

1

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE
Chambre 1-2

ARRÊT
DU 13 FEVRIER 2025

N° 2025/73

Décision déferée à la Cour :

Ordonnance de référé rendue par le Tribunal judiciaire de TOULON en date du 26 Mars 2024 enregistrée au répertoire général sous le n° 23/01999.

Rôle N° RG
24/04589 - N°

Portalis
DBVB-V-B7I-BM3
OM

APPELANTE

S.A.S. HIVORY

représentée par son représentant légal en exercice
dont le siège social est situé 58 avenue Emile Zola - Immeuble Ardeko - 92120
BOULOGNE-BILLANCOURT

S.A.S. HIVORY

C/

S.A.S. VALOCIME

représentée par Me Laurène ROUX, avocat au barreau de TOULON
et assistée de Me Emmanuelle BON-JULIEN, avocat au barreau de RENNES
substituée par Me Alix LE ROUGE DE GUERDAVID, avocat au barreau de
RENNES, plaidant

INTIMEE

S.A.S. VALOCIME

représentée par son représentant légal en exercice
dont le siège social est situé 98 boulevard Gabriel Péri - 92240 MALAKOFF

Copie exécutoire
délivrée

le :
à : 13 FEV. 2025

Me Laurène ROUX

Me Pierre-Yves
IMPERATORE de la
SELARL LX AIX EN
PROVENCE

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le **07 janvier 2025** en audience publique. Conformément à l'article 804 du code de procédure civile, M. PACAUD, Président, a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La Cour était composée de :

M. Gilles PACAUD, Président rapporteur
Mme Angélique NETO, Conseillère
Mme Séverine MOGILKA, Conseillère

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Mme Julie DESHAYE.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 13 février 2025.

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 13 février 2025,

Signé par M. Gilles PACAUD, Président et Mme Julie DESHAYE, greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DU LITIGE

La société par actions simplifiée (SAS) Hivory est un gestionnaire d'infrastructures de communications électroniques, dite "Tower Company".

Elle a été créée par la société SFR qui, dans le cadre d'un apport partiel d'actifs en date du 30 novembre 2018, lui a apporté son parc d'infrastructures passives, supportant les antennes de réseau mobile et les baux ou conventions d'occupation attachés.

Elle a pour objet social la gestion et l'exploitation de sites points hauts afin de fournir des services d'accueil aux opérateurs de communications électroniques ou/et audiovisuels avec lesquels elle est liée par des contrats de services. A ce titre, elle gère 10 500 sites hébergeant majoritairement, mais non exclusivement, les antennes de l'opérateur français de téléphonie mobile SFR.

En février 2011, la société SFR a conclu avec monsieur Jean-Marie Rey et madame Elise Giraud veuve Rey un bail prévoyant la mise à disposition d'une emprise de 13 m² située sur la parcelle cadastrée section CA n° 54 du territoire de la Commune de La Londe Les Maures.

Dans les suites de la signature de ce contrat de location, elle a construit un site de téléphonie mobile incluant une antenne.

Le bail conclu pour une durée de 12 années, commençant à courir le 1^{er} mars 2011, prévoyait une tacite reconduction par échéances de cinq années sauf congé adressé par courrier recommandé avec accusé de réception avec un préavis de 18 mois.

La société par actions simplifiée (SAS) Valocime, se présente également comme une *Tower Company*, dite *TowerCo*. Son modèle consiste à rechercher et reprendre des sites existants au terme des baux de ses concurrents.

Par actes sous seing privé en date des 20 février et 25 mars 2019, elle a conclu avec M. Jean-Marie Rey une convention de mise à dispositions de la parcelle C 54. Celle-ci prévoit qu'il revient à la société Valocime de délivrer à la société SFR le courrier portant non-renouvellement du précédent bail.

Par lettre recommandée avec accusé de réception (LRAR) du 6 juillet 2021, reçue le 8 juillet 2021, la société Valocime a notifié à la société Hivory et à la société SFR la décision de M. Rey de ne pas renouveler le bail postérieurement au 28 février 2023.

Concomitamment, les opérateurs mobiles présents sur le site ont été informés du non-renouvellement du bail de la société Hivory et de la proposition de la société Valocime de lui succéder de façon à maintenir leurs installations sur les lieux.

