

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 2000136

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**SARL SOCIETE CALEDONIENNE DE
CONNECTIVITE INTERNATIONALE**

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

M. Quillévéré
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 13 août 2020

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 14 mai 2020 et un mémoire enregistré le 26 juillet 2020, la SARL société calédonienne de connectivité internationale (SCCI), représentée par la SARL Deswarte-Calmet, demande au juge du référé contractuel saisi sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du contrat de marché de fourniture et pose d'un câble sous-marin pour sécuriser le réseau de transport international et domestique signé le 25 avril 2020 entre la société Alcatel Submarine Network et l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT NC) ;

2°) d'annuler le contrat conclu entre l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie et la société Alcatel Submarine Network le 25 avril 2020 ;

3°) d'enjoindre à l'office des postes et télécommunication de produire les procès-verbaux du conseil d'administration des 29 octobre 2018 et 22 avril 2020 ;

4°) de condamner l'office des postes et télécommunications (OPT NC) à lui payer la somme de 1 200 000 francs CFP sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société calédonienne de connectivité internationale (SCCI NC) soutient que :

- son recours est recevable et elle a un intérêt à agir ;
- l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT NC) a déjà effectué une procédure d'appel d'offres pour la réalisation du premier câble sous-marin reliant la Nouvelle-Calédonie à l'Australie, le Gondwana 1 ; les observations formulées par la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie à l'occasion de l'attribution de ce marché dans son rapport d'observations définitives sur l'office des postes et télécommunications du 19 mars 2008 éclairent les manquements aux règles de passation du marché ;

- la procédure d'appel d'offres de l'OPT NC le 27 mars 2019 qui a abouti le 22 avril 2020, à la décision du conseil d'administration d'attribuer le marché à la société Alcatel Submarine Network n'a pas été diligentée dans des conditions respectant les règles de publicité et de mise en concurrence applicables ; l'appel d'offres a été publié dans des conditions très restrictives de publicité ; cette procédure suivie par l'OPT NC n'a pas respecté les principes fondamentaux de la commande publique et notamment de mise en concurrence, justifiant que le juge administratif soit saisi de cette question dans le cadre du présent recours ;

- la suspension du marché qui n'a pas encore été exécuté n'emportera pas de conséquences préjudiciables pour l'OPT NC ni pour la société attributaire mais induira un léger décalage du début des travaux ; compte tenu de la situation sanitaire actuelle, la société Alcatel Submarine Network n'est pas en capacité de débiter l'exécution du marché ; l'exécution immédiate de ce contrat pourrait être préjudiciable pour l'ensemble des acteurs ;

- l'OPT NC a conclu le marché avec la société Alcatel Submarine Network de manière précipitée et avant même que la décision portant attribution de ce marché ne soit rendue exécutoire, de sorte que la signature de ce marché n'a pas respecté les délais applicables, empêchant par conséquent la société requérante de diligenter un recours à l'encontre de la décision d'attribution du marché et avant que celui-ci ne soit conclu, alors que les obligations de mise en concurrence et de publicité n'ont pas été respectées ;

- l'OPT NC a considéré qu'il pouvait procéder à la conclusion du marché par voie électronique, alors que la signature de ce marché ne pouvait être réalisée qu'en un seul original, donc par voie postale s'agissant d'une société attributaire dont le siège social est situé en France ; l'OPT NC a procédé à la conclusion du contrat de manière prématurée, et donc avant l'expiration du délai exigé conformément aux dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

- plusieurs atteintes aux obligations de mises en concurrence sont caractérisées ; la SCCI conteste l'existence d'un monopole attribué à l'OPT NC pour l'acheminement d'une connectivité internationale sur le territoire ;

- pour envisager les atteintes portées en l'espèce aux obligations de mise en concurrence, il est nécessaire d'évoquer le premier appel d'offres diligenté par l'OPT NC pour l'établissement d'un second câble sous-marin, selon la procédure de dialogue compétitif mais déclaré infructueux par l'OPT NC en octobre 2018 ;

- immédiatement après la procédure demeurée infructueuse, l'établissement public a décidé de formuler un second appel d'offres, en invoquant une « *analyse sectorielle réalisée par le gouvernement* » et qui aurait imposé à l'office public d'établir un appel d'offres particulièrement restrictif et orienté vers le projet soutenu par la société Alcatel Submarine Network dans le cadre du dialogue compétitif, de sorte qu'aucune concurrence effective n'a pu être mise en œuvre ; une telle limitation de concurrence est irrégulière, dans la mesure où elle n'est justifiée ni par l'intérêt du service, ni par l'objet du contrat ;

