

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 2000199

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**SOCIETE CALEDONIENNE DE
CONNECTIVITE INTERNATIONALE**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**M. Jean-Edmond Pilven
Rapporteur**

**Le tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie**

**Mme Nathalie Peuvrel
Rapporteur public**

**Audience du 14 janvier 2021
Décision du 4 février 2021**

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 11 juillet 2020 et 9 décembre 2020, la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI), représentée par la SARL Deswarte-Calmet, demande au tribunal :

1°) d'annuler le marché de fourniture et de pose d'un câble sous-marin pour sécuriser le réseau de transport international et domestique de données par internet vers Fidji, signé le 24 avril 2020 entre l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie et la société Alcatel Submarine Network ;

2°) de mettre à la charge de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT-NC) la somme de 1 272 000 francs CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle a intérêt à demander l'annulation du marché public attaqué dès lors qu'elle aurait eu intérêt à conclure le contrat, et alors même qu'elle n'a pas présenté sa candidature ; le caractère très orienté de l'appel d'offres de l'OPT-NC a empêché de facto toute concurrence pour l'attribution de ce marché ; pourtant, elle justifiait par sa spécialité d'un intérêt à conclure ce marché dès lors qu'elle dispose de l'expérience et des capacités techniques nécessaires dans le domaine des câbles sous-marins ;

- l'établissement de câbles sous-marins de connectivité internationale au profit de la Nouvelle-Calédonie met en lumière que la passation du marché relatif au premier câble vers l'Australie avait déjà fait l'objet de plusieurs alertes et observations de la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie, sur le mode de financement qui n'avait pas été défini avant le début des travaux, sur l'absence de contrôle exercé par l'organe décisionnel de l'OPT-NC, sur

l'absence de justification de la procédure de gré à gré retenue par l'OPT-NC et sur le monopole exercé par l'OPT-NC ;

- une procédure de dialogue compétitif lancée en décembre 2016 a été déclarée sans suite et a été suivie d'une procédure d'appel d'offres pour l'établissement d'un second câble qui semble critiquable, tant dans son opportunité que dans sa finalité, dès lors qu'elle ne prévoit pas la fourniture de connectivité permettant de sécuriser les connexions sur le territoire et que la liaison par le câble Hawaiki aurait permis de remplir les objectifs recherchés de manière similaire à un tracé vers Fidji ;

- la passation du présent marché a été faite en méconnaissance des obligations de mise en concurrence et de publicité ;

- la procédure ayant conduit à la signature du contrat n'est pas conforme à la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 dès lors que les contrats ne pouvaient faire l'objet d'une signature sous forme électronique ;

- constituent notamment des atteintes aux obligations de mise en concurrence, le fait, comme en l'espèce, d'exclure certains candidats par des spécifications techniques restrictives qui ne sont pas justifiées par les nécessités du service public ou par l'objet même du marché ;

- dans son avis du 6 juillet 2020, l'autorité de la concurrence a relevé que les pratiques de l'OPT-NC sont de nature à affecter l'activité de la SCCI qui pourrait voir ses chances de développement disparaître et ont consisté à mettre en place une stratégie d'éviction de la SCCI au détriment des intérêts du consommateur, afin d'empêcher la présence d'un opérateur concurrent sur le marché des connectivités internationales haut débit ;

- l'OPT-NC n'a apporté aucun élément de nature à justifier les prescriptions restrictives du marché, tenant au tracé du câble vers Fidji, alors qu'en 2016 elle avait mentionné, dans son avis d'appel à la concurrence, que le tracé portait sur une liaison vers les Etats-Unis ; aucun élément n'est apporté pour justifier le choix de Fidji, qui était à l'origine celui de la société Alcatel ; la prétendue étude sectorielle produite par l'OPT-NC n'est ni complète ni impartiale ; ce choix de Fidji aurait dû être fait dès la procédure de dialogue compétitif en 2016 ; le choix d'un câble via Fidji n'était aucunement justifié par l'objet du contrat alors que cette situation aura pour effet le recours à la société Fintel, disposant à Fidji d'un quasi-monopole en matière de fourniture de connectivités sur place ; aucune analyse sectorielle sérieuse n'a été réalisée, ni aucune comparaison des prix d'interconnexion entre l'option de raccordement à Fidji et celle de raccordement à l'Australie ; le choix d'un raccordement à Fidji déterminait nécessairement une seule candidature, celle de la société Alcatel ;

