

N°s 438240, 438760, 439204, 439590, 443136
CFE-CGC Orange et autres

2^e et 7^e chambres réunies
Séance du 18 décembre 2020
Lecture du 31 décembre 2020

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

La cinquième génération de communications mobiles, communément appelée 5G, est l'objet de nombreux fantasmes. Beaucoup attendent du saut de performance qu'elle doit permettre – débit décuplé, délais de transmission divisés par dix – la prochaine révolution industrielle, à travers le développement des objets connectés et l'émergence d'applications et de services nouveaux dans de nombreux secteurs (des transports aux médias en passant par la santé, l'industrie ou l'énergie) ; cette nouvelle fée électricité paraît parfois si indispensable à ceux-là que s'en passer condamnerait inmanquablement à la régression, voire au renoncement à toute technologie. D'autres, au contraire, la voient comme l'archétype de la fuite en avant technologique ignorante de ses conséquences environnementales (voire comme une innovation purement superfétatoire) ; aux yeux de ceux-ci, le déploiement de la 5G est, en quelque sorte, la goutte d'eau qui fait déborder le vase de l'inaction climatique, au point de devenir un *casus belli* écologique.

Tous seront, à n'en pas douter, déçus des décisions que vous allez rendre.

Car, indépendamment des arrière-pensées des uns et des autres, vous qui n'en avez pas – comme chacun sait – vous bornerez à dire le droit sur quelques questions techniques relatives à l'usage d'une nouvelle bande de fréquences pour les communications mobiles. Vous n'aurez à vous prononcer ni sur la question d'un moratoire sur cette technologie, ni sur le choix politique de la déployer mais seulement¹ sur la légalité d'un acte qui participe au processus de son déploiement.

1. Ce processus est avant tout une initiative européenne. A partir d'une communication du 14 septembre 2016², la Commission a lancé un plan d'action en vue du déploiement de la 5G sur le territoire de l'Union à l'horizon 2020. Trois bandes de fréquences du spectre radioélectrique ont alors été identifiées comme nécessaires au déploiement des réseaux de 5G : la bande 700 Mhz³, la bande 3,5 GHz⁴ et la bande 26 GHz⁵. Ces trois bandes ont des

¹ Du moins si vous nous suivez pour admettre la recevabilité de certains recours.

² « 5G for Europe : an action plan » – COM(2016)588.

caractéristiques différentes, la plus basse (700 MHz) offrant une grande portée et une bonne pénétration à l'intérieur des bâtiments mais un débit moins élevé, la plus haute (26 GHz) ayant les propriétés inverses et la bande centrale (3,5 GHz) ayant vocation à constituer le « cœur » de la 5G de par sa capacité à offrir à la fois une bonne portée et un haut débit.

La Commission, sur le fondement de la décision « spectre radioélectrique » du Parlement européen et du Conseil⁶, a alors procédé, par trois décisions d'exécution, à l'harmonisation des conditions techniques de disponibilité et d'utilisation de ces trois bandes de fréquences, dans l'Union, pour les systèmes de Terre permettant la fourniture de services de communications électroniques à haut débit sans fil⁷.

Il a ensuite été fait obligation aux États membres d'autoriser l'utilisation de ces bandes de fréquences par de tels systèmes, au plus tard le 30 juin 2020 pour la bande 700 MHz, en vertu d'une décision du Parlement et du Conseil du 17 mai 2017⁸, au plus tard le 31 décembre 2020 pour les deux autres bandes en vertu de l'article 54 du code des communications électroniques européens, directive du 11 décembre 2018⁹ qui refond les quatre directives télécom¹⁰.

Plus précisément, cet article 54 impose aux États membres, « lorsque cela est nécessaire pour faciliter le déploiement de la 5G », de prendre toutes les mesures appropriées pour procéder à une réorganisation de blocs suffisamment larges de la bande 3,5 GHz et autoriser leur utilisation et pour autoriser l'utilisation d'au moins 1 GHz de la bande 26 GHz, pour autant que des éléments de preuve démontrent clairement l'existence d'une demande du marché et l'absence de contraintes significatives concernant la migration des utilisateurs existants et la libération de la bande.

³ Bande 694-790 MHz.

⁴ Bande 3400-3800 MHz.

⁵ Bande 24.25-27.5 GHz.

⁶ Décision n° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne, adoptée sur le fondement dérogatoire de l'article 95 du TCE, devenu l'article 114 du TFUE, qui permet d'arrêter directement des mesures de rapprochement des dispositions nationales relatives à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur.

⁷ V. décision d'exécution (UE) n° 2016/687 de la Commission du 28 avril 2016 sur l'harmonisation de la bande de fréquences 694-790 MHz pour les systèmes de Terre permettant de fournir des services de communications électroniques à haut débit sans fil et pour un régime souple d'utilisation nationale dans l'Union ; décision d'exécution (UE) 2019/235 de la Commission du 24 janvier 2019 modifiant la décision 2008/411/CE en ce qui concerne les conditions techniques applicables à la bande de fréquences 3 400-3 800 MHz ; décision d'exécution (UE) 2019/784 de la Commission du 14 mai 2019 sur l'harmonisation de la bande de fréquences 24,25-27,5 GHz pour les systèmes de Terre permettant de fournir des services de communications électroniques à haut débit sans fil dans l'Union.

⁸ Décision (UE) 2017/899 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 sur l'utilisation de la bande de fréquences 470-790 MHz dans l'Union. La décision précise les cas et les conditions dans lesquels la date du 30 juin 2020 peut être reportée.

⁹ Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen.

¹⁰ Directive « accès » (2002/19/CE), directive « autorisation » (2002/20/CE), directive « cadre » (2002/21/CE) et directive « service universel » (2002/22/CE), toutes du 7 mars 2002.

2. Au niveau national, il a été procédé en deux temps, à chaque fois sur le fondement de l'article L. 42-2 du code des postes et communications électroniques. Celui-ci, qui transpose les directives « cadre » et « autorisation », prévoit que, lorsque la bonne utilisation des fréquences l'exige, l'Arcep peut, après consultation publique, limiter, dans une mesure permettant d'assurer des conditions de concurrence effective, le nombre d'autorisations de les utiliser. Ce même article précise que, dans ce cadre, le ministre chargé des communications électroniques fixe, sur proposition de l'Arcep, les conditions d'attribution et de modification des autorisations d'utilisation de fréquences. La sélection des titulaires des autorisations se fait alors par appel à candidatures ou par une procédure d'enchères après définition des conditions d'utilisation des fréquences¹¹ par le ministre, sur proposition de l'Arcep. Le ministre fixe en outre le prix de réserve au-dessous duquel l'autorisation n'est pas attribuée.

