N° 445862
Sté Free Mobile

2ème et 7ème chambres réunies

Séance du 17 janvier 2022
Décision du 7 février 2022

CONCLUSIONS

M. Philippe Ranquet, rapporteur public

Par l'article 222 de la loi du 23 novembre 2018 dite ELAN[1], le législateur a instauré *« à titre expérimental […] jusqu'au 31 décembre 2022 »* une règle dérogatoire pour l'implantation des antennes de radiotéléphonie mobile : les décisions d'urbanisme autorisant ou ne s'opposant pas à cette implantation ne peuvent pas faire l'objet d'un retrait. On se trouve là, en règle générale, dans un champ où le silence de l'administration vaut décision d'acceptation. La question de la date à laquelle naît cette décision implicite créatrice de droits acquiert ainsi une sensibilité plus grande encore que d'ordinaire.

Or, du fait de la pandémie de Covid-19, cette question s'est elle aussi posée en des termes dérogatoires, au moins au temps de ce qu'on a appelé la « première vague ». Plusieurs textes ont en effet adapté les délais pour tenir compte de la crise sanitaire. Dans la présente affaire, la solution dépend pour l'essentiel de leur combinaison avec l'article 222 de la loi ELAN, et le débat porte plus particulièrement sur la légalité de l'un de ces textes – un débat de principe susceptible de se présenter dans d'autres affaires.

1. La société Free Mobile a déposé le 11 mars 2020 une déclaration de travaux pour l'édification d'une station relais de téléphonie mobile dans la commune de Montainville (Yvelines). Dès le 23 mars, les services de la commune lui ont réclamé des pièces complémentaires, qu'ils ont reçues le 28 avril. A cette date, les deux parties en conviennent, le dossier était complet. Si le droit commun s'était appliqué, c'était là le point de départ du délai d'instruction d'un mois applicable à cette DT, au terme duquel le silence de l'administration fait naître une décision de non opposition. Mais nous l'avons dit, en cette période, un régime spécifique s'appliquait au décompte des délais. Il faut en présenter l'architecture pour comprendre où se trouve le nœud du litige.

2.1. L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, relative entre autres à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire, dispose en son article 7 que « *les délais à l'issue desquels une décision* [d'une administration] *peut ou doit intervenir ou est acquise*

[1] Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique

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.

implicitement », lorsqu'ils n'ont pas expiré avant le 12 mars 2020, sont suspendus jusqu'à la fin de la période mentionnée au I de son article 1er, c'est-à-dire jusqu'au 23 juin 2020, et quand ils auraient dû commencer à courir pendant cette même période, voient leur point de départ *« reporté jusqu'à l'achèvement de celle-ci »*.

Cette règle connaît toutefois elle-même des exceptions, motivées par le souci de ne pas retarder excessivement le traitement de certaines catégories de demandes. Ces exceptions ont pour une part été inscrites dans l'ordonnance elle-même. C'est le cas pour *« les délais d'instruction des demandes d'autorisation et de certificats d'urbanisme et des déclarations préalables prévus par le livre IV du code de l'urbanisme »*, soit, précisément, ceux aux termes desquels naît en général une décision tacite d'acceptation. L'ordonnance a été complétée d'un article 12 *ter* qui, dans son dernier état, suspend ces délais, ou reporte leur point de départ, jusqu'au 24 mai 2020 seulement.