- l'OPT-NC n'a pas apporté non plus de justification d'un raccordement à Fidji pour répondre à des nécessités de service public ; l'augmentation de la bande passante pour les usagers n'est pas à l'heure actuelle un objectif essentiel tant que la fibre optique ne sera pas déployée sur l'ensemble du territoire ; la sécurisation consistant en la pose d'un second câble pouvait être réalisée par n'importe quel réseau international ; l'exclusion de la fourniture de connectivité dans le contrat obligera l'OPT-NC à contracter avec la société Fintel, et sera ainsi contraire à l'intérêt général des consommateurs en raison de son coût ;

- l'OPT-NC a aussi méconnu les obligations de publicité en rédigeant un appel d'offres uniquement en langue française alors que le marché des télécommunications internationales a comme support la langue anglaise, réduisant ainsi la concurrence effective pour l'attribution du marché.

Par trois mémoires en défense, enregistrés les 23 septembre, 2 novembre et 14 décembre 2020, l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie, représenté par la SELARL d'avocats Royanez, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 500 000 francs CFP soit mise à la charge de la SCCI en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la société requérante n'a pas intérêt à agir dès lors que son projet ne revêt aucune réalité juridique ; elle n'a été constituée que le 19 juillet 2019, soit 11 jours avant la fin de la procédure d'appel d'offres, et ne fournit ni ne pose de câbles, lui imposant ainsi à avoir recours à un tiers ; elle ne dispose d'aucune autorisation lui permettant de débiter les travaux et n'a d'ailleurs déposé aucune demande d'autorisation ;

- elle n'a jamais entendu être candidate dans le cadre de l'appel d'offres du marché en litige ; elle porte un projet distinct qui ne correspond pas à l'appel d'offres pour la pose d'un câble vers Fidji puisqu'elle porte le projet de la société néo-zélandaise Hawaiki ; si elle possède la qualité de concurrent, c'est sur un autre projet que celui en cause ; elle n'a ainsi aucun intérêt à agir au sens de l'avis du Conseil d'Etat « Société Gouelle » du 11 avril 2012 et n'a pas été susceptible d'être lésée dans ses intérêts de façon directe et certaine ;

- la société requérante se fonde sur la décision de l'autorité de la concurrence qui n'a pas compétence pour relever une méconnaissance des obligations juridiques de mise en concurrence ; par ailleurs, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 octobre 2020 retient que le marché de fournitures de service de capacités de connectivité internationale relève des activités de service public soumises au monopole de droit de l'OPT-NC ;

- la définition des besoins de l'OPT-NC, qu'il s'agisse du recours à la procédure du dialogue compétitif, ou de la définition du besoin dans le cadre du présent marché n'est entachée d'aucun détournement de pouvoir et les choix du tracé, les lieux d'atterrissage ont été définis en fonction des besoins à satisfaire ; la société requérante n'a pas d'autres projets que de se raccorder au câble de son partenaire Hawaiki ; elle n'apporte aucun élément de nature à établir que ses intérêts ont été altérés de façon directe et certaine par la définition des besoins du pouvoir adjudicateur ;

- le manquement allégué aux obligations de publicité ne peut être retenu dès lors qu'il n'existe aucune obligation de publicité en langue anglaise et que la langue de la République est le français.

Par un mémoire, enregistré le 30 septembre 2020, la société par actions simplifiée (SAS) Alcatel Submarine Networks (ASN), représentée par Eversheds Sutherland (France) LLP, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 2 400 000 francs CFP soit mise à la charge de la SCCI en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la société requérante ne dispose pas d'un intérêt à agir dès lors qu'elle n'a pas présenté d'offre ; l'intérêt à agir, dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne », est apprécié plus strictement qu'en matière de référé contractuel ; elle ne démontre pas avoir été susceptible d'être lésée de manière suffisamment directe et certaine par la passation du marché ou par ses clauses, notamment en n'apportant aucun élément permettant de comprendre en quoi le tracé du câble ou l'absence de fourniture de capacités de transport international auraient eu pour effet de porter atteinte à la concurrence ; cette société n'a été constituée que postérieurement au lancement de la procédure, soit dix jours avant la date limite de remise des offres, ce qui explique son absence d'offres ;

