CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. L. A. GEELHOED

présentées le 13 décembre 2001 [1]

I — Introduction

1. Le Verwaltungsgerichtshof autrichien a adressé deux questions préjudicielles à la Cour.

2. La première question porte sur l'interprétation de l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications [2], modifiée par la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997 [3]. Le Verwaltungsgerichtshof s'interroge plus précisément sur l'effet direct de cette disposition, qui ouvre à certaines parties un droit de recours devant une instance indépendante.

3. La seconde question concerne l'interprétation de l'article 82 CE, de l'article 86 CE et de l'article 2 de la directive 96/2/CE de la Commission, du 16 janvier 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles [4], et des articles 9 et 11 de la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications [5]. Il s'agit de la licéité de certaines concessions de fréquences supplémentaires de la norme DCS 1800. La norme DCS 1800 est un des systèmes de téléphonie GSM existants. Il n'y a lieu de répondre à cette seconde question du juge de renvoi que dans la mesure où l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 est pourvu d'effet direct.

II — Le cadre juridique

Le droit communautaire

4. L'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 est rédigé comme suit:

«3. Les États membres garantissent l'existence, au niveau national, de mécanismes

1 — Langue originale: le néerlandais.

2 — JO L 192, p. 1. Toute référence à cette directive dans les présentes conclusions s'entend d'un renvoi au texte tel qu'il a été modifié par la directive 97/51/CE.

3 — JO L 295, p. 23.

4 — JO L 20, p. 59.

5 — JO L 117, p. 15.

adéquats permettant à une partie touchée par une décision de l'autorité réglementaire nationale de se pourvoir devant une instance indépendante des parties intéressées.»

5. L'article 2, paragraphes 3 et 4, de la directive 96/2, sur lequel porte la seconde question du juge de renvoi, dispose ce qui suit [6]:

«3. Les États membres ne restreignent pas la combinaison de technologies ou de systèmes mobiles, notamment lorsqu'un équipement multistandard est disponible. Les États membres qui étendent le champ d'application des licences existantes à de telles combinaisons assurent que l'extension est justifiée conformément aux dispositions du paragraphe 4.

4. Les États membres adoptent, le cas échéant, des mesures visant à garantir la mise en œuvre de cet article compte tenu de la nécessité d'assurer une concurrence effective entre opérateurs de systèmes concurrents dans les marchés concernés.»

6 — Je cite, dans le présent cadre juridique, certaines dispositions qui sont en cause dans la seconde question, bien que, comme on le verra plus tard, je ne répondrai pas à celle-ci. Ces dispositions donnent, en effet, une bonne image du système légal et je veux les reproduire ici afin d'illustrer l'exposé que je ferai à propos de la première question.

6. Le huitième considérant de l'exposé des motifs de la directive 96/2 contient le passage suivant:

«dans ce contexte, l'exigence de promouvoir des investissements de nouveaux entrants devrait être dûment prise en compte; [...] les États membres devraient pouvoir s'abstenir d'octroyer des licences à des opérateurs existants, par exemple à des opérateurs des systèmes GSM déjà présents sur leur territoire, s'il peut être démontré que l'octroi éliminerait la concurrence effective, notamment par l'extension d'une position dominante; [...] en particulier, lorsqu'un État membre accorde ou a déjà accordé des licences DCS 1800, l'octroi de nouvelles licences ou de licences supplémentaires à des opérateurs existants GSM ou DCS 1800 peut avoir lieu seulement dans des conditions visant à préserver une concurrence effective».

Dans le quinzième considérant, on peut lire ce qui suit:

«dans le contexte des systèmes de communications mobiles et personnels, les radiofréquences constituent une ressource rare mais essentielle; [...] l'attribution par les États membres des radiofréquences pour ces systèmes selon des critères qui ne sont pas objectifs, transparents et non discriminatoires constitue une restriction incompatible avec l'article 90 en liaison avec l'article 59 du traité, dans la mesure où

des opérateurs d'autres États membres sont défavorisés; [...] le développement d'une concurrence effective dans le secteur des télécommunications peut être une justification objective pour refuser d'attribuer des fréquences à des opérateurs déjà dominants sur le marché géographique».

7. L'article 9, paragraphe 2, de la directive 97/13 dispose ce qui suit:

«2. Lorsqu'un État membre a l'intention d'octroyer des licences individuelles:

— il les octroie selon des procédures ouvertes, non discriminatoires et transparentes et, à cette fin, soumet tous les candidats aux mêmes procédures, à moins qu'il n'existe une raison objective de leur appliquer un traitement différencié,

et

— il fixe des délais raisonnables; il doit notamment informer le demandeur de sa décision, aussitôt que possible, mais au plus tard six semaines après la réception de la demande. Dans les dispositions qu'ils adoptent pour mettre en œuvre la présente directive, les États membres peuvent porter ce délai à quatre mois au plus dans des cas objectivement justifiés, expressément définis dans lesdites dispositions. [...]»