Suite au refus de la société Hivory de quitter les lieux, la société Valocime l'a fait assigner, par acte de commissaire de justice en date du 11 octobre 2023, devant le président du tribunal judiciaire de Toulon, statuant en référé, aux fins d'entendre constater qu'elle est occupante sans droit ni titre de la parcelle litigieuse, ordonner son expulsion sous astreinte et la voir condamner à :

- enlever tous biens, infrastructures et équipements de l'emplacement, et à le remettre en son état d'origine, sous astreinte de 500 euros par jour de retard à compter du huitième jour suivant la signification de l'ordonnance à intervenir ;
- lui verser une somme mensuelle de 908 euros à titre de provision sur indemnité d'occupation à compter du 1^{er} mars 2023 et jusqu'à parfaite libération des lieux ainsi que 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens.

Par ordonnance réputée contradictoire en date du 26 mars 2024, le juge des référés du tribunal judiciaire de Toulon a :

- déclaré recevables les demandes formées par la SAS Valocime ;
- rejeté les fins de non-recevoir présentées par la SAS Hivory ;

- constaté que la SAS Hivory est occupante sans droit ni titre sur l'emprise de 13 m² dépendant d'une parcelle de terrain située à La Londe les Maures (83250), lieudit Les Bas Jardins, cadastrée section CA numéro 54 ;
- ordonné son expulsion et celle de tout occupant de son chef de ladite emprise ;
- octroyé à la SAS Hivory un délai de 2 mois à compter du prononcé de son ordonnance pour la remise en état de l'emplacement ;
- condamné la SAS Hivory à enlever tous biens, infrastructures et équipements de l'emprise et à le remettre en son état d'origine, sous astreinte de 300 euros par jour de retard passé un délai de 2 mois suivant la signification de sa décision ;
- condamné la SAS Hivory à verser à la société Valocime la somme de 9 524, 93 euros à titre de provision correspondant à l'indemnité de réservation et à la mise à disposition des lieux litigieux à compter du 1^{er} mars 2023 et jusqu'à parfaite libération des lieux ;
- condamné la SAS Valocime à verser à la société Hivory la somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné la SAS Valocime aux dépens de l'instance, recouverts selon les modalités de l'article 699 du code de procédure civile ;
- rejeté toutes demandes plus amples ou contraires.

Il a notamment considéré que :

- l'action de la SAS Valocime doit s'entendre comme une action de protection possessoire de l'article 2278 du Code civil, qui ne peut s'exercer, depuis le 18 février 2015, que dans le cadre d'une action en référé, laquelle s'étend au simple détenteur qui, contrairement au possesseur, n'a pas à se comporter comme propriétaire pour pouvoir l'exercer ;
- les dispositions de l'article L. 34-9-1-1 du code des postes et communications électroniques, relatives au mandat opérateur, et de l'article L. 425-17 du code de l'urbanisme ne sont pas applicables au stade de la conclusion du bail mais à celui de la construction d'un pylône ;
- le preneur peut informer le maire de sa volonté d'édifier une infrastructure d'antenne à tout moment à compter de la signature du bail et, en tout état de cause, avant le démarrage des travaux ;
- la société Hivory ne justifie pas de droits concurrents à ceux de la SAS Valocime dans la mesure où son bailleur, lui a fait notifier sa décision de ne pas renouveler le bail de façon tacite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception en date du 6 juillet 2021 ;
- la convention de mise à dispositions conclue les 20 février et 25 mars 2019 entre la SAS Valocime et M. Rey, confère à la SAS Valocime le droit de jouir de l'emplacement à compter du 1^{er} mars 2023, la SAS n'étant plus titulaire d'un bail depuis le 28 février précédent, en sorte que le maintien de cette dernière dans les lieux est constitutif d'un trouble manifestement illicite, même si les opérateurs SFR et Bouygues Télécom y demeurent.

Selon déclaration reçue au greffe le 10 avril 2024, la SAS Hivory a interjeté appel de cette décision, l'appel portant sur toutes ses dispositions dûment reprises.

Par dernières conclusions transmises le 13 décembre 2024, auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé des prétentions et moyens, elle sollicite de la cour qu'elle la déclare recevable et bien fondée en son appel, infirme l'ordonnance entreprise et, statuant à nouveau :

- à titre principal, déclare la société Valocime irrecevable en l'ensemble de ses demandes à son encontre ;
- à titre subsidiaire, dise n'y avoir lieu à référé et renvoie la société Valocime à mieux se pourvoir au fond ;
- à titre infiniment subsidiaire :
 - lui octroie un délai de 6 mois à compter de la signification de la décision à intervenir pour la remise en état de l'emplacement qu'elle occupe sur l'emprise de 13 m² dépendant de la parcelle cadastrée section CA n° 54 au lieudit « Les Bas Jardins » à La Londe Les Maures ;
 - circonscrive matériellement la remise en état des lieux à l'enlèvement des seuls éléments détachables de l'emplacement en application des dispositions de l'article 9 du bail conclu entre M. Jean-Marie Rey et Mme Elise Giraud veuve Rey, d'une part, et la société SFR, d'autre part, aux droits de laquelle intervient la société Hivory ;
 - sur l'appel incident :
 - déclare la société Valocime irrecevable et mal-fondée en son appel incident et en toutes ses demandes, fins et conclusions et l'en déboute ;