- la demande indemnitaire est irrecevable en l'absence de réclamation préalable ;

- les manquements invoqués sont inopérants : la fin de la procédure de dialogue compétitif ne repose pas sur la volonté de l'OPT-NC de favoriser la société Alcatel mais tient à l'analyse sectorielle réalisée, à l'évolution du marché et à la baisse des prix des capacités au départ de Fidji due notamment aux nombreux projets de câbles sous-marins depuis 2016 ; le besoin de l'OPT-NC n'a donc pas été défini pour avantager Alcatel ; l'appel d'offres ne

comprend aucun exigence relative à la protection des données mais n'avait pas à en contenir dès lors qu'il ne porte que sur la fourniture et la pose d'un câble ; aucun manquement aux obligations de publicité n'est constaté par la rédaction de l'appel d'offres en langue française uniquement dès lors qu'il s'agit de la langue de la République.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 ;
- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Pilven, premier conseiller,
- les conclusions de Mme Peuvrel, rapporteur public,
- et les observations de Me Chauchat, avocat de la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI) et de Me Pautonnier, avocat de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT-NC).

Considérant ce qui suit :

1. Par un marché signé le 24 avril 2020, l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT-NC) a confié la réalisation de la fourniture et de la pose d'un câble sous-marin international et domestique vers Fidji à la société Alcatel Submarine Networks (ASN). Par une requête en date du 11 juillet 2020, la société calédonienne de connectivité internationale (SCCI) demande au tribunal d'annuler ce marché.

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Les tiers, autres que le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale, ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction. Par ailleurs, le tiers agissant en qualité de concurrent évincé ne peut soulever un moyen tiré du vice entachant le contrat litigieux que si le vice ainsi allégué est d'ordre public, c'est-à-dire si le contenu du contrat est illicite. Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la

personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement.

3. Si la société requérante soutient que les membres du conseil d'administration de l'OPT-NC, réunis le 22 avril 2020, n'auraient pas été convoqués dans les délais requis, en méconnaissance de l'article 5 de la délibération n° 51/CP du 23 octobre 2000 relative à l'organisation et au fonctionnement de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie, que faute d'arrêté permettant de préciser les modalités de certification de la signature électronique des contrats conclus sur le fondement de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics, le marché en litige ne pouvait faire l'objet d'une signature électronique et que la société ASN et ses sous-traitants n'ont pas fourni les attestations et certificats des administrations fiscales et sociales en méconnaissance des dispositions de l'article 13-4 de la délibération du 1^{er} mars 1967, ces manquements, à les supposer établis, qui ne sont pas d'ordre public, sont sans rapport avec l'éviction de la société requérante et étant ainsi inopérants, ne peuvent qu'être écartés.

4. La SCCI, qui a pour projet la construction d'un câble sous-marin de 700 km raccordant la Nouvelle-Calédonie au câble trans-Pacifique « Hawaiki » reliant l'Australie aux Etats-Unis, consacre de longs développements à la procédure de dialogue compétitif initiée en 2016 par l'OPT-NC et finalement déclarée sans suite le 29 octobre 2018. Elle soutient que cette procédure initiale, qui prévoyait la possibilité d'une liaison vers les Etats-Unis, n'aurait eu pour seul objet que de définir le besoin de l'OPT-NC et non de faire émerger l'offre économiquement la plus avantageuse. La SCCI soutient également que l'étude sectorielle menée par l'OPT-NC manque de fiabilité et que l'office n'a pas déterminé, au stade de la procédure de dialogue compétitif, le choix du tracé, de sorte que le projet ne repose que sur la volonté d'avantager la société ASN. Toutefois, ces moyens, relatifs à une procédure antérieure déclarée sans suite, ne sont pas de nature à affecter la validité du contrat litigieux conclu après une procédure d'appel d'offres totalement distincte de la précédente procédure de dialogue compétitif. Ils ne peuvent, par suite, qu'être écartés comme inopérants.