8. L'article 11 de la même directive s'énonce comme suit:

«1. Les États membres veillent à ce que les taxes imposées aux entreprises au titre des procédures d'autorisation aient uniquement pour objet de couvrir les frais administratifs afférents à la délivrance, à la gestion, au contrôle et à l'application des licences individuelles applicables. Les taxes applicables à une licence individuelle sont proportionnelles au volume de travail requis et sont publiées d'une manière appropriée et suffisamment détaillée pour que les informations soient facilement accessibles.

2. Nonobstant le paragraphe 1, dans le cas de ressources rares, les États membres peuvent autoriser leurs autorités réglementaires nationales à imposer des redevances afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de cette ressource. Ces redevances sont non discriminatoires et tiennent compte notamment de la nécessité de promouvoir le développement de services innovateurs et de la concurrence.»

Le droit national

9. Le Telekommunikationsgesetz [7] dispose que la répartition des fréquences prévue pour l'établissement de services publics de télécommunications mobiles se fait par le biais de concessions régies par la procédure des articles 22 et suivants de la loi. L'autorité réglementaire nationale octroie la concession au soumissionnaire qui garantit l'utilisation la plus efficace des fréquences, ce qui est déterminé sur la base du montant de l'indemnité proposée pour cette utilisation. L'attribution est effectuée selon les principes d'une procédure ouverte, équitable et non discriminatoire, reposant sur un appel d'offres public. L'attribution de nouvelles fréquences à un titulaire pour le même service est une extension de la concession existante. Cette extension s'effectue aux mêmes conditions que celle-ci. Par l'absence d'indications à cet égard dans la concession, la procédure à suivre est la procédure normale.

10. C'est la Telekom-Control-Kommission qui a été désignée comme autorité réglementaire nationale [8]. Elle est notamment compétente pour l'octroi, le retrait et la révocation des concessions. Elle doit également donner son assentiment en cas de transfert ou de modification des concessions. La Telekom-Control-Kommission a été instituée par la loi en tant qu'instance collégiale indépendante. Elle se compose de trois membres, nommés par le gouvernement fédéral. Un de ceux-ci doit être juge. La Commission statue en premier et dernier ressort.

11. Conformément à l'article 144, paragraphe 1, du Bundes-Verfassungsgesetz (la Constitution fédérale, ci-après le «B-Vg»), c'est le Verfassungsgerichtshof qui est compétent à connaître des recours contre les décisions de la Telekom-Control-Kommission. Le pouvoir de contrôle de cette juridiction est néanmoins limité dans la mesure où elle ne pourra rechercher qu'une violation d'un droit garanti par la Constitution ou une violation d'un droit par application d'un décret non conforme à la loi, d'une loi inconstitutionnelle ou d'un droit international non conforme au droit.

12. Le droit autrichien applicable au litige principal ne prévoit pas de recours pour d'autres motifs que ceux que je viens d'énoncer. Les questions tranchées par la Telekom-Control-Kommission sont soustraites à la compétence du Verwaltungsgerichtshof. Aux termes de l'article 133, point 4, du B-Vg, celui-ci n'a aucune juridiction sur les décisions rendues en premier et dernier ressort par une autre instance collégiale dont un des membres au moins a la qualité de juge de l'ordre judiciaire, sans préjudice de toute disposition expresse contraire ouvrant un droit de recours devant lui. Aucune disposition expresse contraire ne prévoit un recours contre les décisions de la Telekom-Control-Kommission, qui peut être considérée comme une instance collégiale au sens de l'article 133, point 4, du B-Vg.

7 — Loi sur les télécommunications, BGBl. 1997 I, n° 100.

8 — Cette Telekom-Control-Kommission n'est pas compétente pour certaines matières, qui ne sont pas pertinentes en l'espèce et pour lesquelles c'est la Telekom-Control GmbH qui a été désignée comme autorité réglementaire nationale.

13. La législation nationale autrichienne a été modifiée entre-temps. Depuis le 1er juillet 2000, le Verwaltungsgerichtshof est compétent à connaître des recours dirigés contre des décisions de la Telekom-Control-Kommission. Au cours de l'audience, la Commission a d'ailleurs fait savoir que c'était la raison pour laquelle elle n'avait pas engagé de procédure en manquement à l'encontre de la république d'Autriche.

14. L'article 125, paragraphe 3, du Telekommunikationsgesetz contient des éléments nécessaires à la réponse à la seconde question du juge de renvoi. Il est libellé comme suit:

«En cas de besoin, l'administration peut attribuer aux titulaires actuels d'une concession en vue de la prestation du service réservé de télécommunications par radio-téléphonie mobile numérique cellulaire des fréquences supplémentaires à concurrence de 5 MHz pour chacun d'eux, par prélèvement sur le domaine réservé au DCS 1800 dès lors que se seront écoulés au moins trois ans depuis l'entrée en vigueur de la décision d'attribution à un postulant d'une concession DCS 1800 au titre des appels d'offres pour 1997. Avant cette échéance, des fréquences supplémentaires prélevées sur le domaine réservé au DCS 1800 ne peuvent être attribuées aux titulaires actuels que s'il est démontré que leur capacité d'accepter de nouveaux clients est épuisée malgré l'utilisation de toutes les possibilités techniques économiquement envisageables.»