Pour une autre part, ces exceptions résultent de décrets simples pris sur le fondement de l'article 9 de l'ordonnance, aux termes duquel : *« Par dérogation aux dispositions des articles 7 et 8, un décret détermine les catégories d'actes, de procédures et d'obligations pour lesquels, pour des motifs de protection des intérêts fondamentaux de la Nation, de sécurité, de protection de la santé, de la salubrité publique, de sauvegarde de l'emploi et de l'activité, de sécurisation des relations de travail et de la négociation collective, de préservation de l'environnement et de protection de l'enfance et de la jeunesse, le cours des délais reprend ».* Ainsi, un décret n° 2020-536 du 7 mai 2020, au rapport du ministre de l'économie et des finances, fait reprendre dès son entrée en vigueur le cours des délais en diverses matières, dont *« les décisions, accords ou avis […] qui sont délivrés en vue de la construction, de l'installation, de l'aménagement et des travaux concernant les infrastructures de communications électroniques »*, cela incluant expressément les travaux soumis à autorisation ou déclaration préalable sur le fondement de divers articles du code de l'urbanisme comme le R. 421-9. Pour eux, le point de départ ou de reprise du délai se situe plus tôt encore, au 9 mai 2020.

2.2. Ici, le délai d'un mois n'avait pas commencé à courir avant le 12 mars 2020. Quel est alors son point de départ ? Pour la commune, c'est le 24 mai, celui que fixe l'article 12 *ter* de l'ordonnance pour toutes les demandes d'autorisation et déclarations préalables en matière d'urbanisme. Le maire a ainsi pris un arrêté le 19 juin, où il indique expressément que ces dispositions lui laissent jusqu'au 24 juin pour s'opposer à la DT – et c'est ce qu'il fait, pour des motifs sur lesquels nous reviendrons.

Mais la société Free Mobile considère, quant à elle, que c'est le décret du 7 mai qui s'applique à son cas, comme à tous les *« travaux concernant les infrastructures de communications électroniques »*, donc un point de départ du délai dès le 9 mai. Elle s'estime bénéficiaire d'une décision implicite de non opposition acquise le 9 juin. L'arrêté du 19 juin, qui doit s'analyser comme un retrait de cette décision, est alors illégal de ce seul fait, conformément à 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.

C'est ce que la société faisait valoir, en plus de contester sur le fond les motifs de l'arrêté d'opposition, dans un REP formé devant le TA de Versailles et accompagné d'une demande de suspension. Celle-ci a été rejetée ; la société se pourvoit en cassation.

3.1. Le JRTA s'en est tenu à la motivation succincte qu'admet votre jurisprudence : son ordonnance relève seulement qu'aucun des moyens, dont celui tiré de la méconnaissance de l'article 222 de la loi ELAN, n'est de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté. Le débat qui a eu lieu devant lui permet toutefois de reconstituer ce qu'a dû être son raisonnement : il a nécessairement pris une position de principe, que le pourvoi critique sur le terrain de l'erreur de droit – et, selon nous, cette critique est fondée.

Pour que l'article 222 de la loi ELAN ne soit pas méconnu, il fallait en effet qu'aucune décision implicite de non opposition ne soit intervenue. Dans les circonstances de l'espèce telles que nous les avons décrites, tel ne pouvait être le cas que si l'on appliquait, pour le décompte du délai d'instruction, le seul article 12 *ter* de l'ordonnance du 25 mars 2020, en écartant l'application du décret du 7 mai. Or devant le JRTA, la commune a exposé deux raisons pour lesquelles il faut selon elle procéder ainsi, qu'elle reprend dans sa défense devant vous.

3.2. Première raison : les délais applicables aux autorisations et déclarations préalables en matière d'urbanisme ne seraient régies *que* par l'article 12 *ter* de l'ordonnance, car le décret du 7 mai 2020 n'aurait pas pour effet d'y déroger –l'article 9 de l'ordonnance, que nous avons cité, n'habilite en effet le pouvoir réglementaire à faire reprendre le cours de certains délais que *« par dérogation aux articles 7 et 8 »*, lesquels organisent la suspension et la reprise des délais de droit commun. En d'autres termes, un décret pris sur ce fondement ne créerait de dérogation qu'aux règles *générales* mais pas à d'autres règles *spéciales* qui y dérogent déjà.