5. La SCCI fait valoir que le comportement anticoncurrentiel de l'OPT-NC sur le marché des capacités de connectivités internationales à haut débit et la stratégie d'éviction mise en place à son encontre ont été relevés par l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie tant dans sa décision du 2 juillet 2020 que dans son avis du 6 juillet 2020. Toutefois, cet avis et cette décision de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, rendus dans le cadre d'une réforme tarifaire de l'OPT-NC contestée par la SCCI et de la situation monopolistique de l'office, ne concernent pas le marché litigieux. Dès lors, les manquements ainsi invoqués, à les supposer établis, ne portent pas sur les règles de passation applicables au marché en litige et sont donc sans rapport direct avec l'éviction de la SCCI. Ils ne peuvent donc qu'être écartés comme inopérants.

6. Si la SCCI fait valoir que l'appel d'offres, rédigé en français, aurait également dû l'être en langue anglaise au motif que le marché de télécommunications internationales, notamment dans la zone pacifique, est un marché où cette langue est prédominante, aucune règle ni aucun principe n'impose qu'un appel d'offres lancé par l'OPT-NC, établissement public de Nouvelle-Calédonie, soit rédigé dans une langue autre que celle officielle de la République française alors, par ailleurs, que la société requérante est inscrite au registre du commerce et des sociétés de Nouméa et que le manquement ainsi invoqué à l'obligation de publicité, à le supposer établi, est en tout état de cause sans rapport direct avec son éviction.

7. La SCCI, qui n'a pas été candidate à l'appel d'offres du marché en litige, soutient qu'elle aurait été empêchée de présenter sa candidature en raison de la mise en place de spécifications techniques excessivement restrictives et non justifiées par les nécessités du service, ainsi que par l'objet même du marché et le choix opéré par l'OPT-NC, visant à favoriser la société ASN, de la fourniture et de la pose d'un câble sous-marin international et domestique vers Fidji, projet correspondant à celui proposé par la société ASN dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif abandonnée en 2018, alors que le sien prévoyait un raccordement au câble Hawaiki, en lien avec son partenaire commercial la société Hawaiki, reliant les Etats-Unis et l'Australie. Si la SCCI fait valoir que ce choix d'un tracé vers Fidji n'est aucunement justifié par un impératif technique ou par les nécessités du service public ou l'objet du marché, elle ne fait toutefois état d'aucune spécification technique particulière qui l'aurait dissuadée de présenter une offre en se bornant à soutenir que le projet qu'elle défendait, portant sur la construction d'un câble connecté au câble existant Hawaiki, aurait été tout autant envisageable voire plus approprié. Elle n'apporte pas davantage d'éléments permettant d'établir que le choix opéré par l'OPT-NC d'un tracé de câble via Fidji caractériserait une erreur manifeste d'appréciation ou révélerait une volonté de favoriser la société ASN. Par ailleurs, si elle soutient que l'appel d'offres aurait dû comporter, outre la pose d'un câble sous-marin, la fourniture de prestations de connectivité, il résulte de l'instruction que le prix des fournitures de capacités internationales au départ de Fidji est en baisse, en raison de nombreux projets de câbles sous-marins dans la région, permettant d'espérer, en raison de la baisse continue des coûts de connectivité, un prix plus intéressant lors de la livraison du câble. L'absence, dans le marché de fourniture attaqué, de prestations de connectivité est ainsi justifiée par des motifs économiques et la volonté de préserver les finances de l'OPT-NC ainsi que le prix de l'accès à l'internet pour les utilisateurs. Dans ces conditions, les vices invoqués par la SCCI quant à l'objet du marché litigieux, lequel ne peut être regardé, en lui-même, comme contraire à la loi, ne permettent pas de caractériser un contenu du contrat illicite.

8. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non-recevoir tirée de l'absence d'intérêt à agir de la SCCI soulevée tant par l'OPT-NC que par la société ASN, que la SCCI n'est pas fondée à demander l'annulation du marché litigieux.

9. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie qui n'est pas dans la présente instance, la partie perdante. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SCCI la somme de 300 000 francs CFP à verser à l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie et la même somme à verser à la société ASN en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la SCCI est rejetée.

Article 2 : La SCCI versera la somme de 300 000 francs CFP à l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie et la même somme à la société Alcatel Submarine Networks en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.