15. Pour l'attribution du «domaine de fréquence résiduel réservé au DCS 1800», un paragraphe 3 a été ajouté en 1998 à l'article 125 du Telekommunikationsgesetz [9]. Aux termes de ce nouveau texte, l'attribution de toute nouvelle concession est assortie d'une obligation de couvrir l'ensemble du territoire fédéral ainsi que plusieurs autres concessions locales, les titulaires actuels de concessions de téléphonie mobile étant toutefois exclus de l'attribution d'une concession pour tout le territoire fédéral. Si ces exploitants peuvent demander l'attribution de nouvelles fréquences, celles-ci ne peuvent toutefois être utilisées qu'à l'échéance de la période de trois ans visée à l'article 125, paragraphe 3, de la loi.

III — Les faits et la procédure

16. Par décisions du ministre compétent du 6 novembre 1996 et du 23 juillet 1997, une concession de radio-téléphonie mobile numérique cellulaire a été accordée à Mobilkom Austria AG (ci-après «Mobilkom») dans le domaine du 900 MHz pour un spectre de fréquence de deux fois 8 MHz (39 canaux). Mobilkom est la société qui a succédé à l'ancien détenteur du monopole des postes et télécommunications en Autriche, l'ancienne Post & Telekom Austria AG. Les pouvoirs publics sont l'actionnaire majoritaire de cette nouvelle société.

9 — BGBl. 1998. I, n° 98.

17. Au terme d'une procédure d'appel d'offres, le ministre a rendu les décisions du 25 janvier 1996 et du 23 juillet 1997, accordant la même concession à Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (qui s'appelle désormais max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, ci-après «max.mobil»). Ce soumissionnaire a versé une somme de 4 milliards d'ATS pour le prix de la concession. La même rétribution a été imposée au prédécesseur de Mobilkom le 2 juillet 1996. C'est désormais à Mobilkom qu'incombe la dette.

18. Au terme d'un appel d'offres, la concession dans le domaine DCS 1800 a été accordée, le 19 août 1997, à Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, qui est la partie demanderesse au principal (ci-après «Connect Austria»). Pour cette concession, qui couvre un spectre de fréquence de deux fois 16,8 MHz (84 canaux), Connect Austria a dû verser une rétribution de 2,3 milliards d'ATS. Son spectre de fréquence devait être porté à deux fois 22,5 MHz (112 canaux) lorsque le nombre de 300 000 clients serait atteint avec, en perspective, un taux de couverture de 75 %.

19. Par décision du 10 août 1998, la Telekom-Control-Kommission a attribué à Mobilkom, à titre d'extension de sa concession avec effet au 1er janvier 1999, un faisceau de fréquences supplémentaires de deux fois 5 MHz (24 canaux) prélevé sur le domaine réservé pour le DCS 1800 en vue de la prestation d'un service de radiotéléphonie mobile numérique cellulaire avec utilisation des stations situées dans le Land de Vienne. Sa demande d'octroi d'un faisceau supplémentaire de deux fois 3,4 MHz prélevé sur le domaine réservé au DCS 1800 a été rejetée. C'est contre la décision du 10 août 1998, qui est fondée sur l'article 225, paragraphe 3, du Telekommunikationsgesetz, qu'est dirigé le recours engagé devant le Verwaltungsgerichtshof.

20. Le Verfassungsgerichtshof, qui a été saisi par Connect Austria, a statué le 24 février 1999, déclarant dans son arrêt que la décision entreprise ne violait aucun droit constitutionnel de la requérante et que ces droits n'étaient pas davantage enfreints par l'application d'une réglementation illégale. Il a donc rejeté le recours.

21. Dans l'exposé des motifs de son arrêt, le Verfassungsgerichtshof examine ensuite l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387, déclarant à propos de son contenu qu'«en ce qui concerne le droit de se pourvoir contre la décision d'une autorité réglementaire nationale, cette disposition est suffisamment précise pour être directement applicable au sens de la jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes [...] [10] dans la mesure où il existe une voie de recours effective devant une instance (de niveau supérieur) indépendante». La directive n'indique pas quelle instance nationale est compétente.

10 — Le Verfassungsgerichtshof renvoie à l'arrêt du 19 novembre 1991, Francovich e.a. (C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357).

22. Le Verfassungsgerichtshof déduit ensuite de l'article 131, paragraphe 1, première ligne, du B-Vg et de l'article 133, point 4, du B-Vg qu'«à l'égard de décisions d'organes collégiaux quasi juridictionnels, seul un recours devant le Verwaltungsgerichtshof peut être envisagé». Selon lui, l'article 133, point 4, du B-Vg semble faire obstacle à un recours devant le Verwaltungsgerichtshof. Dès lors que le Verfassungsgerichtshof pose en prémisse que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 est pourvu d'effet direct, la primauté du droit communautaire a pour conséquence que l'article 133, point 4, du B-Vg ne peut pas s'appliquer lorsqu'il s'agit des matières régies par cette directive. Les recours contre les décisions de la Telekom-Control-Kommission agissant en sa qualité d'instance réglementaire nationale peuvent donc être engagés devant le Verwaltungsgerichtshof.