Ainsi, à partir de fin 2014, la libération de la bande 700 Mhz, qui était utilisée pour la diffusion de la TNT, a été organisée ; en parallèle, après consultation publique, l'Arcep a procédé, le 8 décembre 2015¹², à l'issue d'une mise aux enchères¹³, à l'attribution d'autorisations d'utilisation des fréquences de la bande 700 MHz pour des réseaux mobiles offrant un accès à très haut débit (avec un débit maximal théorique descendant d'au moins 60 Mbit/s¹⁴). Ces autorisations sont neutres technologiquement : elles n'imposent pas le recours à telle ou telle technologie. En revanche, les obligations de couverture et de débit qui les accompagnent excluent de fait les technologies insuffisamment performantes. S'agissant de la bande 700 MHz, les exigences de débit pouvaient être satisfaites par la technologie 4G ; elles le peuvent aussi, par construction, par la technologie 5G, de sorte que cette technologie peut d'ores et déjà être déployée dans la bande 700 MHz, sur le fondement des autorisations existantes délivrées en 2015.

Après que le Gouvernement et l'Arcep ont publié, le 16 juillet 2018, une « feuille de route » pour la 5G en France, qui exposait les principaux chantiers et les éléments généraux du calendrier de déploiement de cette technologie, un processus identique à celui conduit pour la bande 700 MHz a ensuite été mené pour les autres bandes de fréquences identifiées comme nécessaires à ce déploiement. En décembre 2018, l'Arcep a lancé une consultation publique sur l'introduction du haut débit mobile dans les bandes 3,5 GHz et 26 GHz – les deux autres bandes identifiées comme pionnières au niveau européen pour la 5G – et dans la bande 1,5 GHz¹⁵.

Dans la foulée, en janvier 2019, le Gouvernement a sollicité de l'ANSES une évaluation des risques sanitaires liés à l'exposition aux technologies associées au déploiement de la 5G.

¹¹ Prévues par le II de l'article L. 42-1.

¹² V. ses décisions n°s 2015-1666, 2015-1567, 2015-1568 et 2015-1569.

¹³ Dans les conditions prévues par l'arrêté 6 juillet 2015 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 700 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre.

¹⁴ Lorsque le titulaire dispose d'une quantité de fréquences supérieure ou égale à 10 MHz duplex.

¹⁵ Bande 1427-1517 MHz. L'harmonisation des conditions de disponibilité et d'utilisation de cette bande pour la fourniture de services de communications électroniques a été opérée par la décision d'exécution (UE) 2015/750 de la Commission du 8 mai 2015 et la décision d'exécution (UE) 2018/661 de la Commission du 28 avril 2018 qui la modifie.

La consultation publique a conduit l'Arcep à estimer qu'il convenait d'attribuer d'abord les fréquences de la bande 3,5 GHz – dont nous vous disions qu'elle constitue en quelque sorte le cœur des fréquences 5G et qui permet, couplée avec la bande 700 MHz, d'assurer une large couverture et un haut débit. A l'été 2019, l'Arcep a alors mené une seconde consultation publique sur l'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,5 GHz en France métropolitaine, pour l'exploitation de réseaux mobiles ouverts au public. Par une délibération du 21 novembre 2019¹⁶, l'Autorité a ensuite proposé au ministre, conformément à l'article L. 42-2 du code, et les conditions d'attribution des autorisations, et les conditions d'utilisation des fréquences.

Les conditions d'attribution des autorisations (fixées dans le document II de l'annexe à la délibération de l'Arcep), qui visent à répartir les 310 MHz de la bande, prévoient une procédure en trois temps. Dans un premier temps, l'Arcep, après avoir fixé une date limite de dépôt des candidatures, examine la recevabilité des candidatures reçues et l'éligibilité de leurs auteurs à l'attribution des fréquences, et attribue un bloc de 50 MHz à chacun des quatre premiers candidats qualifiés, classés, le cas échéant¹⁷, en fonction du prix qu'ils s'engagent à verser pour obtenir ce bloc. Dans un second temps, il est procédé à un système d'enchères pour les blocs de 10 MHz restant à attribuer. Le troisième temps est constitué par l'enchère dite « de positionnement », qui permet, une fois fixée la quantité de fréquences de chacun des attributaires, de déterminer à quelles fréquences elles correspondent au sein de la bande 3,5 GHz.

Les conditions d'utilisation des fréquences (fixées dans le document I de l'annexe à la délibération de l'Arcep) prévoient quant à elles des exigences de débit – au moins 100 Mbit/s¹⁸ dans un premier temps, au moins 240 Mbit/s dans un second temps – et de rapidité des communications¹⁹ qui, selon ce qui est constant au dossier, impliquent l'usage de technologie 5G, mais aussi des exigences de couverture et de déploiement (selon un calendrier précis), des exigences de transparence ou encore des exigences de fourniture de certains services particuliers aux entreprises et aux personnes publiques.

Par arrêté du 30 décembre 2019, la secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances a adopté ces différents éléments de la proposition de l'Arcep. Elle a par ailleurs fixé le prix de réserve d'un bloc de 50 MHz dans la première phase d'attribution des fréquences et le prix de réserve d'un bloc de 10 MHz dans la deuxième phase.

Un décret du lendemain fixe la redevance due par les attributaires d'autorisations d'utilisation des fréquences de la bande 3,5 GHz²⁰.

¹⁶ N° 2019-1386.

¹⁷ C'est-à-dire s'il y a plus de quatre candidats qualifiés.

¹⁸ Par bloc de 10 MHz simplex pour un même utilisateur (débit descendant maximal théorique).

¹⁹ Temps théorique inférieur ou égal à 5 ms entre la fourniture des paquets de données de l'utilisateur à la couche radio de l'émetteur et la réception à la couche MAC (*Medium Access Control*) du récepteur.

²⁰ Décret n° 2019-1592 du 31 décembre 2019 modifiant le décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 modifié relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations

L'Arcep a ensuite fixé la date limite de dépôt des candidatures au 25 février 2020 ; et, par un communiqué de presse du 2 avril 2020, elle a annoncé que seules quatre candidats étaient qualifiés – les sociétés Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange et SFR – et obtiendraient ainsi chacun un bloc de 50 MHz. L'Arcep a également annoncé le report des enchères en raison de la crise sanitaire.

Ces enchères se sont finalement tenues, vous le savez, à la fin du mois de septembre dernier – et les autorisations ont été délivrées le 13 novembre.

L'ANSES n'a pas encore rendu son rapport d'évaluation.

3. Les affaires qui ont été appelées vous saisissent de différents actes relatifs au déploiement de la 5G dans la bande 3,5 GHz et intervenus en amont des autorisations. Sont contestés la délibération de l'Arcep proposant au ministre les conditions d'attribution des autorisations et les conditions d'utilisation des fréquences, l'arrêté ministériel du 30 décembre 2019 fixant ces deux séries de conditions, le décret du 31 décembre 2019 fixant la redevance due au titre de l'utilisation des fréquences et le communiqué du 2 avril 2020 de l'Arcep indiquant les candidats qualifiés au terme de la première phase de sélection.