- confirme, en conséquence, l'ordonnance déferée en ce qu'elle a débouté la société Valocîme de sa demande visant à voir accorder le concours d'un serrurier, du commissaire de police et de la force publique, si besoin est, pour procéder à son expulsion et à celle de tout occupant de son chef de l'emprise de 13 m² dépendant de la parcelle cadastrée section CA n° 54 au lieudit « Les Bas Jardins » à La Londe Les Maures et condamné la société Hivory à verser à la société Valocîme la somme de 9 524,93 euros à titre de provision correspondant à l'indemnité de réservation et à la mise à disposition des lieux litigieux à compter du 1^{er} mars 2023 et jusqu'à parfaite libération des lieux ;

- en tout état de cause :

- déboute la société Valocîme de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions contraires aux présentes et de son appel incident ;
- constate qu'elle s'en rapporte à justice sur la demande de la société Valocîme de rectification d'erreur matérielle ;
- condamne la société Valocîme à lui payer la somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamne la société Valocîme aux entiers dépens de l'instance.

Par dernières conclusions transmises le 12 décembre 2024, auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé des prétentions et moyens, la société Valocîme sollicite de la cour qu'elle :

- rectifie les erreurs matérielles figurant au dispositif de l'ordonnance entreprise en ces termes :

- *condamnons la SAS Hivory à verser à la société Valocîme la somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;*

- *condamnons la SAS Hivory aux dépens de la présente instance, recouverts selon les modalités de l'article 699 du Code de procédure civile ;*

- déboute la SAS Hivory de son appel ;

- la déclare recevable et bien fondée en son appel incident ;

- confirme, en conséquence, l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions sauf en ce qu'elle :

- l'a déboutée de sa demande visant à se voir accorder le concours d'un serrurier, du commissaire de police et de la force publique, si besoin est, pour procéder à l'expulsion de la société Hivory ainsi que de tout occupant de son chef de l'emprise de 13 m² dépendant de la parcelle de terrain située à La Londe Les Maures, lieudit Les Bas Jardins, cadastrée section CA numéro 54 ;

- a condamné la société Hivory à lui verser la somme de 9 524,93 euros à titre de provision correspondant à l'indemnité de réservation et à la mise à disposition des lieux litigieux à compter du 1^{er} mars 2023 et jusqu'à parfaite libération des lieux ;

- infirme l'ordonnance entreprise de ce chef puis, statuant à nouveau et y ajoutant :

- ordonne l'expulsion de la société Hivory, ainsi que celle de tout occupant de son chef, de la parcelle de terrain située au lieudit Les Bas Jardins à La Londe Les Maures, cadastrée section CA n° 54 et ce, avec l'assistance d'un serrurier, du commissaire de police et de la force publique, si besoin est ;

- condamne la société Hivory à verser à la société Valocîme une somme mensuelle de 908 euros à titre de provision sur indemnité d'occupation à compter du 1^{er} mars 2023 et jusqu'à parfaite libération des lieux ;

- condamne la société Hivory au paiement d'une somme de 6 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens d'instance, conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile, ceux d'appel distraits au profit de Maître Pierre-Yves Imperatore, membre de la SELARL LX Aix en Provenc, avocats associés, aux offres de droit.

L'instruction de l'affaire a été close par ordonnance en date du 17 décembre 2024.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur l'erreur matérielle

Aux termes de l'article 462 du code de procédure civile, *les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement (ou un arrêt), même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déferé, selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande.*

Il est par ailleurs acquis que l'ordonnance arguée d'erreur est réputée déferée à la cour et ne peut plus être rectifiée que par elle à compter de l'inscription de l'appel au rôle de la cour.

En l'espèce, il n'est pas discutable, ni même contesté, que c'est par une erreur de plume que, dans le dispositif de sa décision, le premier juge a condamné la société Valocime aux dépens et à verser à la société Hivory la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. En effet, dans le paragraphe de sa motivation consacré "aux frais de justice", il avait expressément statué à l'inverse ce qui s'inscrivait dans la logique de sa décision selon laquelle c'était la société Valocime qui obtenait gain de cause et la société Hivory qui succombait.