23. Selon le Verfassungsgerichtshof, la possibilité de s'adresser à lui ne peut pas être considérée comme un droit de recours au sens de l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive parce que son pouvoir de contrôle est limité. Le contrôle de la légalité des actes de l'administration qui est assuré par le Verwaltungsgerichtshof, en revanche, est conforme aux exigences du droit communautaire.

24. C'est sur la base de ce raisonnement que, par lettre du 3 mars 1999, le Verfassungsgerichtshof a renvoyé l'affaire devant le Verwaltungsgerichsthof sur la base de l'article 144, paragraphe 3, du B-Vg.

Les questions préjudicielles

25. Par ordonnance du 24 novembre 1999, le Verwaltungsgerichtshof a saisi la Cour d'une demande de décision préjudicielle, qui est parvenue au greffe le 2 décembre 1999. La juridiction de renvoi souhaite obtenir une réponse aux questions suivantes:

«1) L'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387/CEE du Conseil, modifiée par la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, doit-il être interprété en ce sens que cette disposition est d'effet direct, de sorte que, en écartant une règle interne de compétence incompatible avec elle, elle assigne à une certaine 'instance indépendante' existant au niveau national la compétence de mettre en œuvre un 'mécanisme adéquat' permettant à une partie touchée de se pourvoir contre une décision de l'autorité réglementaire nationale?

2) En cas de réponse affirmative à la première question: les articles 82 et 86, paragraphe 1, du traité CE, l'article 2, paragraphes 3 et 4, de la directive 96/2/CE de la Commission, ainsi que les articles 9, paragraphe 2, et 11, paragraphe 2, de la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil, ou toute autre règle de droit communautaire, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une règle nationale qui prévoit que les titulaires actuels d'une concession en vue de la prestation d'un service réservé

de télécommunications opéré par radiotéléphonie mobile numérique cellulaire peuvent obtenir, avant l'échéance de trois ans depuis l'entrée en vigueur de la décision de leur attribuer une concession DCS 1800, des fréquences supplémentaires prélevées sur le domaine fixé pour le DCS 1800, s'il est démontré que leur capacité d'accepter de nouveaux clients est épuisée malgré l'utilisation de toutes les possibilités techniques économiquement envisageables, cas dans lequel l'attribution de fréquences peut être effectuée sans obligation de verser une indemnité distincte d'utilisation des fréquences, y compris au profit d'une entreprise publique en position dominante sur le marché du 900 MHz?» [11].

26. La partie demanderesse au principal, Connect Austria, la partie défenderesse au principal, la Telekom-Control-Kommission, ainsi que Mobilkom, le gouvernement autrichien, le gouvernement suédois et la Commission ont présenté des observations écrites devant la Cour. À l'audience du 11 octobre 2001, ils ont tous présenté des observations orales, à l'exception du gouvernement suédois.

IV — La première question

Les observations écrites

27. Connect Austria déduit la compétence du Verwaltungsgerichtshof de la primauté du droit communautaire, estimant que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 paralyse l'application de l'article 133, paragraphe 4, du B-Vg. Connect Austria a indiqué à l'audience que le Verwaltungsgerichsthof est la juridiction administrative suprême, qui dispose d'une compétence générale en matière de contrôle juridictionnel de l'administration autrichienne. Il est constant qu'aucune autre juridiction n'a compétence à connaître des litiges au principal: un conflit de compétences n'est d'ailleurs pas concevable.

28. Mobilkom ne partage pas du tout cet avis et considère que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 n'a rien à voir avec la présente affaire. Cette disposition ouvre aux opérateurs de télécommunications un droit de recours contre les décisions de l'instance nationale réglementaire qui leur sont adressées concernant l'accès aux réseaux et à l'interconnexion. L'article n'apporte aucune protection sur le plan du droit de la concurrence, de sorte que les tiers intéressés ne peuvent y puiser aucun droit de recours. Mobilkom propose donc à la Cour de reformuler la question qui lui a été adressée.

29. Aussi bien le gouvernement autrichien que le gouvernement suédois estiment que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive n'est assorti d'aucun effet direct parce que son contenu n'est ni inconditionnel ni suffisamment précis comme l'exige la jurisprudence constante de la Cour. Cela oblige donc les États membres à prendre des

11 — Note sans objet dans la version française.

mesures complémentaires. Ils doivent désigner l'instance compétente et déterminer la procédure selon laquelle elle fonctionne. Le gouvernement suédois, qui se réfère en cela à l'arrêt Dorsch Consult [12], souligne que c'est à la juridiction nationale qu'il appartient de désigner un juge compétent et que la Cour n'a pas à intervenir dans cette désignation.