- l'appel d'offres et son attribution par le conseil d'administration de l'OPT NC le 22 avril 2020 ont pour effet de porter atteinte aux règles relatives à la protection des données, pourtant essentielle et qui justifie plus encore l'annulation de la procédure ainsi diligentée ;

- l'établissement d'un câble sans prévoir la fourniture de la connectivité afférente ne permet pas, en soi, de sécuriser les connexions du territoire ;

- les pièces produites par l'OPT NC dans le cadre de la procédure actuellement en cours devant l'Autorité de la concurrence, dont notamment le procès-verbal du conseil d'administration du 29 octobre 2018, démontrent que la procédure de dialogue compétitif a finalement permis à l'OPT NC d'affiner ses besoins, alors qu'une telle procédure ne saurait avoir un tel objet conformément aux dispositions de la charte annexée à la délibération 136/CP et, de permettre ensuite à l'OPT NC de procéder à un nouvel appel d'offres avec un cahier des charges imposant un raccordement à Fidji et qui correspondrait ainsi à celui présenté dans la phase finale du dialogue compétitif par la société Alcatel Submarine Network ;

- la SCCI n'est pas en mesure de communiquer le procès-verbal des débats du conseil d'administration de l'OPT NC ; il appartient à la juridiction de céans de solliciter de l'OPT NC la communication de ce procès-verbal, afin de constater la réalité des propos ainsi tenus par les administrateurs, démontrant que les administrateurs souhaitaient uniquement attribuer ce marché à la société Alcatel Submarine Network ;

- l'analyse sectorielle réalisée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'est pas une analyse complète et impartiale ;

- il ressort des pièces communiquées par l'établissement public auprès de cette autorité que, dès le conseil d'administration du 29 octobre 2018 ayant déclaré infructueux la procédure de dialogue compétitif et alors que l'étude du gouvernement n'était pas encore établie, les administrateurs de l'OPT NC avaient décidé de procéder à un nouvel appel d'offres avec un cahier des charges identique à celui précédemment établi, en supprimant cependant les capacités, de connectivité et en imposant un raccordement à Fidji ; il appartient à la juridiction de céans de solliciter de l'OPT NC la communication du procès-verbal des débats de cette assemblée, afin de constater la réalité des propos ainsi tenus par les administrateurs, démontrant que le choix d'un tracé via Fidji n'a en aucun cas été imposé par l'étude sectorielle et avait finalement et nécessairement pour effet avéré d'attribuer ce marché à la société Alcatel Submarine Network ;

- avant même que le gouvernement ne communique sa stratégie sectorielle, l'office public avait déjà orienté son choix vers Fidji, sans considération de l'intérêt général, ni des obligations inhérentes à la protection des données ;

- la société demande à la juridiction de céans de relever que l'OPT NC étant une personne publique distincte du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et nonobstant sa qualité d'établissement public, il appartenait uniquement à l'office de déterminer ses besoins dans le cadre de la procédure d'appel d'offres diligentée pour l'établissement du second câble ;

- la SCCI considère que l'appel d'offres effectué par l'OPT NC et imposant un tracé par Fidji avait nécessairement pour effet d'empêcher les concurrents de la société Alcatel Submarine Network de candidater sur le marché ; les limites techniques imposées par l'OPT NC ne sont pas justifiées ;

- en plus d'être contraire à l'objet du contrat et non liée à la nécessité du service, l'imposition d'un tracé à Fidji est également contraire à l'intérêt général en raison des coûts qui seront nécessairement engendrés par la fourniture de ce service sur le territoire ainsi choisi ;

- la SCCI demande au juge du référé contractuel de relever que l'appel d'offres effectué par l'OPT NC pour l'attribution du marché d'acheminement de capacité internationale sur le territoire a imposé des contraintes techniques ayant pour effet d'empêcher toute concurrence réelle pour son attribution, alors que ces contraintes ne sont justifiées ni par l'intérêt du service, ni par l'objet du contrat, et sont même contraires aux réglementations généralement applicables et, par conséquent, strictement illégales ;