Il convient dès lors de rectifier le dispositif de l'ordonnance rendue le 26 mars 2024 par le juge des référés du tribunal judiciaire de Toulon, dans la procédure enregistrée au répertoire général sous le n° 23/1999, en ce que :

- au lieu de : "condamnons la SAS Valocime à verser à la société Hivory la somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile" et "condamnons la SAS Valocime aux dépens de l'instance, recouvrés selon les modalités de l'article 699 du code de procédure civile",

- il faudra lire : "condamnons la SAS Hivory à verser à la société la SAS Valocime somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile" et "condamnons la SAS Hivory aux dépens de l'instance, recouvrés selon les modalités de l'article 699 du code de procédure civile".

Sur les fins de non-recevoir

Aux termes de l'article 122 du code de procédure civile, constitue *une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.*

L'article 31 du même code dispose que *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.*

L'intérêt et la qualité à agir d'une partie s'apprécient au jour de l'introduction de sa demande en justice.

En sa rédaction du 9 juillet 1975, l'article 2278 du code civil (ex 2282, recodifié par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008), dispose : *La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace. La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits.*

Tandis que le possesseur exerce un droit qui ne l'oblige pas à restituer la chose (propriété exclusive, propriété indivise, nue-propriété...), sont qualifiés de détenteurs ceux dont le droit induit une restitution, qu'il s'agisse d'un droit réel (usufruit, usage, habitation, gage, antichrèse...) ou d'un droit personnel (prêt, bail, dépôt ...).

Dès lors, en application du second alinéa de l'article précité, le locataire, titulaire d'un droit personnel sur la chose, peut, tout comme le possesseur, exercer une action possessoire à l'encontre de celui qui trouble sa détention.

Ce trouble est de nature à être qualifié de manifestement illicite au sens de l'article 835 alinéa 1 du code de procédure civile en sorte ledit locataire a qualité et intérêt à saisir le juge des référés afin de le faire cesser.

En l'espèce, il n'est pas discuté que par convention signée les 20 février et 25 mars 2019, M. Jean-Marie Rey a loué à la SAS Valocime la parcelle litigieuse cadastrée CA n° 54. Il n'est pas davantage contesté que, mandatée par son bailleur, cette société a, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception en date 6 juillet 2021, donné congé au précédent locataire, la SAS Hivory, à effet au 28 février 2023, échéance de son bail.

Pour contester la qualité et l'intérêt à agir de la société Valocime, la société Hivory excipe de la nullité absolue de la convention signée les 20 février et 25 mars 2019, motif pris qu'en infraction avec les dispositions de l'article L 34-9-1-1 du code des postes et télécommunication, l'intimée ne disposait et ne dispose toujours pas d'un accord cadre ou ponctuel avec un opérateur de téléphonie mobile afin d'installer des antennes relais sur les infrastructures qu'elle pourrait être amenée à construire ou racheter. Elle fait, en effet, valoir que les dispositions de ce texte doivent être interprétées à l'aune de l'article 17 du projet de loi de simplification de la vie économique qui, dans le cadre de ce que la presse a qualifié de "guerre des pylônes" et/ou "guerre secrète des TowerCo", a été adopté en première lecture par le Sénat le 22 octobre 2024. Elle ajoute que l'intérêt à agir de la SAS Valocime n'est pas né ni actuel dans la mesure où elle ne justifie pas de sa capacité à exploiter la parcelle conformément à son "business plan" consistant à sous-louer ses infrastructures à un ou plusieurs opérateur de téléphonie mobile.

En réplique, la société Valocime fait valoir qu'en sa qualité de locataire de la parcelle C 54, elle peut agir en expulsion et que les articles L 34-9-1-1 du code des postes et télécommunications électroniques et L. 425-17 du code de l'urbanisme ne sont pas applicable au stade de la signature de la convention d'occupation mais seulement à celui de l'édification des pylônes. Ils ne sauraient être, en l'état du droit positif, interprétés à l'aune du projet de simplification de la vie économique en cours de discussion au parlement. Elle ajoute que la société Hivory, tiers au contrat, ne peut se prévaloir des dispositions des articles 1128, 1178 et 1179 du code civil, que le juge des référés n'est pas juge de l'intérêt général, qu'elle n'a pas à se justifier de l'usage qu'elle fera de la parcelle louée et que le risque de dégradation ou coupure du réseau n'est nullement avéré. En tout état de cause, il n'est pas discutable que la société Hivory occupe le terrain litigieux sans droit ni titre depuis le 1^{er} mars 2023.