4. Ces affaires soulèvent d'abord des questions de recevabilité.

4.1. D'une part, certains au moins des actes qui vous sont déférés sont insusceptibles de recours.

4.1.1. Tel est assurément le cas, en premier lieu, de la proposition de l'Arcep du 21 novembre 2019, qui a le caractère de mesure préparatoire – à l'adoption des décisions d'attribution voire, en partie (nous allons y venir), à l'adoption de l'arrêté ministériel du 30 décembre 2019. Elle ne peut donc faire l'objet d'un recours direct en annulation.

4.1.2. La question est plus délicate à propos de l'arrêté du 30 décembre 2019.

4.1.2.1. Vous jugez avec une certaine constance, vous le savez, que les appels d'offre, appels à projets ou appels à candidatures, qui définissent les conditions d'examen, d'appréciation ou de classement des réponses, sont des mesures préparatoires aux décisions d'attribution dont ils ouvrent les procédures. Vous l'avez jugé pour les appels d'offres en vue de la passation de marchés publics (v. not. 10 mai 1996, Conseil régional de l'ordre des architectes de la région PACA, n° 162856, T. pp. 665-1020-1066), comme pour les appels à candidatures de la CNCL ou du CSA en vue de l'attribution de fréquences déterminées pour l'exploitation de services de télévision ou de radio (v. Assemblée, 21 octobre 1988, SA TF1, n° 91912, Rec. p. 367 ; 13 février 1991, Société Ile de France Média et autres, n° 98809 e. a., Rec. p. 58 ; du même jour, Association « Radio-Alpes Infos », n° 101664, T. p. 1106 ; 19 mars 2003, Association française des opérateurs de réseaux multiservices AFORM, n° 237513, T. pp. 896-898-977).

d'utilisation de fréquences délivrées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

Vous avez appliqué la même solution à l'appel à candidatures du ministre chargé des télécommunications en vue de la désignation d'opérateurs chargés de fournir les composantes du service universel des télécommunications définies par la loi (12 juin 2006, AFORS Telecom, n°s 276965 276966 276967, T. pp. 989-996) et à l'arrêté interministériel, adopté sur le fondement de l'article L. 42-2 du CPCE et sur proposition de l'ARCEP, lançant un appel à candidatures pour l'attribution de la quatrième licence 3G (12 octobre 2010, Société Bouygues Telecom et autres, n°s 332393 e. a., Rec. p. 378).

4.1.2.2. Cette jurisprudence, régulièrement réaffirmée, est tout aussi régulièrement contestée, en ce qu'elle conduit à porter atteinte au droit au recours, les sociétés n'ayant en pratique pas d'autre choix que celui de se plier aux conditions de l'appel à candidatures et pas de véritable intérêt ensuite à contester les autorisations qui leur sont attribuées.

L'argument n'est pas sans force. Il est vrai qu'il peut sembler préférable, dans l'intérêt général, que la contestation des conditions d'attribution des fréquences n'attende pas la délivrance des autorisations et puisse permettre, notamment par la voie du recours en référé, d'arrêter le plus tôt possible une procédure lancée sur de mauvaises bases. L'analogie avec les marchés publics sur laquelle s'est construite votre jurisprudence a par ailleurs ses limites : l'attribution d'autorisations d'usage des fréquences est un processus bien éloigné de la commande publique et purement unilatéral, quand bien même les candidats y prennent des engagements (ou concluent, en matière audiovisuelle, des conventions : v. 2 décembre 2009, Société NRJ Group et société Vortex, n° 311905, T. p. 934).

Il reste, cependant, qu'il vous est difficile, en cette formation de jugement, de remettre en cause la jurisprudence que nous vous présentions – et qui, par ailleurs, n'est pas dépourvue de fondement : la procédure étant d'une durée relativement brève, il n'est pas absurde, dans le cadre d'une bonne administration de la justice, d'attendre son terme pour que le juge soit saisi en même temps de l'ensemble des questions de légalité.

Vous devrez donc appliquer votre jurisprudence constante ; mais elle ne nous paraît que partiellement transposable à la contestation de l'arrêté dont vous êtes saisis.

4.1.2.3.1. Elle est transposable, à nos yeux, aux conclusions dirigées contre le document II de l'annexe à la délibération de l'Arcep, dont l'arrêté adopte le contenu : ce document, qui décrit la procédure et fixe les conditions d'attribution des autorisations, n'a pas d'autre objet que de préparer l'adoption de décisions qui, au stade où il est arrêté, sont encore purement éventuelles ; tout ce qu'il définit se rattache à la procédure d'adoption de ces décisions²¹.

4.1.2.3.2. Votre jurisprudence nous paraît aussi transposable à la fixation des prix de réserve des blocs de 50 MHz et des blocs de 10 MHz par les articles 2 et 3 de l'arrêté attaqué. Ces prix de réserve, en effet, ne sont, eux aussi, qu'un élément de la procédure d'attribution des

²¹ Il en va de même, pour les mêmes raisons, du document III de l'annexe, qui fixe le contenu du dossier de candidature – et n'est pas contesté. Le document IV, purement informatif, n'est pas non plus contesté, tout comme les documents V et VI.

fréquences ; ils n'ont même pas nécessairement vocation à s'appliquer. Assez naturellement, vous devez donc les regarder comme ne se détachant pas de la procédure d'attribution des autorisations²².

4.1.2.3.3. Votre jurisprudence nous semble en revanche trouver ses limites à propos du document I de l'annexe à la délibération de l'Arcep, dont l'arrêté adopte le contenu et qui fixe les conditions d'utilisation des fréquences prévues par l'article L. 42-1 du CPCE.

Ce document, en effet, ne se borne pas à arrêter les éléments de la procédure d'attribution des autorisations. Il formule, certes, une partie des exigences qu'il énonce sous la forme d'engagements que les candidats souhaitant obtenir des blocs de 50 MHz doivent prendre²³ ; et ces exigences sont autant de conditions d'attribution des autorisations, l'incapacité du demandeur à y faire face étant un motif de refus (v. le 3° du I de l'art. L. 42-1). Mais cela n'enlève rien à nos yeux au fait que de telles exigences, qui sont – redisons-le – les conditions d'utilisation des fréquences prévues par l'article L. 42-1, ont un objet et des effets qui dépassent largement la seule procédure conduite par l'Arcep. Ces dispositions ont selon nous une portée réglementaire : elles encadrent l'utilisation des autorisations, pendant toute leur durée et prescrivent à leurs détenteurs – dont le nombre et l'identité ne sont pas déterminés – une forme de service minimum à assurer.

Nous n'ignorons pas que de telles considérations ne vous ont pas complètement arrêtés à propos des appels à candidatures du CSA (v. décisions précitées), dont certains déterminaient aussi la nature du service (local ou national, général ou spécialisé) devant être exploité ou certaines conditions techniques d'usage des fréquences.

Toutefois, vous n'avez pas déjà transposé cette solution à la procédure dont vous avez à connaître aujourd'hui – l'attribution de la quatrième licence 3G, dont vous avez connu dans votre décision Société Bouygues Télécom précitée, était une procédure individuelle où l'arrêté contesté ne définissait lui-même aucune obligation quant à l'utilisation des fréquences.