- la direction de l'office a choisi de ne pas informer les membres du conseil d'administration de l'ensemble des considérations inhérentes à l'attribution de ce marché de sorte que la décision du 22 avril 2020 doit nécessairement être considérée comme entachée d'une erreur manifeste d'appréciation justifiant qu'elle soit annulée ;

- bien que la délibération n° 136/CP n'impose pas strictement la rédaction des offres en langue anglaise, la nature du marché envisagé en l'espèce aurait dû conduire l'OPT NC à la formuler dans cette langue, en sus du français, si la volonté de l'office avait réellement été de permettre une mise en concurrence effective pour son attribution ;

- faute d'un arrêté permettant de préciser les modalités de certification de la signature électronique des contrats conclus sur le fondement de la délibération n° 136/CP le contrat ne pouvait faire l'objet d'une signature sous la forme électronique ; l'OPT NC a entendu priver la SCCI d'une voie d'action, celle du référé précontractuel ;

- l'autorité de la concurrence dans l'avis rendu à la demande du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie le 22 avril 2020 a conclu que le comportement adopté par l'OPT NC était de

nature à caractériser une réelle stratégie d'éviction de la SCCI et plus largement encore des autres concurrents potentiels au détriment de l'intérêt du consommateur ;

- le marché contesté a pour objet affiché de sécuriser les connexions internet des usagers et, accessoirement, de permettre d'augmenter, à leur profit, la connectivité disponible sur le territoire ; l'augmentation de la bande passante disponible pour les usagers n'est pas un objectif essentiel ; imposer un passage via Fidji alors qu'une alternative via le câble Hawaiki permettait une connexion aux Etats-Unis n'est en aucun cas justifié par l'intérêt du service ; la vente de connectivité internationale ne constitue pas un impératif lié au service public dont l'OPT NC est en charge ; la possibilité de revente internationale de connectivité, sans lien avec la nécessité du service public, ne saurait permettre de justifier de l'opportunité du choix de tracé via Fidji et des limitations de concurrence induites par celui-ci ; en plus d'être contraire à l'objet du contrat et non liée à la nécessité du service public, l'imposition d'un tracé à Fidji est également contraire à l'intérêt général en raison des coûts qui seront nécessairement engendrés par la fourniture de ce service sur le territoire ainsi choisi ;

- l'annulation ne se heurte pas à une raison impérieuse d'intérêt général ; l'argument selon lequel l'annulation aurait des conséquences économiques importantes pour l'OPT NC et la Nouvelle-Calédonie en ce qu'elle retarderait le développement des relations commerciales avec les états voisins est inopérant dès lors qu'il n'est pas rapporté la preuve, ainsi que l'exige l'article L. 551-19 du code de justice administrative, de « conséquences disproportionnées ».

Par des mémoires enregistrés les 2 juillet et 29 juillet 2020, la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) Alcatel Submarine Networks (ASN), représentée par Eversheds Sutherland (France) LLP, conclut à ce que le tribunal prenne acte que la SCCI a abandonné dans ses dernières écritures ses conclusions aux fins de suspension du marché et rejette le surplus des conclusions de la requête de la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI NC), à titre subsidiaire, que le tribunal prononce une sanction alternative à la nullité du marché en application de l'article L. 551-19 du code de justice administrative et, très subsidiairement, que le tribunal diffère dans le temps les effets de la nullité du marché et, demande au tribunal de condamner la société SCCI à lui verser la somme de 2 400 000 francs CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Alcatel Submarine Network soutient que la requête est irrecevable et qu'aucun des moyens soulevés n'est opérant ou fondé.

Par un mémoire, enregistré le 7 juillet 2020, l'Office des postes et télécommunication, représentée par la SELARL Royanez, conclut au rejet des demandes de la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI) et demande d'ordonner la suppression de tous les passages relatant le contenu des pièces produites dans le cadre de l'instruction du dossier actuellement pendant devant l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie et en particulier les passages mentionnés aux pages 15, 17, 21 et 24 de la requête et de condamner la société SCCI NC à lui verser la somme de 1 000 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

L'office des postes et télécommunication (OPT NC) relève que la requête est irrecevable et que les moyens soulevés par la SCCI ne sont pas fondés et sont inopérants.

