

N° 0779

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**SYNDICAT DES ENTREPRISES
PRIVEES DE TELECOMMUNICATION
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**M. Arsène Ibo
Rapporteur**

**M. Jean-Paul Briseul
Commissaire du gouvernement**

Le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie

**Audience du 5 juin 2008
Lecture du 31 juillet 2008**

01-04-005

01-04-03-03

01-04-03-07-01

54-06-07-005

C+

Vu la requête, enregistrée le 26 mars 2007, présentée pour le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION DE NOUVELLE-CALEDONIE, représenté par son président en exercice dont le siège social est (.../...), par Me Lombardo ; le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION DE NOUVELLE-CALEDONIE demande au tribunal :

1°) d'annuler la délibération n° 235 du 15 décembre 2006 portant modification de la délibération n° 051/CP du 23 octobre 2000 relative à l'organisation et au fonctionnement de l'office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie ;

2°) de mettre à la charge de la Nouvelle-Calédonie une somme de 500 000 francs CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE soutient que la délibération attaquée crée un article 14-1 de la délibération 51/CP du 23 octobre 2000 qui autorise l'office des postes et télécommunications à

se dispenser des obligations prescrites par la réglementation des marchés publics fixée par la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 modifiée concernant certaines catégories de dépenses ; que le requérant qui regroupe les entreprises de prestations de services et fournisseurs de matériels du secteur des télécommunications et a pour objet de défendre les intérêts matériels, moraux, économiques et professionnels de ses membres justifie d'un intérêt à demander l'annulation de la délibération attaquée ; que les dispositions attaquées ont en effet trait directement à l'activité du secteur des télécommunications ; que le syndicat a donc intérêt à agir ; que la délibération attaquée a été prise sans que soit consulté préalablement le conseil économique et social sur ce point, cela en méconnaissance de l'article 155 de la loi organique du 19 mars 1999 ; que le but poursuivi par la réglementation des marchés publics est de permettre que les dépenses faites avec des fonds publics soient engagées en toute transparence et dans l'intérêt du service public et éviter ainsi toute tentation de favoriser tel ou tel contractant ; que le fait de dispenser l'office des postes et télécommunications du respect de cette réglementation très utile, aura pour effet d'exclure les entreprises calédonniennes de ces marchés publics de télécommunications conclus parfois pour des sommes très importantes ; que la délibération qui supprime les règles de l'appel d'offre est contraire aux principes constitutionnels et généraux du droit de la commande publique, tels qu'ils découlent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; que cette délibération a pour effet de mettre fin aussi bien à la transparence des dépenses importantes de l'office des postes et télécommunications, mais également à la concurrence ;

Vu les mises en demeure adressées le 4 juillet 2007 à la Nouvelle-Calédonie, et au congrès de la Nouvelle-Calédonie en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de ces mises en demeure ;

Vu l'ordonnance en date du 7 septembre 2007 fixant la clôture d'instruction au 10 octobre 2007, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 10 octobre 2007, présenté pour le congrès de la Nouvelle-Calédonie, représenté par son président, qui conclut au rejet de la requête ;

il soutient que la requête n'est pas recevable, le syndicat requérant ne justifiant pas d'un intérêt à agir suffisant ; qu'en effet la délibération attaquée n'entrave pas la liberté contractuelle des professionnels représentés par le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION, et ne saurait donc leur faire grief ; que la délibération en cause, n'a pas de caractère économique et par conséquent son élaboration n'était pas soumise à la consultation du conseil économique et social ; que le principe d'égal accès à la commande publique n'a pas valeur constitutionnelle et n'a pas la portée contraignante que lui prête le requérant ; qu'il n'existe aucun principe d'ordre constitutionnel ou général de droit imposant une mise en concurrence préalablement à la conclusion de contrats ; que la soumission des contrats au formalisme rigoureux de la réglementation des marchés publics constitue une atteinte à la liberté contractuelle, à valeur constitutionnelle des personnes morales de droit public et de leurs contractants ; que l'exclusion de la réglementation des marchés publics portant sur huit types de contrats suivants et prévue par la délibération attaquée se justifie par l'inadaptation de la délibération n° 136/CP dans ces domaines ; qu'en France métropolitaine les établissements publics industriels et commerciaux ne sont pas soumis au code des marchés publics et que celui-ci prévoit de nombreuses dérogations sans pour autant porter atteinte à l'égal accès à la commande publique ;

Vu l'ordonnance en date du 11 octobre 2007 fixant la réouverture de l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu enregistré au greffe du Tribunal le 28 février 2008, le mémoire présenté pour le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS qui persiste dans ses conclusions initiales par les mêmes moyens ;

il soutient que même une institution comme la Commission Européenne qui gère des projets importants et internationaux respecte les principes de transparence et de mise en concurrence ; que le congrès procède par affirmation sans démonstration pour exempter l'office des postes et télécommunications de principes qui sont l'assurance du bon emploi de deniers publics dans l'intérêt général ; qu'il n'est nullement démontré, que qui que ce soit ait refusé de contracter avec l'office des postes et télécommunications ou que l'office des postes et télécommunications après avoir émis des appels d'offres n'est essuyé que des échecs ; que ce n'est qu'après avoir constaté le caractère infructueux des appels d'offres publics en prévoyant des publicités internationales si besoin est, que l'office des postes et télécommunications doit avoir recours au marché de gré à gré, comme cela est prévu par le code des marchés publics ;

