

N° 454047
Société Hivory

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 2 février 2022
Décision du 24 février 2022

CONCLUSIONS

Mme Sophie ROUSSEL, Rapporteuse publique

Le marché de la téléphonie mobile a vu émerger ces dernières années de nouveaux acteurs, dits TowerCo, nés de la dissociation entre l'activité d'opérateur de téléphonie mobile à proprement parler, consistant à exploiter des fréquences hertziennes, et celle d'opérateur d'infrastructures dites « passives », consistant à mettre à disposition des opérateurs de téléphonie mobile, contre rémunération, des infrastructures – pylône, toits-terrasses ou autres sites équipés d'un mât et local technique – destinées à héberger les équipements de téléphonie *stricto sensu*. Plusieurs de ces sociétés TowerCo ont d'ailleurs été créées par des opérateurs de téléphonie mobile sous la forme de filiales (Hivory pour SFR, Totem pour Orange), auxquelles les opérateurs ont transféré tous les actifs clés de leurs infrastructures mobile passives (sites, terrains, baux et contrats de location à des tiers).

La société Hivory, filiale Altice, dont dépend le groupe SFR, depuis absorbée par Cellnex après l'autorisation de l'Autorité de la concurrence¹, est l'une d'entre elles.

Cette société a déposé le 23 octobre 2020 un dossier de déclaration préalable en vue de construire une antenne relai de radiotéléphonie 2G, et haut débit 3G et 4G à Arifat, commune du Tarn d'environ 160 habitants.

S'estimant titulaire d'une décision implicite de non opposition à déclaration préalable, née le 23 décembre 2020 du silence gardé par le maire pendant un mois à compter de ce dépôt, elle a sollicité, le 19 janvier 2021, la délivrance du certificat de non opposition prévu par les dispositions de l'article R. 424-13 du code de l'urbanisme², selon lesquelles : « *en cas de permis tacite ou de non-opposition à un projet ayant fait l'objet d'une déclaration, l'autorité compétence en délivre certificat sur simple demande du demandeur, du déclarant ou de ses ayants droits* ».

Le silence gardé sur cette demande pendant deux mois a fait naître une décision de refus, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ainsi que vous l'avez

¹ Décision 21-DCC-197 du 25 octobre 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Hivory par la société Cellnex France Groupe

² Attestation prévue avant la réforme de 2007 à l'article R. 421-31 du code.

récemment rappelé (CE, 12 février 2020, *Ville de Paris c/ société Le toit parisien*, n° 421949, aux tables, confirmant CE, 28 juillet 1993, « *Les nouveaux constructeurs Ouest* », n° 129263T. p. 936-1107-1115). La société Hivory l'a déferée à la juridiction administrative, doublant ses conclusions d'annulation de conclusions à fin de suspension.

L'ordonnance attaquée rejette la demande de suspension pour défaut d'urgence.

Pour aller contre le cadre très favorable que vous avez tracé en la matière à partir de vos décisions *SFR* de 2002 pour le réseau GSM (CE, 22 août 2002, *Société française du radiotéléphone*, n° 245625 ; CE, 13 novembre 2002, *Société française du radiotéléphone*, n° 244773, décisions inédites de jugeant-seule) puis de 2004 (CE, 27 avril 2004, *Société française du radiotéléphone*, n° 260049), confirmées en 2008 (CE, 2 juillet 2008, *Société française du radiotéléphone*, n° 310548, p. 260) pour le réseau UMTS, fondé sur la prise en compte de l'intérêt public qui s'attache à la couverture numérique du territoire et sur la situation locale en la matière ainsi que sur les intérêts propres des opérateurs, résultant des engagements de déploiement pris envers l'Etat dans le cadre de l'octroi de leur licence et sur l'absence, en l'état des connaissances scientifiques, de risques pour la santé publique, la juge des référés du tribunal administratif de Toulouse s'est fondée sur trois éléments :

- l'absence d'engagement de la société Hivory avec l'un au moins des opérateurs de téléphonie mobile engagés auprès de l'Etat dans le déploiement du réseau mobile ;
- la couverture suffisante du territoire de la commune ;
- l'implantation en 2019 d'une antenne relais à proximité, exploitée par Free mobile.

Si les deux derniers éléments ne peuvent être saisis qu'au tamis très large, particulièrement lorsque vous êtes juge de cassation d'une ordonnance de référé, de la dénaturation, le premier donne prise au moyen d'erreur de droit soulevé par la société Hivory, dont il faut apprécier le mérite dans le cadre tracé par votre jurisprudence *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne* (CE Sect., 29 novembre 2002, n° 244727, p. 421), c'est-à-dire en tenant compte du caractère urgent de la procédure de référé.