L'article L 34-9-1-1 du code des postes et des télécommunications électroniques dispose que tout acquéreur ou preneur d'un contrat de bail ou de réservation d'un terrain qui, sans être soumis lui-même à l'article L. 33-1, destine ce terrain à l'édification de poteaux, de pylônes ou de toute autre construction supportant des antennes d'émission ou de réception de signaux radioélectriques aux fins de fournir au public un service de communications électroniques en informe par écrit le maire de la commune où se situe ce terrain ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale : il joint à cette information un document attestant d'un mandat de l'opérateur de téléphonie mobile ayant vocation à exploiter ces installations.

Les termes de cet article, qui ne nécessitent aucune interprétation, à laquelle le juge des référés ne saurait se livrer, n'établissent aucune fin de non-recevoir au sens où ils ne réservent pas l'action en expulsion de l'ancien titulaire du bail au seul locataire muni d'un "mandat opérateur" mais sanctionnent seulement celui qui n'a pas annexé ce document, lors de l'information délivrée au maire, par une impossibilité de réaliser les travaux d'édification des pylônes. Comme indiqué supra, la qualité à agir de la société Valocime s'induit de la convention signée avec M. Rey, en février/mars 2019, rapprochée du maintien sur les lieux de la société Hivory, à compter du 1^{er} mars 2023 et donc postérieurement à l'échéance de son bail, eu égard au congé qui lui été régulièrement délivré début juillet 2021.

Par ailleurs, outre le fait que le juge des référés n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la validité d'une convention, la société Hivory ne saurait tirer argument de la façon dont l'intimée entend jouir et exploiter la parcelle C 54 pour lui dénier son intérêt né et actuel à agir alors que son propre droit à se maintenir sur le site est l'objet même de la présente action (en expulsion) et que, comme le soutient la société Valocime, son refus de partir constitue une entrave à la pleine jouissance des lieux par le nouveau locataire. Dès lors, s'ils peuvent éventuellement permettre de discuter l'existence d'un trouble ou son caractère manifestement illicite, sur ce que l'on peut considérer comme le "fond du référé", à savoir l'application à l'espèce des dispositions de l'article 835 alinéa 1 du code de procédure civile, de tels moyens ne peuvent être considérés comme opérants sur le terrain de fins de non-recevoir fondées sur l'intérêt ou la qualité à agir.

L'ordonnance sera donc confirmée en ce qu'elle a rejeté lesdites fins de non-recevoir et déclaré recevable l'action intentée par la société Valocime.

Sur le trouble manifestement illicite

Aux termes de l'article 835 alinéa 1 du code de procédure civile, *le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

Le trouble manifestement illicite visé par ce texte désigne toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit. Pour en apprécier la réalité, la cour d'appel, statuant en référé, doit se placer au jour où le premier juge a rendu sa décision et non au jour où elle statue. Enfin, le juge des référés apprécie souverainement le choix de la mesure propre à faire cesser le trouble qu'il constate.

En l'espèce la SAS Hivory soutient que le trouble allégué n'est pas constitué dès lors qu'il ne peut y avoir d'atteinte au droit de jouissance sur le fondement d'un contrat illicite et que, ne disposant d'aucun "mandat opérateur", la société Valocîme s'empêche elle-même d'exécuter le contrat sur lequel elle fonde son action. Elle ajoute que le conseil d'Etat et le Sénat ont chacun, dans leurs domaines d'intervention respectifs, reconnu l'intérêt public à voir assurer la couverture de l'ensemble du territoire national par le réseau de téléphonie mobile en sorte qu'après mise en balance des intérêts en présence, le caractère illicite du trouble allégué n'est pas établi.

La société Valocîme reprend, sur le terrain du trouble manifestement illicite, les moyens développés supra, au titre des fins de non recevoir. Elle précise qu'une occupation sans droit ni titre est, par nature, constitutive d'un trouble manifestement illicite et qu'elle s'acquitte, à perte, de ses loyers depuis le 1er mars 2023. Elle ajoute que le maintien sur site de la société Hivory entrave la négociation et signature d'accords commerciaux avec les opérateurs alors même que ces derniers auront financièrement intérêt à contracter avec elle. Elle soutient qu'ils ne peuvent lui opposer aucun droit personnel au maintien dans les lieux et qu'elle peut donc poursuivre leur expulsion en leur qualité d'occupants "du chef" de la société Hivory sans, pour autant, devoir les mettre en cause. Enfin, c'est en sa qualité de mandataire de M. Rey qu'elle a formulé une demande de remise en état des lieux conforme à la convention signée par ce dernier avec l'appelante.