En sens inverse, vous avez déjà admis que ne présentait pas le caractère de mesure préparatoire la décision par laquelle l'Arcep fixe les conditions du renouvellement d'une autorisation d'utilisation de fréquences détenue par un opérateur, au motif que, en fixant les modalités d'utilisation des fréquences, elle avait des effets juridiques autonomes et ne pouvait être regardée comme un simple élément de la procédure de renouvellement des autorisations (27 avril 2009, Société Bouygues Telecom n° 312741, Rec. p. 168).

Enfin, la présente procédure présente une double spécificité. D'une part, contrairement aux hypothèses dont vous avez connu dans le cas des appels à candidatures du CSA²⁴ ou de

²² Précisons que si ces prix de réserve sont susceptibles de constituer un élément de la redevance due pour l'utilisation des fréquences, cela résulte non de l'arrêté ministériel mais du décret qui fixe les redevances – et qui est quant à lui assurément contestable.

²³ Seuls les candidats ayant pris l'ensemble des engagements étant susceptibles de se voir attribuer un bloc de 50 MHz.

l'appel à candidatures en vue de l'attribution d'une quatrième licence 3G, les règles ici fixées ont une portée générale : elles ne visent pas un attributaire individuel, mais l'ensemble des attributaires des fréquences ; il est donc plus difficile de raisonner en considérant que l'appel à candidatures ne fait que préparer le contenu de l'autorisation finale. D'autre part, et surtout, l'article L. 42-2 conduit à distinguer les compétences de l'Arcep et du ministre chargé des communications électroniques : en vertu du II de l'article L. 42-1, c'est en principe l'Arcep qui définit, dans les autorisations, les conditions d'utilisation des fréquences ; toutefois, par dérogation, lorsque le nombre d'autorisations est limité et qu'il est recouru à une procédure d'attribution en vertu de l'article L. 42-2, ces conditions d'utilisation sont alors fixées, sur proposition de l'Arcep, par le ministre – et de façon générale. Eu égard à ce transfert de compétences, il nous paraît difficile de considérer que le ministre prend alors, sur proposition de l'Arcep, une décision purement préparatoire aux autorisations délivrées par l'Arcep. Car les autorisations finalement attribuées ne peuvent certainement pas s'écarter des exigences arrêtées par le ministre – elles n'ont même pas, à notre sens, à les rappeler.

Dans un tel cadre, il nous semble que vous ne pouvez que constater que les conditions d'utilisation des fréquences arrêtées par le ministre ont – à la différence des conditions d'attribution de ces fréquences et des prix de réserve – une portée autonome telle qu'elles sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ce qui ne conduit pas, à nos yeux, à remettre en cause directement la ligne jurisprudentielle sur les appels à candidatures issue de la décision TF1, mais simplement à souligner les limites de son champ d'application.

4.1.3. N'est clairement pas susceptible de recours, en revanche, la décision de l'Arcep relative aux candidats qualifiés à l'issue de la première phase de la procédure d'attribution, révélée par un communiqué de presse du 2 avril 2020 ; elle est, elle aussi, une décision intermédiaire, propre à cette procédure, préparatoire aux autorisations d'utiliser les fréquences. Et aucun effet notable n'est invoqué qui justifierait que vous vous en saisissiez dans le cadre de votre jurisprudence sur les actes de droit souple.

4.2. Le tri étant ainsi fait parmi les actes susceptibles de recours, vous devrez d'autre part examiner l'intérêt pour agir des requérants.

4.2.1. Celui de l'association Robin des toits et des associations Priartem et Agir pour l'environnement ne nous paraît pas douteux ; elles contestent, dans son principe et dans ses modalités, le déploiement de la 5G en France par l'attribution de fréquences devant être utilisées par des réseaux mobiles offrant un service dont les caractéristiques impliquent le recours aux technologies 5G.

Soulignons sur ce point que, si vous admettez avec nous le caractère réglementaire et contestable de l'arrêté qui définit les conditions d'utilisation des fréquences – et détermine ainsi le déploiement du réseau sur le territoire et les caractéristiques du service – il vous faut admettre en conséquence dès ce stade, c'est-à-dire sans attendre l'attribution des autorisations

²⁴ Ou de l'appel à candidatures en vue de l'attribution d'une quatrième licence 3G, ou encore des conditions de renouvellement d'une autorisation.

finale, l'intérêt pour agir des associations de défense de l'environnement. Car dès ce stade est, en réalité, organisé le déploiement d'une nouvelle technologie de communication mobile.

4.2.2. Le syndicat CFE-CGC Orange nous paraît en revanche dépourvu d'intérêt pour agir contre la proposition de l'ARCEP et l'arrêté ministériel comme contre le décret fixant les redevances. S'il soutient que le déploiement de la 5G aura des conséquences négatives sur l'emploi dans le secteur des télécommunications, de telles conséquences nous paraissent excessivement indirectes pour caractériser un intérêt à demander l'annulation de l'arrêté, tel que nous vous l'avons présenté – et *a fortiori* du décret relatif aux redevances d'utilisation des fréquences. Ces actes ne peuvent être regardés comme portant, par eux-mêmes, atteinte aux intérêts des travailleurs des sociétés du groupe Orange et de ses sous-traitants et fournisseurs, que le syndicat a pour objet de défendre (v., sur le critère, 5 avril 2002, Fédération générale des transports et de l'équipement CFDT, n° 225113, T. p. 844 ; 24 mai 2017, Fédération des employés et cadres de la CGT-Force ouvrière et autre, n° 392661, T. pp. 722-829). Vous l'aviez déjà jugé dans le cas, analogue, d'attribution d'autres fréquences (v. 23 juillet 2012, Syndicat CFE-CGC France Télécom-Orange et autres, n°s 351929 354071, inédite).

4.3. Si vous nous avez suivi jusqu'ici, vous rejetterez comme irrecevables les deux requêtes du syndicat CFE-CGC Orange (qui tendent respectivement à l'annulation, d'une part, de la proposition de l'Arcep du 21 novembre 2019, d'autre part, de l'arrêté du 30 décembre 2019 et du décret du 31 décembre 2019) ainsi que la requête des associations Priartem et Agir pour l'environnement tendant à l'annulation de la décision de l'Arcep relative à la qualification de quatre entreprises à l'issue de la première phase d'attribution des fréquences. Vous déduirez de l'irrecevabilité de la première requête du syndicat CFE-CGC Orange celle de l'intervention en demande de la Confédération CFE-CGC (v. 10 novembre 1989, Syndicat national des inspecteurs du travail, n° 48932, T. p. 854).

Vous rejetterez également comme irrecevables les conclusions de la requête de l'association Robin des Toits dirigées contre la proposition de l'Arcep du 21 novembre 2019.

5. Vous ne devrez statuer au fond que sur la requête des associations Priartem et Agir pour l'environnement qui doit être regardée comme tendant à l'annulation de l'arrêté du 30 décembre 2019 en tant qu'il fixe les conditions d'utilisation des fréquences et sur les conclusions de la requête de l'association Robin des toits qui tendent aux mêmes fins.