Sans doute la société Hivory n'était-elle pas encore liée à un opérateur. Cela résulte du modèle économique même des TowerCo, qui consiste à prospector des sites susceptibles d'accueillir des antennes, en acquérir la disposition dans le cadre d'une location ou d'un achat pour ensuite les équiper puis les louer à un ou plusieurs opérateurs de téléphonie, une infrastructure dite « passive » étant susceptible d'héberger plusieurs infrastructures dites « actives ».

Toutefois, cette circonstance n'amoindrit ni l'intérêt public qui s'attache à la bonne couverture numérique du territoire et à la réduction de la fracture numérique, qui pèse particulièrement lourd dans la balance de l'urgence en matière d'autorisation d'antennes-relais, ni l'obligation pesant sur les opérateurs de téléphonie mobile, intégrée à leur licence, de contribuer activement au déploiement de leur réseau, pour le respect de laquelle les TowerCo sont un intermédiaire incontournable, si l'opérateur ne construit pas lui-même l'infrastructure passive.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

A vrai dire, compte tenu de l'enjeu majeur que constitue la couverture numérique de l'intégralité du territoire, nous ne trouverions pas choquant que soit consacrée, lorsque sont contestées des décisions d'urbanisme autorisant ou ne s'opposant pas à l'implantation d'antennes de radiotéléphonie mobile avec leurs systèmes d'accroche et leurs locaux et installations techniques, une véritable présomption d'urgence, détachée des intérêts propres des pétitionnaires qui peuvent être soit des opérateurs de téléphonie, soit des TowerCo. Une telle présomption, à laquelle vous êtes en principe réticents, pourrait d'ailleurs se réclamer de l'intervention du législateur qui, par l'article 222 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 dite loi Elan, a dérogé à l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme pour interdire aux maires de retirer cette catégorie de décision. Seul le caractère expérimental de cette disposition, dont le terme a été fixé au 31 décembre 2022, nous retient de vous proposer de franchir ce pas.

Vous n'êtes en tout état de cause pas obligés d'entrer dans ce débat pour censurer l'erreur de droit commise par la juge des référés consistant à avoir fait de la circonstance que la société Hivory n'avait pas encore conclu un engagement avec un opérateur de téléphonie pour l'exploitation de l'infrastructure objet de la déclaration de travaux un élément déterminant pour apprécier l'urgence à suspendre l'exécution de la décision de non-opposition, alors que cette circonstance était sans incidence sur l'intérêt public qui s'attache à la couverture numérique du territoire et sur la mise en œuvre effective des obligations de déploiement incombant aux opérateurs, qui ne passe nécessairement par la construction de ces infrastructures dites passives.

Notons qu'à l'avenir, vos juges des référés ne devraient plus être confrontés à la même situation dès lors que, pour répondre aux craintes exprimées par certains maires et que traduit le parti pris par l'ordonnance attaquée face à l'activité des TowerCo, susceptible d'aboutir à la construction d'infrastructures sans garantie qu'elles seront effectivement exploitées, l'article 33 de la loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, née d'une proposition de loi sénatoriale, a organisé des garanties en la matière en instituant :

- d'une part, à l'article L. 34-9-1-1 du code des postes et des communications électroniques, l'obligation d'informer du maire au moment de l'achat ou de la prise à bail d'un terrain destiné à accueillir une infrastructure passive, accompagnée d'un document attestant d'un mandat de l'opérateur de téléphonie mobile ayant vocation à exploiter ces installations ;
- d'autre part, à l'article L. 425-17 du code de l'urbanisme, l'obligation de différer les travaux tant que la société n'a pas procédé à cette information.

Statuant, après cassation, au titre de la procédure de référé engagée, nous vous invitons à déplacer quelque peu les termes du débat sur l'urgence.

L'urgence à suspendre l'exécution d'un acte administratif s'apprécie au vu des effets emportés par cet acte.

Ici, le refus du maire de délivrer un certificat n'a pour effet, par lui-même, d'interdire les travaux. Et s'il avait été délivré, le certificat de non-opposition au projet régi par l'article R. 424-13 du code de l'urbanisme aurait été seulement reconnaissant d'une autorisation

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

préexistante. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle vous avez jugé que si le refus de le délivrer constitue un acte susceptible de faire l'objet d'un recours, le recours de tiers contre ce certificat lorsqu'il est délivré doit toujours être regardé comme dirigé contre l'autorisation dont l'existence a été révélée par l'affichage du certificat : CE, 12 décembre 2012, *SCEA Pochon et GFA Pochon*, n° 339220, T. pp. 935-1025.

Le débat sur la qualité de la couverture numérique du territoire, directement liée à la finalité des travaux envisagés, n'est donc pas directement dans le champ de la discussion de l'urgence.