30. Le gouvernement autrichien ajoute, quant à lui, que la compétence du Verfassungsgerichtshof satisfait aussi bien au principe général d'une protection juridique effective qu'aux exigences de l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387. Au cours de l'audience, il a précisé son point de vue de la manière suivante. Selon lui, la Telekom-Control-Kommission doit être considérée comme une juridiction au sens de l'article 234 CE, ce qui lui impose de saisir la Cour à titre préjudiciel lorsqu'elle statue en dernier ressort et qu'une telle question est soulevée devant elle. Si elle ne le fait pas, elle se rend coupable, en droit autrichien, d'une violation d'un droit constitutionnel, contre laquelle un recours est ouvert devant le Bundesverfassungsgericht.

31. La Commission indique que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387/CEE a la même teneur que l'article 41, paragraphe 1, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [13], qui était en cause dans l'affaire Dorsch Consult. Selon elle, l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 est pourvu d'effet direct puisqu'il ouvre un droit de recours aux justiciables. Sur le plan de la procédure, en revanche, elle n'a pas d'effet direct, de sorte que c'est aux législateurs nationaux qu'il appartiendra de déterminer devant quelle instance ce droit de recours ne peut être qu'exercé. Les exigences d'une interprétation conforme à la directive et d'une protection effective des droits des justiciables impliquent cependant que les autorités nationales, comme le Verwaltungsgerichtshof en l'espèce, doivent vérifier s'il existe un droit de recours contre les décisions de l'autorité réglementaire en matière de télécommunications. Si un tel droit de recours, conforme aux exigences de la directive 90/387, ne leur est pas ouvert, les parties concernées peuvent exiger des dommages-intérêts de l'État membre qui n'aurait pas transposé la directive dans les délais [14].

32. Concrètement, la Commission affirme que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 n'a pas été correctement transposé dans la législation autrichienne, car celle-ci ne désigne aucune instance indépendante qui serait chargée de contrôler la légalité des décisions de l'autorité réglementaire nationale.

12 — Arrêt du 17 septembre 1997 (C-54/96, Rec. p. I-4961).

13 — JO L 209, p. 1.

14 — Voir arrêt du 24 septembre 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Rec. p. I-5411, point 22 et dispositif).

L'arrêt Dorsch Consult

33. C'est à bon escient que plusieurs des parties qui ont déposé des observations ont comparé la présente affaire à l'affaire Dorsch Consult, qui portait sur le point de savoir si une disposition d'une directive, en l'espèce la directive 92/50 relative à la passation des marchés publics de services [15], peut sortir un effet direct lorsqu'elle n'a pas été transposée dans les délais. Il s'agissait concrètement de savoir si les instances de recours désignées par les États membres dans le domaine des marchés publics de travaux et de fournitures sont également compétentes à connaître des recours concernant les marchés publics de services sans que le législateur national leur ait expressément reconnu cette compétence. La Cour a tenu le raisonnement suivant [16].

34. La Cour examine tout d'abord d'une manière générale la mise en place d'une procédure adéquate dans les litiges concernant des droits individuels dérivés de l'ordre juridique communautaire. Elle déclare qu'il ne lui appartient pas d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, sur le plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire. C'est à l'ordre juridique de chaque État membre qu'il appartient de désigner la juridiction compétente à trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels dérivés de l'ordre juridique communautaire. La compétence relative des juridictions nationales est donc du ressort des États membres, ceux-ci étant, en tout état de cause, tenus de garantir une protection effective des droits des justiciables.

35. La Cour se tourne ensuite vers la directive 92/50. Si elle oblige les États membres à prendre les mesures nécessaires pour garantir des recours efficaces en matière de marchés publics de services, cette directive ne précise cependant pas les instances nationales qui doivent être compétentes et n'indique pas davantage qu'il doive s'agir des mêmes instances que celles que les États membres ont désignées en matière de marchés publics de travaux et de fournitures.

36. Quant aux conséquences de la transposition tardive de la directive 92/50, la Cour rappelle que les obligations résultant d'une directive pour un État membre s'imposent à toutes les autorités investies de pouvoirs publics, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il en va de même pour l'obligation de donner aux dispositions de droit national une interprétation conforme à la directive.

37. La Cour rappelle qu'à certaines conditions, les justiciables ont le droit d'invoquer en justice une directive à l'encontre d'un

15 — Voir point 31 plus haut.

16 — Points 40 et suiv. de l'arrêt. La Cour a suivi le même raisonnement dans l'arrêt EvoBus Austria (déjà cité à la note 14).

État membre défaillant sans que cette garantie minimum puisse servir de justification à un État membre pour se dispenser de prendre des mesures adéquates en temps utile. Si les dispositions nationales ne peuvent pas être interprétées de manière conforme à la directive, les intéressés peuvent demander, selon les procédures appropriées du droit national, la réparation des dommages subis en raison de l'absence de transposition de la directive dans les délais prescrits.