Comme indiqué supra, en l'état du droit positif, l'article L 34-9-1-1 du code des postes et télécommunication, dont les dispositions ne nécessitent aucune interprétation, n'impose la détention d'un "mandat opérateur" qu'au stade de l'édification d'un pylône. Son objet et/ou finalité sont d'ailleurs expressément précisés par l'article L. 425-17 du code de l'urbanisme qui y renvoie en ces termes : *Les travaux destinés à l'aménagement de terrains, à l'édification de poteaux, de pylônes ou de toute autre construction supportant des antennes d'émission ou de réception de signaux radioélectriques aux fins de fournir au public un service de communications électroniques ne peuvent être réalisés avant, s'il y a lieu, l'information mentionnée à l'article L. 34-9-1-1 du code des postes et des communications électroniques.*

Au demeurant, comme le relève l'intimée, c'est bien parce qu'en l'état du droit positif, il n'a pas vocation à entraver la libre signature de conventions de reprise de baux que le Sénat a voté, le 24 octobre 2024, l'article 17 du projet de loi de simplification de la vie économique, ajoutant notamment à l'article L 34-9-1-1 les alinéas suivants :

- alinéa 2 : *La nullité est absolue et de plein droit pour le contrat ou la convention portant sur un emplacement accueillant une infrastructure mentionnée au premier alinéa qui ne respecte pas les dispositions du présent article ;*

- alinéa 3 : *Cette disposition est d'ordre public.*

Il n'est pas certain que ce projet de loi soit adopté par l'Assemblée nationale et ce, d'autant que l'Association des maires de France (AMF) s'y est expressément opposée dans un communiqué de presse diffusé le 3 juin 2024, en faisant notamment valoir que *l'arrivée des TowerCo bouleverse les relations contractuelles entre ces acteurs et les maires dans leur relation foncière, en particulier dans la fixation des loyers encore trop souvent sous évalués. Et d'ajouter que, dans cette perspective, il serait souhaitable que la discussion parlementaire permette l'adoption d'une disposition sur la transparence des loyers versés aux communes,*

prévoyant notamment des modalités objectives dans la fixation et un montant conforme à la valorisation du patrimoine des collectivités.

Au demeurant, certains maires, à l'instar de celui de Reillane (dans une lettre adressée à l'Autorité de la concurrence le 13 novembre 2023) revendiquent leur liberté contractuelle et la nécessité qui est la leur d'optimiser la gestion du patrimoine foncier de leur commune, en faisant valoir que *certaines locataires ne se sont pas donné la peine d'ajuster leur offre de location ni en termes de durée .. ni de tarif bien en dessous de la concurrence.*

Considérées dans leur contexte, ces remarques conduisent, en toute logique, à s'interroger, à l'instar de l'intimée, sur la constitutionnalité et/conventionnalité du projet de loi précité en ce :

- qu'il pourrait aboutir à muer en un bail perpétuel les conventions signées avec les TowerCo historiques par des collectivités et bailleurs privés, et donc à les placer en situation de vulnérabilité juridique et économique en portant atteinte à leur droit de propriété ;
- qu'il constituerait incontestablement une entrave au principe de la libre concurrence.

Dès lors, alors même que le trouble de jouissance subi par la société Valocime s'induit du seul maintien, sans droit ni titre, de la société Hivory dans les lieux, lequel dissuade les opérateurs historiques de contracter avec l'intimée, malgré des propositions commerciales plus avantageuses (diminution des loyers d'environ 20 %), l'illicéité dudit trouble ne peut être sérieusement contestée en arguant de la nullité de la convention de février/mars 2019 par référence aux dispositions des articles L 34-9-1-1 du code des postes et télécommunication et L 425-17 du code de l'urbanisme;

Elle ne peut davantage l'être par référence à la possibilité qu'aurait l'intimée d'agir à l'encontre de son bailleur sur le fondement d'un manquement à l'obligation de délivrance, voire d'un trouble de jouissance, dès lors que l'appelante est un tiers à la convention signée en février/mars 2019 avec M. Rey, que les éventuelles difficultés d'exécution de celle-ci ne saurait la restaurer dans son droit d'occuper la parcelle litigieuse et que, comme développé ci-avant, la société Valocime est en droit de solliciter son expulsion en justice sur le fondement des dispositions de l'article 2278 du code civil.

Dès lors, non seulement le droit positif ne permet pas de discuter le caractère manifestement illicite du maintien, sans droit ni titre, de la société Hivory dans la place mais, de plus, celle-ci ne peut arguer de l'absence de détention d'un "mandat opérateur" par la société Valocime pour conclure que cette dernière ne subit matériellement aucun trouble. En effet, elle ne dispose d'aucun droit de regard sur l'usage que l'intimée entend faire de la parcelle louée et n'est nullement chargée de la protection de l'intérêt général entendu comme le maintien de la "couverture réseau" de la Commune de La Londe les Maures. En outre, l'argument de la société Valocime selon lequel, le maintien de l'appelante dans les lieux fait obstacle à l'instauration de relations d'affaire avec les opérateurs de téléphonie mobile est tout à fait entendable et ce, même si la SAS Hivory verse aux débats deux attestations (du 18 novembre 2024) du directeur exécutif réseau la société SFR, son opérateur historique, dont il s'induit que cette société exclut d'ores et déjà cette perspective.