Le refus du maire de délivrer le certificat empêche en revanche directement celui qui en demande la délivrance, qui s'estime titulaire d'une autorisation ou d'une décision de non-opposition née de façon implicite, de faire valoir ses droits auprès de tiers, en l'espèce, un opérateur de téléphonie mobile ou encore les entreprises participant à l'exécution des travaux autorisés.

Est en cause, à travers ce mécanisme de certificat, une garantie donnée aux administrés lorsqu'ils font face à un mécanisme de décision tacite, d'autant plus forte en l'espèce que l'article 222 de la loi ELAN interdit, certes à titre expérimental, de retirer une telle décision, ce qui réduit considérablement les cas dans lesquels le certificat peut être légalement refusé.

Sans parler de présomption d'urgence à proprement parler, nous voyons mal ce qui pourrait aller contre l'urgence à suspendre l'exécution du refus de délivrer le certificat de non opposition ou de permis tacite, dès lors que le juge aura vérifié qu'une décision implicite est effectivement née. Il en va de la loyauté de l'administration vis-à-vis des administrés face à la garantie que constitue la règle silence vaut accord. Ajoutons qu'exiger d'un pétitionnaire qu'il apporte la preuve devant le juge des référés, pour établir l'urgence, qu'il a effectué des démarches auprès de tiers qui n'ont pu aboutir en raison de son incapacité à établir, en l'absence de certificat, qu'il est titulaire d'une autorisation tacite, aurait tout d'une exigence kafakienne et irait complètement à rebours du dispositif de certificat.

Vous constaterez ici qu'une décision de non opposition est effectivement née à l'expiration d'un délai d'un mois à compter du dépôt du dossier le 23 octobre 2020, lequel était réputé complet puisque le maire n'a pas, dans le délai d'un mois fixé par l'article R. 423-22 du code de l'urbanisme, notifié à la société Hivory la liste des pièces manquantes, ce qui suffit.

Pour répondre entièrement à l'argumentation de la commune, vous relèverez que le dossier d'information relatif aux champs électromagnétiques émis par les installations radioélectriques soumises à l'accord ou l'avis de l'agence nationale des fréquences, prévu au II du B de l'article L. 34-9-1 du code des postes et des communications électroniques, que toute personne souhaitant exploiter de tels équipements sur le territoire d'une commune doit soumettre au maire ou au président de l'intercommunalité un mois avant le dépôt de la demande d'autorisation d'urbanisme ou la déclaration préalable, n'est pas au nombre des pièces susceptibles d'être exigées par les services instructeurs, définie de façon limitative par le code de l'urbanisme. Mais nous ne voyons en tout état de cause pas très bien comment l'obligation énoncée à l'article L. 34-9-1 du code des postes et des communications

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

électroniques s'appliquerait en cas d'intervention d'une TowerCo, c'est-à-dire en cas de dissociation entre l'opérateur réalisant la construction et celui installant puis exploitant, sur cette construction, les équipements radioélectriques.

Dès lors qu'une décision implicite est effectivement née, nous vous invitons à juger que le refus de délivrer le certificat en attestant constitue une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Le moyen tiré de ce que l'article 222 de la loi ELAN est méconnu nous paraît de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision du maire refusant de délivrer le certificat : seule le cas où la décision née tacitement est retirée pourrait justifier le refus de délivrer le certificat de non opposition. Or cette faculté n'existe pas s'agissant de la décision de non opposition en l'espèce.

En l'absence de pouvoir d'appréciation de la commune sur la délivrance du certificat, vous enjoindrez au maire de délivrer, à titre provisoire³, dans un délai de 15 jours à compter de votre décision, le certificat demandé, sans qu'il y ait lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte.

Vous pourrez mettre à la charge de la commune 4 500 euros à verser à la société Hivory au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et rejetterez en revanche les conclusions qu'elle a présentées sur ce fondement.

Tel est le sens de nos conclusions.

³ La décision délivrée en exécution de cette injonction est bien provisoire, conformément à votre jurisprudence CE, 23 oct 2015, *Min du travail c/ Syndicat départemental des agents Direccte 76 et autres*, n° 386649, aux tables, et CE Section, 7 octobre 2016, *Cne de Bordeaux*, 359211 au recueil. Dans l'hypothèse où les juges statuant au principal, contrairement au juge des référés, estimerait qu'aucune décision de non opposition tacite n'est née et rejetteraient la demande d'annulation du refus, l'exécution de cette annulation supposerait en effet de revenir sur le certificat de non opposition provisoire délivré en exécution de l'ordonnance de référé, sans que puissent être opposés les termes de l'article 222 de la loi ELAN.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.