38. Se fondant sur ce raisonnement, la Cour répond alors à la question préjudicielle qui lui avait été posée dans cette affaire qu'il ne découle pas de la directive 92/50 qu'«en absence de transposition de cette directive à l'échéance du délai prévu à cet effet, les instances de recours des États membres compétentes en matière de procédures de passation de marchés publics de travaux et de fournitures sont également habilitées à connaître des recours relatifs à des procédures de passation de marchés publics de services. Toutefois, les exigences d'une interprétation du droit national conforme à la directive 92/50 et d'une protection effective des droits des justiciables imposent à la juridiction nationale de vérifier si les dispositions pertinentes du droit national permettent de reconnaître aux justiciables un droit de recours en matière de passation de marchés publics de services. Dans des circonstances comme celles de l'espèce, la juridiction nationale est tenue en particulier de vérifier si ce droit de recours peut s'exercer devant les mêmes instances que celles qui sont prévues en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux» [17].

17 — Arrêt Dorsch Consult, point 46.

39. En résumé, lorsqu'une directive n'a pas été transposée en droit national, le justiciable ne peut pas puiser directement un droit de recours dans le droit communautaire, un tel droit de recours pouvant éventuellement être déduit, mais c'est au juge national de le faire, d'une interprétation du droit national conforme à la directive. À cette fin, la Cour suggère alors de puiser une mesure appropriée dans le droit national.

Appréciation

40. Je crois que la Cour peut ici se fonder sur le raisonnement et l'appréciation qu'elle a tenus dans l'affaire Dorsch Consult. Pour les appliquer en l'espèce, il me paraît expédient de procéder en trois étapes.

41. La première consiste à constater que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 n'a pas été correctement transposé en droit autrichien. Je n'en veux pour preuve que la jurisprudence constante de la Cour relative à l'article 249 CEE dans laquelle celle-ci a dit pour droit que tout État membre est tenu, dans le cadre de son ordre juridique interne, d'adopter toutes les mesures nécessaires pour garantir le plein effet d'une directive conformément à l'objectif poursuivi par celle-ci.

42. La directive 90/387 fait partie d'un ensemble de mesures communautaires prises au cours des années nonante en vue de libéraliser le secteur des télécommunications. Une réglementation détaillée a fréquemment été nécessaire afin de permettre aux nouveaux arrivants d'avoir effectivement accès à un marché qui était jusqu'alors aux mains de monopoles. Une grande partie de cette réglementation est caractérisée par le fait qu'elle impose aux anciens monopolistes des obligations dont les nouveaux venus sur le marché peuvent profiter. On songera, par exemple, aux considérants qui précèdent la directive 96/2 [18]. Afin d'encourager de nouveaux opérateurs à investir dans ce segment du marché, il a même parfois fallu prévoir l'impossibilité, pour certains exploitants de systèmes GSM, d'obtenir des licences pour la norme DCS 1800. C'est ainsi qu'en l'espèce, l'article 125 du Telekommunikationsgesetz autrichien prévoyait que les opérateurs existants, Mobilkom et max.mobil, ne pouvaient obtenir une fréquence DCS 1800 qu'à des conditions extrêmement restrictives. Cette réserve légale visait à garantir un véritable accès au marché autrichien du GSM à de nouveaux opérateurs tels que Connect Austria.

43. Un tel régime, qui vise à supprimer toute inégalité entre opérateurs — potentiels —, doit non seulement prévoir une réglementation matérielle équilibrée, mais également une mise en œuvre elle aussi équilibrée et effective.

18 — Considérants que j'ai déjà cités au point 6 plus haut.

44. Les instances réglementaires nationales jouent un rôle important à cet égard. Il résulte notamment du neuvième considérant de la directive que leur intervention doit être placée sous le signe de l'indépendance, voire de l'impartialité. Elles doivent non seulement être indépendantes des opérateurs, mais également des services de l'autorité centrale lorsque l'exigent les intérêts financiers que les pouvoirs publics détiennent encore souvent dans les anciens monopoles. Une telle instance indépendante — qui est essentiellement composée d'experts et sur laquelle le contrôle parlementaire peut s'exercer tout au plus de manière indirecte — ne pourra précisément s'inscrire dans un État de droit que lorsque ses décisions pourront être soumises à un contrôle juridictionnel. C'est dans ce contexte que je situe l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387, aux termes duquel il convient de permettre «à une partie touchée par une décision de l'autorité réglementaire nationale de se pourvoir devant une instance indépendante des parties intéressées».

45. Les instances réglementaires nationales, telles que la Telekom-Control-Kommission, ont essentiellement une fonction administrative héritée des autorités centrales. Elles ont notamment pour tâche essentielle d'octroyer les licences. C'est la raison pour laquelle elles doivent être considérées comme des organes administratifs qui n'ont donc, contrairement à ce qu'affirme le gouvernement autrichien, aucune fonction juridictionnelle. L'octroi de licences n'est

certainement pas une activité qui satisfait aux exigences auxquelles la Cour subordonne le pouvoir de lui adresser les questions préjudicielles conformément à l'article 234 CE. Je renvoie, à ce propos, au récent arrêt Salzmann [19], dont il résulte que les juridictions nationales ne sont habilitées à saisir la Cour que si un litige est pendant devant elle et si elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision à caractère juridictionnel.