Vu :

- la décision du conseil d'administration de l'OPT NC du 22 avril 2020 attribuant le marché de fourniture et pose d'un câble sous-marin pour sécuriser le réseau de transport international et domestique ;
- l'appel d'offres ouvert de l'OPT NC pour la fourniture et pose d'un câble sous-marin international et domestique vers Fidji du 27 mars 2019 ;
- l'avis de l'autorité de la concurrence n° 20020-A-04 du 6 juillet 2020 relatif à la demande d'avis du tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie du 22 avril 2020 ;
- les pièces jointes à la requête.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération du congrès n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie ;
- le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données (RGPD) ;
- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

L'audience publique du 30 juillet 2020 a été ouverte à 18 heures (heure de Nouméa) au administratif de Nouvelle-Calédonie, à l'aide d'un moyen de communication audiovisuelle (vidéo-audience), et ce en application des dispositions des articles L. 781-1, R. 781-1 et R. 781-2 du code de justice administrative.

Ont été entendus :

- le rapport de M. Quillévére, juge des référés,
- les observations de Me Deswarte avocate, représentant la société calédonienne de connectivité internationale qui confirme à l'audience que la SCCI entend abandonner ses conclusions aux fins de suspension de l'exécution du marché ;
- les observations de Me Royanez, représentant de l'office des postes et télécommunication.
- les observations de Me Richard, avocat représentant la société Alcatel Submarine Networks.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience à 18 H 55 (heure de Nouméa).

Considérant ce qui suit :

1. Par deux annonces publiques des 30 mars et 1^{er} avril 2019, l'office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie (OPT NC) a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de la fourniture et de la pose d'un câble sous-marin international vers Fidji. La société Alcatel Submarine Network (ASN) a présenté une offre dans le cadre de cette procédure en signant l'acte d'engagement le 30 juillet 2019. Postérieurement à la réunion de la commission des appels d'offre du 15 avril 2020 l'office des postes et télécommunications (OPT NC) a informé la société ASN par une lettre du 23 avril 2020 de sa décision de lui attribuer le marché. Par une lettre du 24 avril 2020 transmise par voie électronique le même jour, l'OPT NC a transmis à la société ASN l'ensemble des documents constitutifs du marché dont elle a accusé réception le 25 avril 2020. A titre principal, la société calédonienne de connectivité

internationale demande au juge du référé contractuel saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 et suivants d'annuler le contrat de marché de fourniture et pose d'un câble sous-marin pour sécuriser le réseau de transport international et domestique conclu entre l'office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie et la société Alcatel Submarine Network le 24 avril 2020.

Sur les conclusions en suspension de l'exécution du contrat de marché de fourniture et pose d'un câble sous-marin :

2. Aux termes de l'article L. 551-17 du code de justice administrative applicable en Nouvelle-Calédonie ; « *Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, sauf s'il estime en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages.* ».

3. Il n'y a plus lieu de se prononcer sur les conclusions de la société calédonienne de connectivité internationale qui a expressément abandonné à l'audience publique ses conclusions aux fins de suspension de l'exécution du contrat dans l'attente des décisions de l'autorité de la concurrence et du tribunal administratif à intervenir. Au demeurant, il n'entre pas dans l'office du juge du référé contractuel de suspendre l'exécution d'un marché dans l'attente d'autres décisions juridictionnelles, sans rapport avec la passation du marché litigieux et cela alors même que l'avis de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie sollicité en application de l'article Lp. 462-3 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie par jugement avant dire droit du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie sur les conclusions de la requête n° 200052 de la société calédonienne de connectivité internationale tendant à l'annulation de l'arrêté n° 2020-127/GNC du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 4 février 2020, a été rendu le 6 juillet 2020 et que le jugement du tribunal administratif dans l'affaire n° 200052 a été lu le 6 août 2020.

Sur les conclusions tendant à l'application des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :

4. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* ». Aux termes de l'article L. 551-15 de ce code : « *Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité (...)* ». Aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou*

pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. ». Aux termes de l'article L. 551-20 : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière. ».

5. En ce qui concerne le marché litigieux de prestation de services de pose d'un câble sous marin à destination de la Nouvelle-Calédonie, les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code. Ainsi, le juge des référés ne peut prononcer la nullité mentionnée à l'article L. 551-18 - c'est-à-dire annuler le contrat - ou, le cas échéant, prendre les autres mesures prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20, que dans les conditions prévues à ces articles. Il n'appartient pas au juge du référé contractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

6. Le marché litigieux de prestations de services de pose d'un câble sous marin a été signé le 25 avril 2020 entre la société Alcatel Submarine Network et l'office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie, établissement public industriel et commercial rattaché à la Nouvelle-Calédonie sur le fondement des règles applicables en cette collectivité à la passation des marchés publics, fixées par la délibération du congrès n° 136 du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie.