Une telle lecture est toutefois contredite par les termes mêmes du décret, qui comme nous l'avons dit mentionne expressément des procédures régies par le code de l'urbanisme. Et, surtout, il n'y a aucun doute qu'il pouvait légalement le faire même en présence d'autres règles spéciales dans ce champ : les auteurs de l'article 12 *ter* de l'ordonnance ont pris la peine de préciser que ses dispositions s'appliquent *« sans préjudice de la faculté de prévoir, pour les mêmes motifs que ceux énoncés à l'article 9, une reprise des délais par décret »*.

3.3. Aussi est-il plus probable que le JRTA ait été convaincu par la seconde raison que la commune invoquait pour ne pas appliquer le décret du 7 mai 2020 : il serait illégal faute, justement, de répondre à l'un des motifs énoncés à l'article 9 de l'ordonnance – et même, de ce fait, inconstitutionnel et inconventionnel comme contraire au principe d'égalité, puisque les opérateurs de télécommunication bénéficieraient d'un traitement plus favorable que l'ensemble des autres pétitionnaires sans que ce soit justifié.

Mais nous ne pouvons pas davantage suivre la commune sur cette voie. Tout d'abord, il est indifférent que ne soient pas mentionnés, dans le corps du décret, le ou les motifs de l'article 9 sur lesquels est fondée la dérogation – et ce même si la plupart des autres décrets pris en

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.

application de cet article comportent une telle mention[2]. Sauf disposition particulière, les actes réglementaires n'ont pas à être motivés sous peine d'irrégularité. Du reste, la notice accompagnant la publication du décret du 7 mai énonce bien, quant à elle, qu'il a été pris *« pour des motifs tenant à la sécurité, à la protection de la santé et de la salubrité publique et à la sauvegarde de l'emploi et de l'activité »*, soit trois des motifs possibles.

La seule question déterminante pour la légalité du décret est en tout cas de savoir si, sur le fond, la dérogation répond à ces motifs. Or tel est bien notre avis.

Au titre de la sécurité et de la protection de la santé, comme le fait valoir la société requérante, il est légitime de ne pas retarder l'extension de la couverture de téléphonie mobile, qui est aussi celle permettant les appels aux services de secours. La commune objecte que cette couverture, tous opérateurs confondus, est déjà *« quasi-totale »* en France. Si les mots ont un sens, c'est précisément reconnaître qu'elle n'est pas encore totale.

Le bien-fondé de la dérogation nous paraît encore moins discutable sur le terrain de la sauvegarde de l'emploi et de l'activité. La pandémie nous a fait entrer dans une époque où l'un et l'autre sont devenus, plus qu'auparavant, dépendants des possibilités de télétravail, donc de la qualité de desserte du territoire par les infrastructures de communications électroniques – qu'elles soient filaires ou hertziennes, rappelons que la dérogation vaut pour les deux. Contrairement à ce que soutient la commune, il ne s'agit pas que d'un besoin conjoncturel qui aurait pris fin avec le premier confinement. C'est une évolution durable, que l'on pouvait anticiper dès la date d'adoption du décret et qui n'a fait que se confirmer depuis.

Au final, rien ne permettait d'ignorer le décret du 7 mai 2020. En raisonnant autrement, le JRTA s'est mépris sur le point de départ des délais d'instruction et a également méconnu, en conséquence, l'article 222 de la loi ELAN. Cette erreur concerne le champ d'application de la loi et relève ainsi, selon nous, des erreurs de droit que vous censurez y compris en tenant compte de l'office particulier du juge du référé-suspension.

4. Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance pour ce motif et pourrez statuer au titre de la procédure de référé.

4.1. Vous écarterez tout d'abord pour cela une FNR soulevée par la commune devant le JRTA. Elle est tirée de ce que l'arrêté du 19 juin 2020 serait en réalité confirmatif d'une précédente décision d'opposition à l'implantation d'une station relais par le même opérateur au même lieu, remontant à 2017 et devenue définitive après recours contentieux. Mais si le lieu n'a pas changé, le projet est bien différent, avec des modifications substantielles en termes de hauteur de la construction, de traitement des locaux techniques et de nombre d'antennes.