5.1. Dans ce cadre, vous commencerez par admettre la compétence de Mme Pannier-Runacher, qui était secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances et, en vertu du décret du 30 octobre 2018 relatif à ses attributions²⁵, connaissait de toutes les affaires que lui confiait le ministre de l'économie et des finances et avait reçu délégation pour signer en son nom tous actes, arrêtés et décisions dans la limite des attributions qui lui étaient confiées. Vous admettez la légalité d'une telle délégation générale et, en l'absence de circonstances révélant une opposition du ministre, vous acceptez de regarder la signature d'un arrêté par un secrétaire d'État comme révélant par elle-même que l'affaire lui avait été confiée

²⁵ N° 2018-943.

par le ministre (v. not. 26 janvier 2011, SNUCLIAS, n° 328223, T. pp. 731-733-978 ; 26 avril 2018, Syndicat Alliance des professions de santé et autres, n°s 406229 406339, T. pp. 517-925). En l'espèce, le ministre de l'économie et des finances était bien le ministre chargé des communications électroniques. Et aucune circonstance n'est invoquée qui remettrait en cause le fait que Mme Pannier-Runacher s'était vu confier le soin d'arrêter les conditions d'utilisation des fréquences litigieuses ; s'il est soutenu, en particulier, qu'un autre secrétaire d'État, M. O, était spécifiquement chargé du numérique, il ressort du décret du 10 avril 2019 relatif aux attributions de ce dernier²⁶ qu'il se bornait à « participer au traitement des questions relatives aux communications électroniques » – et ne les traitait donc pas directement pour le compte du ministre²⁷.

5.2. Vous écarterez ensuite les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure de consultation publique. Ils se fondent sur l'article L. 32-1 du CPCE²⁸, en vertu duquel lorsque le ministre chargé des communications électroniques et l'Arcep envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet, le résultat de ces consultations étant ensuite rendu public.

5.2.1. Il est d'abord soutenu que le délai de la consultation publique sur l'arrêté, organisée du 28 novembre au 12 décembre 2019, soit pendant quinze jours, a été excessivement bref. Le moyen pourrait vous faire hésiter si deux autres consultations publiques, l'une générale sur l'utilisation de trois bandes de fréquences pour le haut débit mobile, l'autre spécifique sur le projet de proposition de l'Arcep, n'avaient, comme nous vous le disions tout à l'heure, été précédemment organisées, respectivement du 26 octobre au 18 décembre 2018 et du 15 juillet au 4 septembre 2019. En réalité, la dernière consultation, visée par les requêtes, ne portait plus que sur les prix de réserve et les modifications apportées à la suite de la deuxième consultation publique. Dans ces conditions, vous pourrez admettre le caractère suffisant du délai de quinze jours.

5.2.2. Il ne ressort pas des pièces du dossier, ensuite, que le délai de dix-huit jours écoulé entre la clôture de la consultation publique et l'adoption de l'arrêté attaqué n'aurait pas permis au ministre de prendre en considération l'ensemble des commentaires exprimés²⁹.

5.2.3. Par ailleurs, contrairement à ce qui est soutenu, le résultat de la consultation a bien été rendu public.

²⁶ N° 2019-295.

²⁷ La distinction entre les deux parties de la première phrase du deuxième alinéa de l'article 1^{er} du décret d'attributions est très nette : « Il traite, pour le compte du ministre de l'économie et des finances, les questions relatives au développement de l'économie numérique et à la transformation numérique des entreprises et participe au traitement des questions relatives aux communications électroniques. » (nous soulignons).

²⁸ Ainsi que, s'agissant d'une requête, sur l'article 7 de la Charte de l'environnement ; dès lors qu'il n'est pas invoqué de façon autonome, vous pourrez répondre directement sur le fondement de l'article L. 32-1 en réservant l'opérance d'un moyen fondé seulement sur l'article 7 (v. not. 12 juin 2013, Fédération des entreprises du recyclage, n° 360702, T. pp. 412-709-710-711).

²⁹ V. *a contrario*, 12 juillet 2019, Fédération nationale des chasseurs, n° 424600, T. p. 844.

5.3. Vous pourrez alors en venir aux moyens des associations qui contestent le principe même du déploiement de la 5G en France.

5.3.1. Ce principe résultant d'une obligation de droit de l'Union – énoncée, nous vous l'avons dit, par l'article 54 de la directive du 11 décembre 2018 –, vous ne pourrez qu'écarter les moyens qui soutiennent que sa mise en œuvre par l'arrêté litigieux méconnaît, d'une part, les articles L. 100-1 du code de l'énergie et L. 220-1 du code de l'environnement – dont les associations déduisent une exigence de sobriété énergétique –, d'autre part l'article L. 32-1 du CPCE – qui fixe un objectif de sobriété de l'exposition de la population aux champs électromagnétiques. Des dispositions de nature législative ne peuvent faire obstacle aux obligations qui résultent d'une directive de l'Union européenne.

5.5.2. Il est aussi soutenu que le déploiement de la 5G dans la bande 3,5 GHz, qu'organisent les dispositions litigieuses de l'arrêté du 30 décembre 2019 en application des prescriptions inconditionnelles de la directive, méconnaît le principe de précaution énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement. Un tel moyen, qui se fonde sur un principe constitutionnel et conteste une exigence résultant d'une directive, doit être examiné dans le cadre de votre jurisprudence Arcelor (Assemblée, 8 février 2007, société Arcelor Atlantique Lorraine et autres, n° 287110, Rec. p. 55).

Vous avez déjà jugé, dans ce cadre, que le principe de précaution énoncé par les stipulations de l'article 191, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne avait, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice, une portée garantissant l'effectivité du respect du principe de valeur constitutionnelle énoncé à l'article 5 de la Charte de 2004 (v. 3 octobre 2016, Confédération paysanne, n° 388649, Rec. p. 400 ; précédemment, 1^{er} août 2013, AGPM et autres, n°s 358103 e. a., aux Tables sur un autre point). Le débat peut donc se tenir sur le seul terrain du droit de l'Union.

La Cour de justice juge avec constance, ainsi que vous l'avez déjà relevé (v. les décisions Confédération paysanne et AGPM précitées), qu'il découle du principe de précaution que, lorsque des incertitudes subsistent sur l'existence ou la portée de risques, des mesures de protection peuvent être prises sans attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées³⁰ (CJCE, 5 mai 1998, National Farmers' Union et autres, aff. C-157/96 ; CJCE, 5 mai 1998, Royaume-Uni c. Commission, aff. C-180/96 ; CJUE, 28 janvier 2010, Commission c. France, aff. C-333/08 ; CJUE, 22 décembre 2010, Gowan Comércio

³⁰ Plus précisément, une application correcte de ce principe présuppose l'identification des conséquences potentiellement négatives d'un produit ou d'une technique et une évaluation complète du risque fondée sur les données scientifiques les plus fiables et les résultats les plus récents de la recherche internationale ; lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réelle persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives (v. par ex., outre la jurisprudence précitée, 19 janvier 2017, Queisser Pharma, aff. C-282/15 ; 28 mars 2019, Verlezza e. a., aff. C-487/17 à C-489/17).