7. Si la société requérante relève que l'office des postes et télécommunication a signé le contrat sans transmettre au préalable la délibération du conseil d'administration de l'OPT NC du 22 avril 2020 qui autorisait cette signature au contrôle de légalité du haut-commissariat, le moyen manque en fait dès lors que la délibération du conseil d'administration de l'office des postes et télécommunication autorisant l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie à signer le marché de fourniture et pose d'un câble sous-marin pour sécuriser le réseau de transport international et domestique a été transmise au contrôle de légalité qui l'a enregistré le 23 avril 2020, avant la conclusion du contrat le 25 avril 2020.

8. Aux termes de l'article 5 de la délibération 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée : « Les marchés font l'objet d'un acte d'engagement établi en un seul original » (...) « lorsque les offres sont transmises par voie électronique, la signature de l'acte d'engagement est présentée selon les modalités prévues par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. ». La société requérante soutient que l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie en l'absence d'arrêté de la Nouvelle-Calédonie précisant les modalités de certification de la signature électronique du marché litigieux sur le fondement de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie ne

pouvait faire signer électroniquement ce marché sans méconnaître l'article 5 de la délibération 136/CP. Toutefois, la signature dont fait mention l'article 5 de la délibération 136/C/P concerne celle des candidats à l'appui de leur offre et non celle de la personne publique. Par suite, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 5 de la délibération 136/CP auraient été méconnues doit être écarté.

9. La société soutient aussi que l'OPT NC a procédé de manière prématurée à la signature du marché. D'une part, le marché litigieux de fourniture et pose d'un câble sous-marin vers Fidji a fait l'objet d'une procédure d'appel d'offre le 27 mars 2019 prévue aux articles 24 et suivants de cette délibération, laquelle ne prévoit pas de délai entre la date à laquelle le rejet de leur offre est communiqué aux candidats non retenus et la date de signature du marché. La requérante ne peut invoquer la violation du délai entre la notification de la décision d'attribution du marché et sa signature, prescrit par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, laquelle n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie. D'autre part, le moyen soulevé par la requérante ne peut être invoqué sur le fondement d'aucun des deux premiers alinéas de l'article L. 551-18 du code de justice administrative et est inopérant au regard du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative qui ne peut être invoqué pour demander l'annulation du contrat que dans la mesure où la condition tenant au non respect du délai de standstill ne peut être caractérisée, alors qu'ainsi qu'il a été dit un tel délai n'est pas prescrit par le droit calédonien. Au demeurant, il résulte de l'instruction que l'OPT NC a signé l'acte d'engagement le 23 avril 2020 puis, par une lettre du 24 avril 2020 transmise par voie électronique le même jour, a transmis à la société Alcatel Submarine Network l'ensemble des documents du marché et précisé par le courriel accompagnant cette transmission que la date de réception vaudrait date officielle de notification du marché conformément aux dispositions de la délibération 136/CP. Ainsi, les moyens tirés de ce que l'envoi devait être effectué par voie postale et non par l'envoi d'un courrier électronique le 24 avril 2020 qui n'est pas constitutif d'une manœuvre et de ce que le non respect d'un délai entre la notification de la décision d'attribution du marché et sa signature n'aurait pas permis à la SARL SCCI d'exercer un référé précontractuel sont inopérants.

10. Si la société requérante soutient encore que le pouvoir adjudicateur à l'occasion de la procédure d'appel d'offre mise en œuvre le 31 mars 2019 aurait dénaturé le contenu de l'offre publique du marché de fourniture et pose d'un câble sous-marin pour sécuriser le réseau de transport international et domestique signé le 14 avril 2020 en imposant pour la pose du câble un tracé par Fidji et aurait ainsi méconnu le principe fondamental d'égalité de traitement des candidats et les principes fondamentaux applicables à la commande publique, elle ne l'établit pas en relevant, d'une part, que le dialogue compétitif initié en 2016 à l'occasion de la première procédure d'appel d'offres de l'OPT NC pour la sécurisation de la Nouvelle-Calédonie par câbles sous-marins internationaux et domestiques puis la déclaration sans suite du 29 octobre 2018 déclarant sans suite le dialogue compétitif révèlent que l'appel d'offre de 2016 imposait une liaison vers les Etats-Unis sans considération précise du tracé de pose du câble sous marin et d'autre part, que le conseil d'administration de l'OPT NC pour décider la procédure de passation de l'appel d'offre relative au marché litigieux se serait appuyé sur une étude sectorielle de février 2019 incomplète et partielle.

