som följer av lagstiftningen om anläggande av motorvägar. I lagen av den 26 maj 1998 på detta område föreskrivs att nödvändigt underhållsarbete inom ett avstånd på 25 meter från motorvägarna är underkastat ett uttryckligt och skriftligt tillstånd av ministern för offentliga arbeten och att andra konstruktions-, reparations- eller ändringsarbeten är förbjudna. Det innebär att på denna mark kan överhuvud inga ledningsrätter för nya telenät beviljas. Kommissionen har påpekat att det sedan denna lag trädde i kraft likafullt har installerats nya matar- och transmissionskablar längs motorvägarna. Troligtvis handlar det således om en oklar formulering eftersom lagen tillämpas i strid med dess ordalydelse. Det är ställt utom allt tvivel att lagstiftningen skapar en bristande rättssäkerhet för de berörda och att den skapar utrymme för en *de facto* diskriminerande tillämpning.

32. Den luxemburgska regeringen har hänvisat till att det under tiden har antagits ny lagstiftning [8] som reglerar de problem som förekommer i detta mål. Denna lagstiftning förefaller att sammanjämka förfarandena för erhållande av ledningsrätter och de nödvändiga licenserna för nyttjande av mark längs och på allmänna vägar och järnvägar och, för det andra, att principerna om genomblickbarhet och icke-diskriminering beaktas. Lagstiftningen har emellertid tillkommit efter att den i det motiverade yttrandet fastlagda fristen löpt ut, vilket enligt domstolens fasta rättspraxis medför att lagstiftningen inte kan beaktas. [9]

33. Av vad som ovan anförts drar jag slutsatsen att hittills existerande praxis inte överensstämmer med direktivets innebörd.

8 — Storhertiglig förordning av den 8 juni 2001 avseende nyttjandevillkoren för det statliga väg- och järnvägsnätet för teleoperatörer, förvaltare av elnät och företag som tillhandahåller naturgas (Mémorial av den 13 juni 2001).

9 — Se även den nyligen avkunnade domen av den 6 juni 2002 i mål C-177/01, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-5137).

Jag anser att de vaga och komplexa regler som licensinnehavarna för telenät möter vid utövandet av sina rättigheter, strider mot direktivet, eftersom de faktiskt försvårar tillträde för nya operatörer på marknaden och således inte utesluter diskriminering mellan det redan väletablerade EPT och eventuella (utländska) sökande. De luxemburgska myndigheternas handlande strider således mot direktivet.

VI — Förslag till avgörande

34. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen skall besluta enligt följande:

— Fastställa att Storhertigdömet Luxemburg har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4 d i direktiv 90/388/EEG, i dess lydelse enligt direktiv 96/19/EG, genom att inte vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att ledningsrätterna kan utövas faktiskt och utan diskriminering.

— Förplikta Storhertigdömet Luxemburg att ersätta rättegångskostnaderna.