L'ordonnance entreprise sera donc confirmée en ce qu'elle a constaté que la SAS Hivory est occupante sans droit ni titre de l'emprise de 13 m2 dépendant d'une parcelle de terrain située à La Londe les Maures (83250), lieudit Les Bas Jardins, cadastrée section CA numéro 54 et ordonné son expulsion ainsi que celle de tous occupants de son chef de ladite emprise. Sur ce dernier point, visant plus singulièrement les opérateurs de téléphonie mobile, la société Hivory, qui échoue à établir et ne soutient d'ailleurs pas que lesdits occupants disposeraient d'un droit personnel opposable à M. Rey, devra faire son affaire du départ de ses sous-locataires, le moyen tiré de l'absence de mise en cause de ces derniers étant inopérant.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, le démontage ordonné par une décision de justice visant à faire cesser un trouble manifestement illicite n'est pas justiciable des articles L 65 et 66 du code des postes et communications électroniques, destinés à protéger les installations de radio diffusion contre les actes de vandalisme et malveillance. En outre, dans la lettre qu'elle a envoyée à la SAS Hivory le 15 mars 2022, la société Valocime, mandatée par M. Rey, lui a bien, conformément à l'article 9 de la convention la liant à ce dernier, demandé de remettre les lieux en leur état primitif à défaut d'accepter sa proposition de rachat des infrastructures au prix du neuf d'un pylone similaire, soit 48 000 euros.

Enfin, sur le terrain de la balance des intérêts en présence, la mesure d'expulsion sollicitée ne saurait être considérée comme portant une atteinte excessive aux droits de la société Hivory et à l'intérêt général, que cette dernière, simple TowerCo, n'a pas pour mission de garantir, dès lors :

- qu'aucune pièce du dossier n'établit que l'interruption des émissions depuis l'antenne située sur la parcelle C 54 de la Commune de La Londe les Maures serait de nature à établir une "zone blanche", d'autres installations pouvant éventuellement prendre le relai en mode plus ou moins dégradé ;

- qu'il n'est pas davantage avéré que, mis à part la société SFR qui a d'ores et déjà mandaté la SAS Hivory pour lui trouver un autre emplacement, d'autres opérateurs ne contracteront pas avec la société Valocime et ce, d'autant que les conditions commerciales qu'elle propose semblent plus avantageuses ;

- qu'il n'est pas non plus établi qu'aucune autre parcelle située sur la Commune de La Londe les Maures, appartenant à des particuliers ou à des collectivités locales, ne peuvent être louée par l'appelante puis sous louée à des opérateurs de téléphonie mobile.

Dans ces conditions, le risque hypothétique d'une rupture de réseau qui incomberait pour l'essentiel au refus de principe desdits opérateurs de contracter avec l'intimée et dont ils pourraient avoir à répondre vis à vis des pouvoirs publics (notamment de l'ARCEP), à l'égard desquels ils se sont engagés pour l'obtention de licences, ne saurait contrebalancer le droit de M. Rey de disposer comme il veut de sa parcelle, dans le respect des conventions qu'il a signées, et celui de la société Valocime de jouir comme elle l'entend de la parcelle qu'elle a louée.

L'ordonnance sera donc également confirmée en ce qu'elle a condamné la SAS Hivory à enlever tous biens, infrastructures et équipements de l'emprise et à le remettre en son état d'origine.

Elle le sera aussi en ce qu'elle a assorti cette condamnation d'une astreinte de 300 euros par jour de retard passé un délai de 2 mois suivant sa signification dès lors qu'au moment où le premier juge a statué, la société Hivory aurait dû quitter les lieux depuis près de 13 mois et que congé lui avait été donné 19 mois avant l'échéance de son bail. Au demeurant elle ne justifie d'aucune démarche pour trouver un nouvel emplacement en sorte que sa demande de délai supplémentaire ne peut qu'être rejetée.

Pour les mêmes raisons, complétées de l'attitude d'opposition manifestée par l'appelante tout au long de l'instance d'appel, l'ordonnance entreprise sera enfin infirmée en ce qu'elle a refusé d'accorder à la société Valocime le concours d'un serrurier et de la force publique.