11. En outre, il n'appartient pas au juge du référé contractuel de se prononcer sur la légalité de la décision de la Nouvelle-Calédonie du 4 février 2020 concernant l'évolution des tarifs de l'office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie ni de se prononcer sur l'existence d'un monopole de l'office des postes et télécommunications qui concernent des

procédures en cours devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie et devant l'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie. La circonstance que la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie ait notamment mentionné dans un rapport d'observations définitives sur l'office des postes et télécommunications du 19 mars 2008 en ce qui concerne la passation et l'attribution du marché du câble Gondwana 1 que le monopole invoqué par l'OPT NC sur les télécommunications était caduc et contesté sur le plan économique et juridique et ait fait valoir plusieurs autres manquements de l'office des postes et télécommunication n'est pas de nature à établir un manquement au règles de publicité ou de mise en concurrence du marché de fourniture et pose d'un câble sous-marin pour sécuriser le réseau de transport international et domestique signé le 14 avril 2020 entre la société Alcatel Submarine Network et l'office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie qui a pu passer commande de prestations de travaux selon les règles de la commande publique en Nouvelle-Calédonie applicables à cet établissement.

12. La SARL SCCI qui a été immatriculée le 19 juillet 2019 postérieurement à l'appel d'offre du 31 mars 2019 soutient que le tracé via Fidji retenu par le pouvoir adjudicateur et l'absence de fourniture de capacités dans l'objet du marché a empêché toute concurrence car le tracé par Fidji privilégiait la société Alcatel et ne lui pas permis de candidater utilement avant le 31 juillet 2019. Elle ajoute qu'elle a du fait du tracé par Fidji retenu pour la pose du câble sous marin perdu une chance de se voir attribuer le marché. Toutefois, outre qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de définir son besoin et que le choix de Fidji répondait à des nécessités propres au service public des télécommunications en Nouvelle-Calédonie, les manquements dont se prévaut la SARL SCCI qui n'a pas soumissionné au marché de pose de câble sous marin et n'était d'ailleurs pas créée à la date à laquelle le besoin de l'OPT a été précisé ne se rattachent à aucune des hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel peut exercer son office pour un marché à appel d'offre ouvert, aucun défaut de publicité ou de mise en concurrence n'étant mis en cause. Il n'est en outre pas établi que les spécificités techniques retenues par le pouvoir adjudicateur auraient été plus exigeantes que les normes réglementaires applicables et n'auraient eu d'autres effets que de limiter la concurrence et d'évincer la candidature de la société SCCI en ne prévoyant pas la fourniture d'une connectivité, cette exclusion n'étant pas contraire à l'objet du contrat. Par ailleurs, la circonstance que l'OPT ait rédigé et publié l'appel d'offre uniquement en langue française ne constitue pas un manquement au regard des règles de publicité et de mise en concurrence et ne révèle pas que le pouvoir adjudicateur ait ainsi entendu écarter la candidature de la SARL Société de connectivité internationale.

13. La société calédonienne de connectivité internationale relève par ailleurs que le projet de tracé vers Fidji et l'appel d'offres afférent sont incomplets en ce qu'ils n'ont pas pris en compte les impératifs liés à la protection des données alors même que Fidji ne dispose pas de réglementation en matière de protection des données. Toutefois, le marché litigieux porte sur la fourniture et la pose de câbles et n'inclut pas le traitement des données des utilisateurs du réseau pas davantage que les données personnelles de la part du titulaire du marché. Ainsi, l'Office des postes et télécommunication en ne prévoyant pas dans le cahier des charges de règles particulières afférentes au RGPD n'a pas méconnu un manquement les règles de publicité ou de mise en concurrence. Par suite, le moyen doit être écarté.