Internacional e Serviços, aff. C-77/09 ; CJUE, 17 décembre 2015, Neptune Distribution, aff. C-157/14 ; CJUE, Grande chambre, 1^{er} octobre 2019, Blaise e. a., aff. C-616/17).

En l'espèce, les associations requérantes soulignent que des incertitudes subsistent sur la portée des risques résultant de l'exposition de la population aux champs électromagnétiques liés au déploiement de la technologie 5G ; elles se fondent sur le rapport préliminaire d'octobre 2019 rendu par l'ANSES³¹ sur saisine des ministres chargés de l'environnement, de la santé et de l'économie, qui relève la faible littérature scientifique sur les effets sanitaires des radiofréquences dans la bande 3,5 GHz, s'interroge sur la possibilité d'extrapoler les conclusions des expertises portant sur des bandes voisines et souligne, d'une part, la nécessité d'étudier la question de l'impact éventuel des signaux spécifiquement utilisés pour la technologie 5G, d'autre part, le besoin d'adapter les méthodes de mesure de l'exposition des utilisateurs à la spécificité des antennes utilisées pour la 5G. Les associations en concluent que le principe de précaution exigeait de surseoir à tout déploiement de la 5G tant que ces études et adaptations de méthodes n'étaient pas effectuées.

Les éléments prudents avancés dans le rapport préliminaire de l'ANSES ne consistent cependant pas en une évaluation complète du risque et ne caractérisent pas des conséquences potentiellement négatives des ondes, signaux et dispositifs spécifiques à la 5G. Surtout, des mesures de protection existent d'ores et déjà : elles résultent d'un décret du 3 mai 2002³², qui fixe, en application du 12^o de l'article L. 32 du CPCE, les valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques – et dont vous avez déjà jugé qu'il ne méconnaissait pas le principe de précaution (v. 7 mars 2018, Association Robin des toits, n^o 399727, inédite). Il en résulte que les risques induits par l'exposition aux champs électromagnétiques ne sont pas ignorés de la réglementation.

L'association Robin des toits soutient alors que les conclusions du rapport préliminaire de l'ANSES démontrent que le décret du 3 mai 2002 est inapplicable à la 5G, puisque les antennes spécifiquement utilisées pour la 5G rendent caduque la méthodologie de contrôle du respect des valeurs limites d'exposition.

Telle n'est cependant pas la portée réelle du rapport de l'ANSES, qui conclut seulement que, pour préciser l'exposition du public, les méthodes de mesure devront être adaptées à la spécificité du fonctionnement des antennes dites « intelligentes » utilisées pour la 5G – et relève que l'ANFR étudie déjà l'impact de ces évolutions dans la façon de mesurer les niveaux d'exposition du public aux ondes. Vous ne sauriez donc estimer, sur la base de cette étude, que le respect des valeurs limites d'exposition doit être regardé comme invérifiable – et encore moins en déduire que l'exposition du public aux champs électromagnétiques est, en pratique, illimitée. Le décret de 2002 demeure applicable, qui limite l'exposition du public, à un niveau conforme à la recommandation du Conseil de l'Union européenne du 12 juillet 1999 sur ce point et dont il n'est ni établi, ni véritablement soutenu qu'il serait insuffisamment protecteur.

³¹ Qui l'a élaboré avec l'ANFR.

³² n^o 2002-775.

Pour le reste, s'il est exact que l'ANSES conduit, à la demande du Gouvernement, des études approfondies sur les effets sanitaires du déploiement de la 5G, et s'il faut certainement concéder aux associations requérantes que la méthode est contestable qui consiste à organiser le déploiement *avant* d'en avoir mesuré plus précisément les effets, aucun de ces éléments ne nous semble, compte tenu du maintien des valeurs limites posées par le décret de 2002, caractériser une méconnaissance du principe de précaution. Vous pourrez donc écarter le moyen tiré de ce que le Gouvernement aurait dû s'abstenir d'appliquer la directive.

5.6. Le dernier moyen est tiré de ce que la définition des conditions d'utilisation des fréquences par l'arrêté attaqué aurait dû être précédée de la réalisation d'une évaluation environnementale en application de la directive 2001/42/CE³³, dite « plans/programmes ».

En vertu de l'article 3 de cette directive, vous le savez, une évaluation environnementale est effectuée pour tous les plans et programmes qui définissent le cadre dans lequel pourra être autorisée la mise en œuvre des projets énumérés aux annexes de la directive « projets »³⁴ et pour tous les plans et programmes pour lesquels une évaluation est requise en vertu de la directive « habitats »³⁵ (§2)³⁶ ; en outre, en vertu du §4 de cet article, une telle évaluation doit aussi être effectuée pour les plans et programmes qui ne rentrent pas dans ces catégories mais qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets pourra être autorisée à l'avenir dès lors qu'ils sont susceptibles d'avoir une incidence notable sur l'environnement. Les plans et programmes sont quant à eux définis largement par l'article 2 comme ceux qui sont élaborés ou adoptés par une autorité nationale, régionale ou locale et exigés par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives.

Ces dispositions sont transposées à l'article L. 122-4 du code de l'environnement. Conformément à l'interprétation large que la Cour de justice a donnée de la notion de plans et programmes³⁷, le 1^o de son I la définit comme embrassant les plans, schémas, programmes et autres documents de planification élaborés notamment par l'État dès lors qu'ils sont prévus par des dispositions législatives ou réglementaires.

Le II du même article soumet ensuite à évaluation environnementale de façon systématique les plans et programmes élaborés dans une série de domaines, dont les télécommunications, et

³³ Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.

³⁴ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, qui a remplacé la directive 85/337/CE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

³⁵ Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

³⁶ Sous réserve de l'exception prévue au §3 pour les plans et programmes qui déterminent l'utilisation de petites zones au niveau local et des modifications mineures des plans et programmes.

³⁷ V. CJUE, 22 mars 2012, Inter-Environnement Bruxelles ASBL e. a., aff. C-567/10 ; v. aussi CJUE, 7 juin 2018, Inter-Environnement Bruxelles ASBL e. a., aff. C-671/16 ; du même jour, Thybaut e. a., aff. C-160/17 ; et la jurisprudence constante de la Cour depuis.

qui définissent le cadre dans lequel pourront être autorisés les projets soumis à évaluation environnementale (étude d'impact) en vertu de l'article L. 122-1 ainsi que les plans et programmes pour lesquels une évaluation des incidences Natura 2000 est requise. Et le 2° de son III, qui transpose le §4 de l'article 3 de la directive, soumet à évaluation environnementale de façon systématique ou après examen au cas par cas par l'autorité environnementale les plans et programmes, autres que ceux définis au II, qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre de projets pourra être autorisée si ces plans sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

En l'espèce, c'est sur le seul fondement de cette dernière disposition que les associations requérantes soutiennent que l'arrêté attaqué constitue un document de planification qui devait faire l'objet d'une évaluation environnementale.