[2] Voir par exemple le décret n° 2020-383 du 1er avril 2020 ou le décret n° 2020-450 du 20 avril 2020.

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.

4.2. Vous n'aurez pas non plus de difficulté à juger remplie la condition d'urgence, suivant en cela votre jurisprudence constante en la matière : eu égard à l'intérêt public qui s'attache à la couverture du territoire national par les réseaux de téléphonie mobile et aux intérêts propres de chaque opérateur, qui a pris des engagements vis-à-vis de l'Etat quant à la couverture du territoire par son réseau, l'urgence bénéficie aux implantations d'équipement sur des territoires que ce réseau ne couvre encore que partiellement (voir notamment 2 juillet 2008, *SFR*, n° 310548, A, ou 2 mars 2012, *Sté Orange France*, n° 352013, B).

En l'espèce, la réalité du besoin de couverture par Free Mobile sur le site concerné par le projet a certes été discutée. Mais ce besoin ressort des cartes détaillées de couverture produites par la société, qui n'a aucun intérêt à la sous-évaluation puisqu'elle justifie aussi par ces cartes de l'atteinte de ses engagements. La commune oppose d'autres cartes, destinées à l'information du public par l'ARCEP et par l'opérateur lui-même, mais dont la précision géographique n'est pas là même.

4.3. Quant à l'existence d'un moyen de nature à faire sérieusement douter de la légalité de l'arrêté, elle découle de ce que nous avons dit de la combinaison entre le décret du 7 mai 2020 et l'article 222 de la loi ELAN. Vous pourriez vous en tenir là, si ne se posaient encore deux questions.

Tout d'abord, quel sort réserver à une substitution de motif demandée par la commune en cours d'instance de référé[3] ? Elle fait valoir que le projet ne respecte pas les conditions posées par le j) de l'article R. 421-9 du code de l'urbanisme pour relever d'une simple DT, car son emprise au sol serait en réalité supérieure à 20 m^2 ; il aurait donc dû faire l'objet d'une demande de permis de construire. Un instant de raison, on peut s'interroger : une telle circonstance n'est-elle pas de nature en l'espèce à renverser la solution du litige ? Le délai d'instruction est en effet de trois mois pour les PC au lieu d'un pour les DT, doit-on alors considérer qu'aucune décision tacite d'acceptation n'était née à la date de l'arrêté attaqué ?

Mais ce n'est pas ainsi que vous avez défini l'office de l'administration quand elle est saisie d'un projet présenté à tort comme une DT alors qu'il relève d'une autorisation. En un tel cas, elle ne requalifie pas elle-même le projet ; elle doit d'abord s'opposer à la DT et inviter le pétitionnaire à présenter sa demande sur le bon terrain (9 juillet 2014, *Cne de Chelles*, n° 373295, A). Elle a certes compétence liée pour le faire, mais même la compétence liée ne permet pas de s'affranchir des règles de naissance et de retrait des décisions créatrices de droits. A supposer donc que le projet de Free Mobile ait dû faire l'objet d'un PC, il fallait lui opposer cela dans le délai d'instruction d'un mois à compter du 9 mai 2020. A défaut, cette circonstance ne peut plus être utilement invoquée pour échapper à l'application de l'article 222 de la loi ELAN.

4.4. La seconde question concerne les motifs de fond de l'arrêté d'opposition. En application de l'article L. 600-4-1 du code l'urbanisme, vous devez en toute rigueur examiner aussi les

[3] Comme le permet votre jurisprudence (15 mars 2004, *Cne de Villasavary*, n° 261130, A).