Vu enregistré au greffe du Tribunal le 29 mai 2008 le mémoire présenté pour le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS qui persiste dans ses conclusions initiales par les mêmes moyens ;

il soutient en outre que la défense de la transparence des marchés et offres de l'OPT entre dans le champ d'application de son objet social qui est de défendre les intérêts matériels et moraux des entreprises privées de communication; que l'objectif qu'il poursuit est de permettre aux entreprises dont s'agit de participer aux appels d'offre de l'OPT en toute loyauté dans des conditions normales de concurrence ; que l'anormalité du système mis en place par le Congrès sur l'incitation de l'Office n'a pas échappé au contrôle de la chambre territoriale des comptes qui a stigmatisé la propension de l'Office à se soustraire de ses obligations d'établissement public; que le Congrès ne justifie pas sincèrement de l'intérêt général qui pourrait justifier l'atteinte portée au droit de la commande et en particulier aux principes d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence des procédures ;qu'il appartient au congrès de veiller à la transparence et à l'égalité d'accès à la commande publique et de mettre en oeuvre en conséquence les procédures adéquates permettant de respecter ces principes ; que l'exonération totale de réglementation des marchés publics n'a pour effet que de dispenser totalement l'Office de tout contrôle, ce qui n'est pas admissible ;

Vu la note en délibéré présentée le 18 juin 2008, pour le congrès de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la délibération attaquée ;

Vu le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu la Constitution de 1958 ;

Vu la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu la délibération modifiée n° 51/CP du 23 octobre 2000 relative à l'organisation et au fonctionnement de l'office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération du congrès de Nouvelle-Calédonie n° 235 du 15 décembre 2006 ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable à la Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 5 juin 2008 :

- le rapport de M. Arsène Ibo, premier conseiller ;

- les observations de Me Lombardo, avocat du SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION DE NOUVELLE-CALEDONIE et de M. Toubhans, représentant le congrès de la Nouvelle-Calédonie ;

- et les conclusions de M. Jean-Paul Briseul, commissaire du gouvernement ;

Sur la fin de non recevoir opposée par le congrès de la Nouvelle-Calédonie :

Considérant que le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION DE NOUVELLE-CALEDONIE a, en vertu de l'article de son statut, pour objet la défense des intérêts économiques, professionnels, moraux et matériels communs aux entreprises de prestation de services et des fournisseurs de matériels du secteur des télécommunications ; que la poursuite de cet objet lui donne qualité pour demander l'annulation de la délibération n° 235 du 15 décembre 2006 du congrès de la Nouvelle-Calédonie qui exonère l'office des postes et télécommunications, du respect de la réglementation des marchés publics fixée par la délibération modifiée n° 136/CP du 1er mars 1967 pour huit séries dépenses publiques susceptibles d'entrer dans le champ d'application de marchés publics passés entre cet établissement public et industriel de la Nouvelle-Calédonie bénéficiant d'un monopole des services publics de télécommunications confié par la Nouvelle-Calédonie et ses adhérents ; que le syndicat requérant est donc recevable à attaquer la délibération litigieuse qui instaure un dispositif dérogatoire aux règles de concurrence telles qu'elles sont prévues par la délibération précitée du 1er mars 1967 ; que, dès lors, la fin de non recevoir opposée par le congrès de la Nouvelle-Calédonie doit être écartée ;

Sur le fond :

Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la délibération attaquée : « Il est créé sous le titre V « Dispositions diverses » de la délibération n° 051/CP du 23 octobre 2000 un article 14-1 ainsi rédigé : Art. 14-1. – Il est dérogé à la réglementation des marchés publics fixée par la délibération modifiée n° 136/CP du 1er mars susvisée pour ce qui concerne les catégories de dépenses suivantes :

1. location ou achat de prestations de télécommunications extérieures ou d'interconnexions, en transport ou en acheminement ou d'équipements associés aux extrémités, auprès d'opérateurs de télécommunications, de fournisseurs satellitaires ou de câble sous-marin ;

2. accord de partenariats « d'itinérance » internationale ou de transmission de données inter-réseaux, notamment, prestations de signalisation internationale ou d'envoi/réception de messages ; prestations associées de chambre de compensation financière ou de traitement de données ;

3. travaux, fournitures ou prestations de services relatifs à la réalisation, à la mise en service ou à la maintenance de système optique sous-marin et infrastructures associées ;

4. travaux et prestations de services exécutés à l'extérieur de la Nouvelle-Calédonie pour les besoins de l'office ;

5. achat de biens en vue de la simple revente ou de la location, notamment, cartes de télécommunications, postes téléphoniques ;

6. achats de fournitures de télécommunications fabriquées et commercialisées à l'extérieur de la Nouvelle-Calédonie ;

7. fournitures et prestations assurés à l'office dans le domaine bancaire et des services financiers ;