La jurisprudence de la Cour de justice vous éclaire sur l'interprétation et l'application des dispositions en cause.

5.6.1. Il n'est guère douteux, tout d'abord, que l'arrêté constitue bien un plan ou programme au sens du I de l'article L. 122-4 : il est assurément un document de planification – nous vous l'avons expliqué – et il est prévu par un texte – l'article L. 42-2 du CPCE.

5.6.2. La question délicate est de déterminer si cet arrêté peut être regardé comme définissant le cadre dans lequel la mise en œuvre de projets pourra être autorisée.

La Cour, procédant à une lecture commune des §2 et 4 de l'article 3 de la directive (v., expressément, CJUE, 12 juin 2019, Compagnie d'entreprises CFE SA, aff. C-43/18 ; du même jour, Terre wallonne ASBL, aff. C-321/18), a précisé cette condition. Elle juge avec constance que, pour la remplir, l'acte doit établir, en définissant des règles et des procédures de contrôle, un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en œuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement (v. CJUE, 27 octobre 2016, D'Oultremont e. a., aff. C-290/15 ; CJUE, 7 juin 2018, Inter-Environnement Bruxelles ASBL e. a., aff. C-671/16 ; du même jour, Thybaut e. a., aff. C-160/17 ; CJUE, 8 mai 2019, Verdi Ambiente e Società – Aps Onlus e. a., aff. C-305/18 ; CJUE, 12 juin 2019, Compagnie d'entreprises CFE SA, aff. C-43/18 ; du même jour, Terre wallonne ASBL, aff. C-321/18 ; CJUE, gr. ch., 25 juin 2020, A e. a., aff. C-24-19). Comme la Cour a pu le relever expressément (v. not. son arrêt précité du 25 juin dernier), cette interprétation vise à assurer que des prescriptions susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement fassent l'objet d'une évaluation environnementale.

Si nous nous résumons, vous devez répondre à trois questions consécutives : l'arrêté contesté définit-il un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'attribution des autorisations qu'il vise ? ces autorisations sont-elles relatives à la mise en œuvre de projets ? ces projets sont-ils susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ?

5.6.2.1. La Cour de justice a précisé, s'agissant de la notion d'ensemble significatif de critères et de modalités, qu'elle devait être entendue de manière qualitative et non quantitative (v.

jurisprudence précitée) : il suffit que l'acte constitue un cadre suffisamment significatif pour la détermination des conditions de délivrance d'une autorisation, quand bien même il ne serait pas exhaustif. De même, la circonstance qu'un acte ne constitue qu'un cadre de référence et présente ainsi un certain niveau d'abstraction ne conduit pas à le regarder comme hors du champ de l'article 3 de la directive : au contraire, la Cour y voit une illustration de sa dimension programmatique et planificatrice (v. CJUE, 7 juin 2018, Inter-Environnement Bruxelles e. a., préc. ; CJUE, 8 mai 2019, Verdi Ambiente e Società (VAS) – Aps Onlus e. a., préc.).

Dans ce cadre, il nous paraît à la vérité peu douteux que l'arrêté contesté devant vous doit être regardé comme définissant un ensemble significatif de critères et de modalités en vue de la délivrance des autorisations d'usage de fréquences. Certes, il fixe avant tout les conditions d'utilisation de ces autorisations, postérieurement, donc, à leur délivrance ; mais en faisant cela il pose autant de conditions à leur attribution, les candidats étant tenus, nous vous l'avons dit, de justifier de leur capacité à se conformer aux obligations (et, pour une partie d'entre elles, de s'engager expressément à s'y conformer) ; le 3° du I de l'article L. 42-1 du CPCE prévoit ainsi expressément que l'incapacité technique ou financière du demandeur d'autorisation à faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de son activité est un motif de refus d'autorisation³⁸. Ajoutons que le caractère significatif de l'ensemble de conditions est difficilement discutable : l'arrêté définit les exigences de couverture et de qualité de service – il planifie, en somme, le déploiement de la 5G dans la bande 3,5 GHz.

5.6.2.2. Il vous faut ensuite déterminer si les autorisations d'usage de fréquences ont pour objet des projets, c'est-à-dire si l'exploitation, sur des fréquences hertziennes, d'un réseau de télécommunications mobiles est un projet au sens des dispositions qui vous occupent. Ni l'article L. 122-4, ni l'article 3 de la directive ne définit les projets qu'elles visent ; et la Cour de justice n'a pas, à notre connaissance, suppléé à cette carence.

La pente naturelle conduit certainement à considérer que le législateur de l'Union a ainsi visé les projets au sens de la directive « projets », car ce sont ces projets qui sont visés au §2 de l'article 3 (et, par transposition, au II de l'article L. 122-4) – et, nous vous l'avons dit, la Cour tend à unifier les lectures des paragraphes 2 et 4 de cet article. Un projet, au sens de ces dispositions, est alors défini comme « la réalisation de travaux de construction, d'installations ou d'ouvrages, ou d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol ».

Si vous reprenez cette définition, vous devrez, croyons-nous, en conclure que l'exploitation d'un réseau de télécommunications mobiles sur des fréquences hertziennes est bien une intervention dans le milieu naturel – cette conclusion étant confortée par le fait que l'article 3§2 vise notamment, parmi les secteurs dont il cible les projets, le secteur des télécommunications.

³⁸ Et le document II annexé à la délibération de l'Arcep le rappelle.

5.6.2.3. Reste, enfin, à apprécier si ces projets sont susceptibles d’avoir des incidences notables sur l’environnement. Soulignons que cette appréciation s’effectue à un stade très amont : il s’agit de déterminer s’il y a lieu d’évaluer les incidences du programme sur l’environnement. Vous ne devez donc pas rechercher si les projets auront une incidence notable sur l’environnement, mais uniquement s’il est possible qu’ils en aient une ; la Cour de justice souligne que l’examen est ainsi limité à la question de savoir s’il peut être exclu, sur la base d’éléments objectifs, que le plan affecte l’environnement de manière significative (v. CJUE, 10 septembre 2015, Dimos Kropias Attikis, aff. C-473/14³⁹). Elle s’en tient elle-même souvent à l’objet du plan ou du programme pour porter cette appréciation (v. par ex. CJUE, 7 juin 2018, Inter-Environnement Bruxelles ASBL, préc. ; CJUE, 8 mai 2019, Verdi Ambiente e Società (VAS) – Aps Onlus e. a., préc.).

Dans un tel cadre, il nous semble que vous ne pourrez que retenir que l’exploitation de réseaux de télécommunications dans la bande de fréquences 3,5 GHz est bien susceptible d’avoir des effets notables sur l’environnement. Elle conduit en effet à l’usage d’une bande de fréquences supplémentaire pour les communications mobiles ; et il est constant que les ondes électromagnétiques peuvent avoir des effets, notamment, sur la santé humaine ou animale (qui sont inclus par la directive dans les effets sur l’environnement – v. son annexe I). Il ne nous paraît donc pas possible d’exclure, sur la base d’éléments objectifs, qu’elle affecte l’environnement de manière significative.