46. Il est donc manifestement incorrect de prétendre, comme le fait le gouvernement autrichien, que les instances réglementaires nationales pourraient adresser elles-mêmes des questions préjudicielles à la Cour. À titre surabondant, je signale que, même si la Cour devait se ranger à l'opinion du gouvernement autrichien, cela ne signifierait pas pour autant que les conditions de l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 sont remplies. Conformément à cette disposition, en effet, les décisions de l'instance réglementaire doivent être susceptibles de recours. Or, il résulte du texte de la directive que l'instance réglementaire ne peut pas elle-même être une instance de recours contre ses propres décisions.

47. Le droit de recours est, selon moi, indispensable dans le système mis en place par la directive et, d'une manière plus générale, dans le régime de libéralisation instauré par la législation sur les télécommunications. Indépendamment du fait que toutes les dispositions des directives communautaires doivent être transposées de manière précise et complète, tout cela signifie que le droit de recours ne peut pas être interprété de manière restrictive. Il me paraît inacceptable de restreindre l'étendue du droit de recours ou encore le nombre des types de décisions contre lesquelles un recours peut être engagé.

48. Je n'ai d'ailleurs trouvé, ni dans le texte de la directive ni dans son exposé des motifs, le moindre élément permettant de fonder l'argument de Mobilkom selon qui l'article 5 bis, paragraphe 3, ne viserait pas les litiges relatifs à l'octroi de fréquences par la Telekom-Control Kommission. L'article 5 bis a un caractère général et vise à assurer que les instances réglementaires nationales adoptent leurs décisions dans le respect des garanties nécessaires. Il n'est guère concevable que les tiers intéressés directement affectés par les décisions ne puissent pas se pourvoir contre elles. Qui plus est, l'article 5 bis, paragraphe 3, vise précisément à protéger également les intérêts des nouveaux venus sur le marché tels que Connect Austria.

49. Le contrôle restreint confié au Bundesverfassungsgericht par la législation natio-

19 — Arrêt du 14 juin 2001 (C-178/99, Rec. p. I-4421, points 13 et 14).

nale autrichienne ne saurait pas davantage, selon moi, satisfaire aux exigences de la disposition relative au droit de recours, car il me paraît évident que l'article 5 bis, paragraphe 3, prévoit un droit de recours en plénitude. Toute illégalité de la décision, quel qu'en soit le motif, doit pouvoir être combattue.

50. Cela étant, il me paraît établi que la république d'Autriche n'a pas correctement transposé l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 puisque sa législation ne prévoit aucun droit de recours conforme aux exigences de la directive contre (certaines) décisions de la Telekom-Control-Kommission.

51. La deuxième étape d'une application de la jurisprudence Dorsch Consult en l'espèce concerne l'éventuel effet direct de l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive. Je déduis de l'arrêt Dorsch Consult que l'article 5 bis, paragraphe 3, ne peut pas avoir d'effet direct. La compétence relative des juridictions est du ressort des États membres. C'est aux États membres — et non pas au législateur communautaire — qu'il appartient de désigner une juridiction compétente. C'est ainsi que le législateur a réparti les tâches entre la Communauté et les États membres en matière de protection juridique. Le droit communautaire peut imposer des conditions matérielles en ce domaine et le fait d'ailleurs fréquemment. C'est ensuite aux États membres d'assurer concrètement cette protection à l'intérieur de leur propre organisation judiciaire. C'est dans ce contexte que je situe la remarque de la Commission lorsqu'elle déclare que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 est pourvu d'effet direct sur le plan du contenu mais pas sur le plan de la procédure.

52. J'aboutis à la même conclusion lorsque j'analyse également la jurisprudence que la Cour a dégagée en matière d'effet direct. Lorsqu'une directive n'a pas été transposée, les particuliers ne peuvent en opposer aux États membres que les dispositions inconditionnelles et suffisamment précises. À l'instar de la Commission, je considère, à ce sujet, que, même si le contenu de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 90/387 est effectivement inconditionnel et suffisamment précis, ces éléments ne sont pas suffisants pour que les particuliers puissent se prévaloir de ces dispositions devant les juridictions nationales. En tout état de cause, le législateur national doit intervenir et désigner la juridiction compétente à connaître des recours.

53. Cette appréciation est également conforme au récent arrêt Gharehveran [20], dans lequel la Cour a reconnu qu'un travailleur peut se retourner contre son État membre lorsque la législation nationale l'exclut, en violation d'une directive, de la catégorie des bénéficiaires d'un paie-

20 — Arrêt du 18 octobre 2001 (C-441/99, Rec. p. I-7687).

ment déterminé. La Cour s'est fondée sur le fait que l'État membre en cause ne pouvait se prévaloir d'aucune marge d'appréciation. Il n'en va pas de même en l'espèce: la désignation d'une juridiction compétente relève expressément du pouvoir discrétionnaire de l'État membre.