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.

moyens de la société requérante dirigée contre eux et relever tous ceux qui seraient de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté. Mais vous pourriez éprouver également des doutes quant à l'utilité de procéder ainsi. La règle de l'article L. 600-4-1 trouve sa raison d'être dans le souci d'éviter qu'après annulation ou suspension, l'autorité reprenne la même décision pour un motif dont l'illégalité était déjà apparente[4]. Or en l'espèce, une fois relevé que l'article 222 de la loi ELAN fait obstacle à toute décision d'opposition, ce risque est par construction inexistant.

Pour autant, dans votre jurisprudence abondante sur l'article L. 600-4-1, vous n'avez jamais fait dépendre son application de la nature ou de la portée du premier moyen retenu pour annuler ou suspendre une décision. Généralisée au-delà de la présente hypothèse, cette approche imposerait d'ailleurs sans doute une casuistique source de complexité et d'incertitude juridique. Nous vous proposons donc de vous en tenir à la lettre de l'article L. 600-4-1, et de relever qu'en l'état de l'instruction, les moyens dirigés contre les motifs de fond de l'arrêté, au nombre de deux, paraissent de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté du maire de Montainville.

En effet, il a d'abord justifié son opposition en invoquant l'article R. 111-27 du code de l'urbanisme, c'est-à-dire l'atteinte au caractère des lieux et aux paysages, ainsi que l'article A11 du PLU applicable, qui a la même portée. Selon la grille d'examen définie par votre décision du 13 juillet 2012, *Association Engoulevent*, n° 345970, B, il convient de d'abord apprécier la qualité du site sur lequel la construction est projetée ; moins il sera remarquable, plus il faudra une atteinte importante à son caractère pour justifier légalement une opposition. En l'espèce, le lieu d'implantation projeté est un espace agricole, avec champs ouverts et bâtiments d'exploitation, sans caractère particulier. La commune fait valoir que la station relais, avec sa hauteur de 25 m, sera le seul élément de verticalité dans un paysage de constructions basses et sans arbres de haute tige. L'atteinte ne nous en paraît pas moins suffisamment modeste pour que le seuil d'application de l'article R. 111-27 ne soit pas atteint.

Par ailleurs, l'arrêté attaqué reproche à la société Free Mobile de ne pas assez recourir aux possibilités de mutualisation des infrastructures sur le territoire de la commune. Toutefois, vous avez jugé qu'il n'existe, à la charge des opérateurs, aucune obligation de mutualisation, quand bien même l'article D. 98-6-1 du code des postes et des communications électroniques dispose que *« l'opérateur fait en sorte, dans la mesure du possible, de partager les sites radioélectriques avec les autres utilisateurs de ces sites »* (décision précitée du 2 mars 2012, *Sté Orange France*). La société requérante soutient en outre, sans être sérieusement contredite, qu'il n'y a plus de place pour des antennes supplémentaires à l'emplacement déjà utilisé par divers opérateurs dans le centre de l'agglomération.

5. Si vous nous suivez, vous accorderez donc la suspension demandée, qui a par elle-même pour effet de faire « revivre », jusqu'au jugement au principal, la décision implicite de non opposition. Cela suffira à répondre aux conclusions principales de la société Free Mobile –

[4] Voir, pour une formulation topique, l'avis du 25 mai 2018, *Préfet des Yvelines et autres*, n° 417350, B.

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.

elle formait aussi des conclusions aux fins d'injonction de réexamen de sa DT, mais seulement à titre subsidiaire *« dans l'hypothèse où l'existence d'une décision tacite […] ne serait pas admise »*.

PCMNC :

- A l'annulation de l'ordonnance attaquée du JRTA de Versailles ;
- A la suspension de l'exécution de l'arrêté du 19 juin 2020 du maire de Montainville ;
- A ce que la commune de Montainville verse à la société Free Mobile la somme de 4 500 € au titre de l'article L. 761-1 du CJA, pour l'ensemble de la procédure ;
- Et au rejet des conclusions présentées au même titre par la commune de Montainville.

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.