Sur l'indemnité d'occupation

Aux termes de l'article 835 alinéa 2 du code de procédure civile, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ... le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence ... peuvent accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution d'une obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

L'absence de contestation sérieuse implique l'évidence de la solution qu'appelle le point contesté. Il appartient au demandeur d'établir l'existence de l'obligation qui fonde sa demande tant en son principe qu'en son montant, celle-ci n'ayant alors d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la créance alléguée.

Il n'est pas contesté que la demande de versement d'une indemnité d'occupation revêt un caractère indemnitaire lorsqu'elle est formulée, comme en l'espèce, à l'encontre d'un occupant sans droit ni titre.

En l'espèce, même si elle ne peut justifier d'aucun "mandat opérateur", la société Valocime s'acquiesce auprès de M. Rey d'un loyer annuel de 10 900 euros (soit 908,33 par mois) depuis le 1^{er} mars 2023 alors même qu'elle ne peut jouir comme elle l'entend de la parcelle C 54. Dès lors, si sa perte d'exploitation ne peut être établie avec l'évidence requise en référé, elle est fondée à demander, *a minima*, le remboursement desdits loyers sous la forme d'une

indemnité d'occupation provisionnelle correspondante, courant jusqu'à la libération effective des lieux sans devoir être liquidée pour la période écoulée comme l'a fait le premier juge par l'emploi d'une formule quelque peu absconse.

L'ordonnance entreprise sera donc infirmée de ce chef et la société Hivory condamnée à verser à la société Valocime une indemnité provisionnelle d'occupation de 908 euros par mois à compter du 1^{er} mars 2023 jusqu'à parfaite libération des lieux.

Sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

Il convient de confirmer l'ordonnance déférée en ce qu'elle a condamné la SAS Valocime aux dépens, recouvrés selon les modalités de l'article 699 du code de procédure civile, et à verser à la société Hivory la somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

La SAS Hivory, qui succombe au litige, sera déboutée de sa demande formulée sur le fondement de ce texte. Il serait en revanche inéquitable de laisser à la charge de l'intimée les frais non compris dans les dépens, qu'elle a exposés pour sa défense. Il lui sera donc alloué une somme de 5 000 euros en cause d'appel.

La SAS Hivory supportera en outre les dépens de la procédure d'appel qui seront distraits au profit de Maître Pierre-Yves Imperatore, membre de la SELARL LX Aix-en-Provence, avocats associés, sur son affirmation de droit.

PAR CES MOTIFS

La cour,

Rectifie le dispositif de l'ordonnance rendue le 26 mars 2024 par le juge des référés du tribunal judiciaire de Toulon, dans la procédure enregistrée au répertoire général sous le n° 23/1999, en ce que :

- au lieu de "*condamnons la SAS Valocime à verser à la société Hivory la somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile*" et "*condamnons la SAS Valocime aux dépens de l'instance, recouvrés selon les modalités de l'article 699 du code de procédure civile*";

- il faudra lire : "*condamnons la SAS Hivory à verser à la société la SAS Valocime somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile*" et "*condamnons la SAS Hivory aux dépens de l'instance, recouvrés selon les modalités de l'article 699 du code de procédure civile*".

Confirme l'ordonnance entreprise sauf en ce qu'elle a :

- refusé d'accorder à la SAS Valocime, pour l'expulsion de la SAS Hivory, le concours d'un serrurier et de la force publique ;

- condamné la SAS Hivory à verser à la société Valocime la somme de 9 524, 93 euros à titre de provision correspondant à l'indemnité de réservation et à la mise à disposition des lieux litigieux à compter du 1^{er} mars 2023 et jusqu'à parfaite libération des lieux ;

Statuant à nouveau et y ajoutant :

Dit que, pour faire procéder à l'expulsion de la SAS Hivory et de tous occupants de son chef de la parcelle cadastrée CA numéro 54 de la Commune de La Londe les Maures, la SAS Valocime pourra requérir le concours d'un serrurier et de la force publique ;

Condamne la SAS Hivory à verser à la SAS Valocime une indemnité provisionnelle d'occupation de 908 euros par mois à compter du 1^{er} mars 2023 jusqu'à parfaite libération des lieux ;

Condamne la SAS Hivory à payer à la SAS Valocime la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

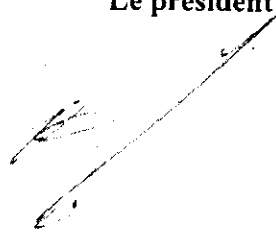
Déboute la SAS Hivory de sa demande sur ce même fondement ;

Condamne la SAS Hivory aux dépens d'appel qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

La greffière



Le président



TEURACTIV