54. La troisième étape concerne la question de savoir si une interprétation conforme à la directive peut apporter une solution. Suivant le principe fréquemment appliqué par la Cour [21], la juridiction nationale appelée à interpréter le droit national est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 249, troisième alinéa, CE.

55. Une interprétation conforme à la directive ne me paraît cependant pas offrir une solution en l'espèce. Le régime mis en place par la Constitution autrichienne est, en effet, parfaitement univoque et ne se prête pas à une interprétation. Conformément au droit national, le Verwaltungsgerichtshof autrichien n'est compétent que lorsque le législateur a expressément ouvert un recours devant lui. Aucune interprétation, fût-elle conforme à la directive, ne pourra rien changer à cette situation. À cela s'ajoute le fait qu'en droit national, une décision de la Telekom-Control-Kommission a acquis force exécutoire à un moment donné et que créer une possibilité de recours — contra legem! — sur la base d'une interprétation conforme à la directive porterait gravement atteinte à la sécurité juridique des autres parties intéressées.

56. L'approche adoptée par la Cour dans l'affaire Dorsch Consult n'ébranle pas non plus ma conviction. La Cour y a, en effet, déclaré que le juge national doit vérifier sa compétence en droit interne, surtout lorsqu'il s'agit de juridictions appelées à trancher des litiges très similaires.

57. Sur ce point également, la présente affaire est dans une large mesure comparable à l'affaire Dorsch Consult. Dans la première comme dans la seconde, il existe une juridiction nationale manifeste à qui accorder la compétence litigieuse. Lui reconnaître une telle compétence ne porterait atteinte à l'organisation judiciaire nationale ni dans l'un ni dans l'autre cas et ne soulèverait pas davantage de questions de compétence. Dans l'affaire Dorsch Consult, une juridiction avait été désignée pour trancher des conflits très comparables à celui dont il s'agissait dans cette espèce; dans la présente affaire, il s'agit d'un type de litige relevant de la compétence du Verwaltungsgerichtshof autrichien, mais

21 — Voir, par exemple, arrêt du 13 novembre 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135, point 8).

qui, pour des raisons étrangères à la directive, a été soustrait à sa juridiction.

58. La solution retenue par la Cour dans l'arrêt Dorsch Consult revient en substance à inviter le juge de renvoi à examiner s'il peut puiser sa propre compétence dans une interprétation conforme à la directive de son droit national. Je n'ai pas à m'interroger ici sur ce qu'un tel examen par le juge national a fourni ou pu fournir dans l'affaire Dorsch Consult. Dans le cas présent, en revanche, j'estime qu'un tel examen n'a pas de sens. La législation nationale autrichienne ne laisse subsister aucun doute sur l'absence de compétences du Bundesverwaltungsgericht. Il s'agit d'un élément inébranlablement établi.

59. Naturellement, et il s'agit ici de la quatrième et dernière étape, toute partie intéressée qui aurait subi un préjudice du fait de la mauvaise transposition de l'article 5 bis de la directive 90/387 en droit autrichien a le droit de se prévaloir des dispositions de la directive à l'encontre de la république d'Autriche afin d'en obtenir réparation. Un tel recours pourrait, selon moi, entraîner une obligation d'indemniser la partie concernée [22], mais ne pourrait en aucune façon entraîner une obligation de réformer une décision existante de la Telekom-Control-Kommission.

60. En résumé: bien que l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 n'ait pas été transposé dans la législation autrichienne, un justiciable ne saurait fonder son droit de recours sur l'effet direct de cette disposition et pas davantage sur l'interprétation conforme à la directive du droit national. Il ne dispose plus que d'un droit d'assigner l'État autrichien en réparation.

V — La seconde question

61. Eu égard à la réponse — négative — que j'ai apportée à la première question, je n'ai pas de raison de répondre à la seconde puisque le juge de renvoi n'a souhaité obtenir une réponse à cette seconde question qu'en cas de réponse affirmative à la première. Je considère, en outre, qu'il est suffisamment établi que le Verwaltungsgerichtshof n'est pas compétent à connaître du litige au principal. Cela étant, la seconde question ne porte donc plus sur un litige réel, de sorte que, selon la jurisprudence constante de la Cour, celle-ci ne répond pas aux questions qui lui sont posées dans de telles conditions.

22 — Je renvoie à la jurisprudence constante de la Cour consécutive à l'arrêt Francovich e.a., déjà cité à la note 10.

VI — Conclusion

62. Eu égard aux observations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions du Verwaltungsgerichtshof de la manière suivante:

«1) Dans la circonstance où l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, telle que modifiée par la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, n'a pas été transposé en droit national ou ne l'a pas été complètement, les justiciables ne peuvent pas déduire leur droit de recours devant une instance indépendante directement de la directive. Si la législation nationale exclut expressément un tel droit de recours, un tel droit ne saurait pas davantage être fondé sur le principe d'une interprétation conforme à la directive.

2) Il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question.»