5.6.3. En définitive, vous l’aurez compris, en suivant les pas de la jurisprudence de la Cour de justice sur le raisonnement à tenir pour déterminer le champ d’application de la directive 2001/42 (jurisprudence à laquelle vous êtes fidèles : v. not., en dernier lieu, 26 juin 2019, France Nature Environnement, n° 414931, T. pp. 646-845-1065, qu’éclairent les conclusions de S. Hoynck⁴⁰), l’on est facilement conduit à considérer que l’arrêté aurait dû faire l’objet d’une évaluation environnementale. Plusieurs objections peuvent néanmoins être faites à cette conclusion.

La première – et c’est certainement la plus forte – tient à ce que, comme nous vous le disions en évoquant le principe de précaution, le déploiement des réseaux 5G est sans incidence sur le niveau maximal d’exposition du public aux champs électromagnétiques, fixé par le décret du 3 mai 2002. Son incidence sur l’environnement est donc limitée par ce cadre contraignant. Cette objection nous aurait certainement arrêté si le décret du 3 mai 2002 avait lui-même fait l’objet d’une évaluation environnementale – c’est-à-dire si les incidences sur l’environnement de l’exposition maximale qu’il fixe avaient déjà été évaluées. Or tel n’est pas le cas ; et il est constant que l’exposition effective du public est susceptible d’augmenter du fait du déploiement de la 5G dans la bande 3,5 GHz.

N’est pas de nature à vous arrêter, par ailleurs, le fait que ce déploiement soit lui-même une exigence résultant du droit de l’Union. La directive 2001/42 a en effet une portée transversale

³⁹ V. aussi, précédemment, par analogie, CJUE, 21 juin 2012, Syllogos Ellinon Poleodomon kai Chorotakton, aff. C-177/11.

⁴⁰ V. aussi 18 décembre 2017, Min. c/ Société pour la protection des paysages et de l’esthétique de la France et autres, n° 397923, inédite.

et ne peut être regardée comme écartée par des textes spéciaux (v. not. CJUE, 17 juin 2010, Terre wallonne ASBL, aff. C-105/09 ; CJUE, 12 juin 2019, Compagnie d'entreprises CFE SA, aff. C-43/18). Dans une recommandation du 18 septembre dernier sur le déploiement de la 5G conformément à la directive 2018/1972, la Commission rappelait ainsi la nécessité de respecter pleinement la législation de l'Union, en particulier la directive 2001/42, au moment d'arrêter le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets serait autorisée.

N'est guère plus convaincante l'objection de l'Arcep qui souligne que la bande de fréquences était déjà utilisée ; il est en effet constant qu'elle n'était pas utilisée par des réseaux de télécommunications mobiles et que sa réaffectation n'est pas sans incidence sur les émissions d'ondes (ou sur la consommation énergétique).

L'Arcep fonde une autre objection sur votre récente décision Association GRSB et autre (7 juin 2019, n° 414426, aux Tables sur un autre point), qui juge que n'a pas le caractère de plan ou programme au sens de la directive 2001/42 le cahier des charges d'un appel d'offres lancé en application de l'article L. 311-10 du code de l'énergie en vue de la sélection d'un projet localisé de production d'électricité. Cette décision ne nous paraît cependant pas transposable à votre espèce ; en effet, la solution que vous avez retenue est fondée sur le fait que le cahier des charges concernait un projet unique déjà défini (la Cour de justice avait elle-même jugé, de façon analogue, que la décision de détourner le cours d'un fleuve n'était pas un plan ou programme : CJUE, 11 septembre 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e. a., aff. C-43/10). En outre, comme le relèvent les requérantes, l'appel d'offres en cause s'inscrivait dans le cadre de documents de programmation eux-mêmes soumis à évaluation environnementale, notamment le schéma régional éolien⁴¹. Or la Cour de justice juge qu'il importe d'éviter qu'un même plan soit assujéti à plusieurs évaluations environnementales couvrant toutes les exigences de la directive (v. CJUE, 10 septembre 2015, Dimos Kropias Attikis, préc. ; CJUE, 12 juin 2019, Compagnie d'entreprises CFE SA, préc.). En l'espèce, au contraire, nous vous l'avons dit, l'arrêté contesté ne s'inscrit pas dans le cadre d'un document de programmation ou de planification déjà soumis à évaluation environnementale ; et, alors que la Commission soulignait, dans sa recommandation précitée du 18 septembre 2020, la nécessité de procéder à l'évaluation environnementale et de tenir compte de ses résultats au stade où les incidences sur l'environnement peuvent être identifiées et évaluées, il n'y a, dans la procédure dont vous avez à connaître, pas d'autre stade de ce type.

La dernière objection, enfin, ne peut être complètement ignorée. Il ressort des pièces du dossier qu'aucun État membre n'a effectué d'évaluation environnementale sur le fondement de la directive 2001/42 préalablement au déploiement de la 5G. Ce constat doit être pris avec certaines précautions : eu égard à la variété des affectations précédentes de la bande 3,5 GHz dans l'Union, tous les États n'étaient pas dans la situation de planifier son exploitation nouvelle par des réseaux de télécommunication. Le constat n'en est pas pour autant radicalement remis en cause. Or il ne peut que vous interroger. Il ne concerne, certes, que la pratique administrative – aucune juridiction d'un État membre n'ayant, à notre connaissance, eu à se prononcer sur la nécessité de réaliser une évaluation environnementale sur le

⁴¹ 18 décembre 2017, Min. c/ Mme P... et autres, n° 401116, inédite.

fondement de la directive 2001/42. Mais il souligne, à tout le moins, une forme d'hésitation – tout comme l'évocation tardive, par la Commission, dans sa recommandation du 18 septembre dernier, de la nécessité que les États membres coopèrent quant à la réalisation des évaluations environnementales.

5.6.4. Cette dernière objection, combinée avec le caractère inchangé du niveau maximal d'exposition du public et l'absence de certitude définitive sur les projets que vise l'article 3, paragraphe 4 de la directive⁴², nous convainc finalement que l'appréciation que vous devez effectuer soulève une question d'interprétation du droit de l'Union qui n'est pas si évidente et mérite d'être posée à la Cour de justice ; elle le mérite d'autant plus, à nos yeux, qu'est en cause la réalisation d'une obligation européenne (l'affectation de la bande 3,5 GHz à la 5G) et que doivent ainsi être articulées deux directives.

C'est pourquoi nous vous invitons à surseoir à statuer sur les requêtes de l'association Robin des toits et des associations Priartem et Agir pour l'environnement jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée sur la question de savoir si la définition des conditions d'utilisation des fréquences, dans le cadre que nous vous avons présenté, doit être regardée comme un plan ou programme visé à l'article 3, paragraphe 4 de la directive 2001/42.

Tel est le sens de nos conclusions.

⁴² Paragraphe que, par ailleurs, la Cour de justice n'a guère eu l'occasion d'interpréter autrement que par de rapides *obiter dicta*.