8. fournitures de timbres-postes et autres objets philatéliques ;

Considérant que l'article 1er de la délibération du congrès n° 136 du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics énonce que toute dépense publique se rapportant à un objet unique nettement déterminé, dont la fourniture et l'exécution est assurée au territoire, aux provinces, aux communes de Nouvelle-Calédonie et à leurs établissements publics par une personne physique ou morale doit donner lieu à un marché soumis aux règles fixées ci après sauf dispositions contraires prévues par délibération du congrès dès lors que son montant excède 8. 000 000 F CFP. (...) On entend par marchés publics, les contrats passés dans les conditions prévues dans la présente délibération par les collectivités publiques visées à l'alinéa premier ci-dessus en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services. » ; qu'aux termes de l'article 2 de la même délibération : « Les marchés sont des contrats écrits dont les cahiers de charge sont des éléments constitutifs. Ils sont passés après mise en concurrence dans les conditions prévues au titre 1er.(...) » ; qu'aux termes de l'article 13 de la même délibération : « Les marchés visés à la présente délibération sont obligatoirement passés soit par adjudication, soit par appel d'offres au choix de l'autorité compétente, soit sous forme de dialogue compétitif, soit encore sous forme de marché de gré à gré dont les cas sont énumérés aux articles 35 et 36 ci-après ;

Considérant que les marchés passés en application de la délibération précitée du 1er mars 1967, sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et notamment à ceux relatifs à la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;

Considérant que, si certaines dépenses publiques susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la délibération du 1er mars 1967 modifiée auraient pu être engagées sans faire l'objet d'une procédure de publicité et même éventuellement sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que toutes les dépenses publiques visées à l'article 1er de la délibération n° 235 du 15 décembre 2006 puissent être engagées par l'office des postes et télécommunications sans respecter les principes précités découlant de l'exigence d'égal accès à la commande publique à défaut pour, le congrès de la Nouvelle-Calédonie d'apporter la preuve dont il a la charge, que ces dépenses visées par la délibération attaquée seraient dotées de telles spécificités les rendant incompatibles avec toute la réglementation relative aux marchés publics prévue par la délibération du 1er mars 1967 et avec toute procédure de mise en concurrence ou de publicité préalable ; qu'ainsi le congrès ne pouvait sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et transparence des procédures, par la délibération attaquée, dispenser de façon générale l'Office des postes et télécommunications, détenteur du monopole des services publics de télécommunications de l'obligation de la mise en place de toute procédure de publicité et de mise en concurrence pour la passation de ses contrats relatifs aux dépenses visées par la délibération n° 235 du 15 décembre 2006 ; que, par suite, le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION EN NOUVELLE-CALEDONIE est fondé à demander l'annulation de cette délibération ;

Sur les conséquences de l'illégalité de la délibération attaquée :

En ce qui concerne l'office du juge :

Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ;

En ce qui concerne l'application de ces principes à la délibération attaquée :

Considérant que la délibération attaquée a produit des effets ; que l'Office des postes et télécommunications a conclu en 2008, sur le fondement des dispositions litigieuses d'importants contrats à caractère administratif dont notamment ceux ayant pour objet d'une part l'interconnexion du trafic international Internet de Nouvelle-Calédonie (environ 600 millions de francs CFP pour une durée de deux années), d'autre part, celui dit de l'accord dit « d'hébergement » du câble en Australie conclu pour une durée de 13 années pour un montant d'environ 700 millions F CFP et enfin ceux passés pour l'entretien de deux câbles sous-marins

pour un montant d'environ 600 millions de francs CFP ; que, compte tenu des effets que la délibération attaquée a produit, et eu égard à l'intérêt qui s'attache d'une part à la continuité de l'exercice de l'Office des postes et télécommunications de ses compétences en matière de télécommunications publiques, d'autre part à la sécurité juridique des contrats portant sur le câble sous-marin passés par l'Office des postes et télécommunications et enfin à la nécessité de prévenir les poursuites pénales dont seraient susceptibles de faire l'objet les signataires des différents contrats auxquels une annulation rétroactive de la délibération litigieuse porterait une atteinte manifestement excessive, il y a lieu pour permettre aux pouvoirs publics de prendre l'ensemble des mesures nécessaires, de n'en prononcer l'annulation sous réserve des droits des personnes qui ont engagé une action contentieuse à la date du présent jugement qu'à compter du 1er octobre 2008 ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative au profit du SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION EN NOUVELLE-CALEDONIE, et de condamner le Congrès de la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 80 000 francs CFP au titre des frais qu'il a exposés et non compris dans les dépens ;

DE C I D E :

Article 1er : Sous réserve des actions engagées à la date du présent jugement contre les actes pris sur son fondement, la délibération n° 235 du 15 décembre 2006 portant modification de la délibération n° 051/CP du 23 octobre 2000 relative à l'organisation et au fonctionnement de l'office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie est annulée à compter du 1er octobre 2008.

Article 2 : Le Congrès de la Nouvelle-Calédonie est condamné à verser au SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE la somme de quatre vingt mille francs CFP (80 000) au titre des frais irrépétibles.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête présentées par le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE est rejeté.