14. Les préjudices invoqués par la SCCI dans sa requête liés à une perte de chance d'être attributaire du marché et résultant d'une impossibilité alléguée de créer un troisième câble de connectivité internationale ne sont pas au nombre de ceux susceptibles d'être utilement invoqués pour établir un manquement au règles de publicité ou de mise en concurrence du marché de fourniture et pose d'un câble sous-marin pour sécuriser le réseau de transport

international et domestique signé le 14 avril 2020 entre la société Alcatel Submarine Network et l'office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie.

15. Il résulte de tout ce qui précède qu'aucun des vices soulevés par la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI) n'est de nature à justifier que la nullité du marché litigieux soit prononcée, sans qu'il soit besoin d'examiner l'intérêt à agir de la société requérante ni de se prononcer sur les demandes de la société Alcatel tendant à prononcer une sanction alternative en application de l'article L. 551-19 du code de justice administrative ou de différer dans le temps les effets de la nullité du marché. Par suite, les conditions permettant au juge du référé contractuel de faire droit en application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne sont pas réunies, la requête doit être rejetée.

Sur la demande de suppression de passages de la requête :

16. Aux termes de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 rendu applicable par les dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative : *« Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux. / Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts. »*. Aux termes de l'article R. 557-3 du code de justice administrative applicable en Nouvelle-Calédonie: *« Lorsqu'il est saisi aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'article R. 152-1 du code de commerce. »*.

17. L'office des postes et télécommunications demande au tribunal d'ordonner la suppression des tous les passages relatant le contenu des pièces produites dans le cadre de l'instruction du dossier actuellement en cours devant l'Autorité de la concurrence pour étayer son argumentaire et en particulier ceux mentionnés aux pages 15, 17, 21 et 24 de la requête. L'office des postes et télécommunications relève que les passages dont elle demande la suppression sans les identifier précédemment concernent des extraits de pièces produites par l'OPT NC dans le cadre de l'instruction d'un dossier actuellement en cours devant l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie. Toutefois, les passages dont il est demandé la suppression par l'OPT NC n'ont pas le caractère de discours injurieux, outrageants ou diffamatoires au sens des dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative. Il appartient à l'OPT NC qui fait valoir que la société calédonienne de connectivité internationale n'a pu avoir connaissance des passages mentionnés aux pages 15, 17, 21 et 24 de sa requête introductive d'instance qu'à l'occasion de production de l'OPT NC dans le cadre de la procédure en cours devant l'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie et les a communiqués dans le cadre de la présente instance en méconnaissance des dispositions de l'article Lp 463-6 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de saisir si elle s'y croit fondée de saisir le juge des référés en matière de secret des affaires prévue à l'article R. 557-3 du code de justice administrative applicable en Nouvelle-Calédonie qui renvoie toutefois aux dispositions de l'article R. 152-1 du code de commerce lequel n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, en l'absence de précisions suffisantes les conclusions présentées en défense aux fins de suppression de passages mentionnés aux pages 15, 17, 21 et 24 de la requête doivent être rejetées.

Sur la demande de production de procès verbaux du conseil d'administration de l'OPT communiqués à l'autorité de la concurrence :

18. La SCCI ne peut demander au juge du référé d'enjoindre à l'OPT NC la production de pièces versées par cette dernière devant l'autorité de la concurrence dans le cadre d'une instance en cours en se fondant sur des arguments révélés à l'occasion des échanges contradictoires devant l'Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie. Par suite, les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'office des postes et télécommunications de produire les procès-verbaux du conseil d'administration des 29 octobre 2018 et 22 avril 2020 versés devant l'autorité de la concurrence doivent être rejetées.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

19. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

20. Ces dispositions font obstacle aux conclusions de la SARL Société calédonienne de connectivité internationale dirigées contre l'office des postes et télécommunication qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

21. Il n'y a pas lieu de mettre les sommes de 1 000 000 francs CFP et de 2 400 000 francs CFP à la charge de la SARL calédonienne de connectivité internationale au titre des frais exposés par l'office des postes et télécommunications et par la société Alcatel Submarine Networks (ASN) et non compris dans les dépens.

O R D O N N E :

Article 1^{er} : La requête de la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI) est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par l'office des postes et télécommunications (OPT NC) et par la société Alcatel Submarine Networks (ASN) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions présentées en défense par l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie relatives à la suppression de certains passages de la requête ainsi que les conclusions présentées en défense par la société Alcatel Submarine Network sont rejetées.