

N° 446302 et 446494

Associations PRIARTEM et Agir pour l'environnement

N° 446643

Mme Marie-Christine D... et autres

N° 452518, 452520, 452522 et 452524

M. Côme G... et autres

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 10 septembre 2021

Décision du 6 octobre 2021

CONCLUSIONS

M. Philippe Ranquet, rapporteur public

1. Votre formation de jugement commence à devenir coutumière des contentieux suscités par la cinquième génération de communications mobiles, communément appelée 5G, qu'ils émanent des opérateurs mécontents des conditions dans lesquelles ils sont autorisés à utiliser cette technologie ou, comme ici, d'opposants à son déploiement. Vous vous êtes ainsi déjà prononcés sur plusieurs de leurs recours par une décision du 31 décembre 2020, *Syndicat CFE-CGC Orange et autres*, n° 438420, 438760, 439204, 439590 et 443136, B.

A l'occasion de ces affaires, notre prédécesseur à ce pupitre Guillaume Odinet formulait des observations liminaires que ne nous pouvons que faire nôtres. Il n'est pas question de nier l'importance des enjeux. Le choix de déployer la 5G, oui ou non, ou dans une version moins radicale, maintenant ou seulement après un moratoire destiné à mieux en mesurer tous les impacts, oppose schématiquement ceux qui y voient une innovation indispensable et ceux qui contestent cette nécessité au regard de risques sanitaires ou environnementaux qu'ils estiment sérieux – en résumant également, d'une part le risque d'effets sur la santé liés à l'exposition aux ondes électromagnétiques, d'autre part le risque que l'usage massif des applications permises par la 5G entraîne une croissance des besoins en énergie (« effet rebond »), contrecarrant la lutte contre le réchauffement climatique. Mais l'office du juge n'est pas de trancher ce choix de principe ; il est de se prononcer en droit sur la légalité des actes qu'on lui défère.

En décembre dernier, il s'agissait d'un acte participant au processus de déploiement, et seulement en ce qui concerne l'usage d'une nouvelle bande de fréquence pour les communications mobiles. C'est à nouveau le cas aujourd'hui. Nous commencerons par rappeler les étapes de ce processus, pour bien situer ces nouveaux contentieux par rapport aux précédents.

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

2.1. Ce processus est avant tout une initiative européenne. A partir d'une communication du 14 septembre 2016¹, 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 Mhz, la bande 3,5 GHz et la bande 26 GHz – la bande 3,5 GHz dont il sera plus particulièrement question ici 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. Il a ainsi été fait obligation aux États membres d'autoriser l'utilisation de ces bandes de fréquences pour la fourniture de services de communications électroniques à haut débit sans fil, au plus tard le 30 juin 2020 pour la bande 700 MHz et au plus tard le 31 décembre 2020 pour les deux autres. Pour la bande 3,5 GHz, c'est l'objet de l'article 54 de la directive du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen².

2.2. En France, le plan d'action européen a été décliné par une publication conjointe du Gouvernement et de l'ARCEP, le 16 juillet 2018, intitulée « *5G, Une feuille de route ambitieuse pour la France* ». Puis la mise en œuvre de l'obligation résultant de l'article 54 de la directive s'est faite dans le cadre défini par les articles L. 42-1 et L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques (CPCE). Ce cadre permet à l'ARCEP de limiter le nombre d'autorisations d'utiliser des fréquences du spectre radioélectrique, et de sélectionner les titulaires de ces autorisations par une procédure d'enchères, après que les conditions d'attribution et de modification des autorisations et les conditions d'utilisation des fréquences ont été fixées par le ministre chargé des communications électroniques sur proposition de l'ARCEP.

Tel était l'objet de l'arrêté du 30 décembre 2019³, qui entérinait la proposition faite par l'ARCEP sur les conditions d'attribution et d'utilisation des fréquences. Cet arrêté était le principal acte attaqué par les recours sur lesquels vous avez statué le 31 décembre 2020, et que vous avez rejetés.

Une fois ce cadre fixé, la procédure d'enchères s'est déroulée selon plusieurs étapes. L'ARCEP a d'abord recueilli les candidatures d'opérateurs et vérifié s'ils étaient recevables à participer à la procédure. Par un acte publié et intitulé « *décision n° 2020-0329 du 31 mars 2020 relative au compte rendu de l'instruction des dossiers de candidatures* », l'autorité a constaté que les quatre candidats, à savoir les opérateurs Bouygues Télécom, Free Mobile, Orange et SFR, étaient tous recevables.

Puis les enchères proprement dites ont été conduites pour déterminer quelle largeur de « sous-bande » obtiendrait chaque opérateur et où elle se placerait à l'intérieur de la bande 3,4-3,8 GHz. Le résultat a été rendu public par un nouvel acte intitulé « *décision n° 2020-1160 en date du 20 octobre 2020 relative au compte rendu et au résultat de la procédure d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences* ».

¹ *5G for Europe : an action plan*, COM(2016)588

² Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018

³ Relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,5 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre

Enfin, le 12 novembre 2020, l'ARCEP a pris quatre décisions autorisant chacun des opérateurs à utiliser les fréquences attribuées au terme de la procédure d'enchères.

2.3. Les sept requêtes qui sont maintenant appelées sont dirigées contre l'un ou l'autre des actes intervenus dans ces trois dernières étapes. Vous pourrez les joindre. Il faut cependant préciser que toutes n'attaquent pas les mêmes actes et qu'elles émanent d'un ensemble de requérants beaucoup plus étendu que celles dont vous avez connu en décembre dernier :

- Les associations PRIARTEM, c'est-à-dire « *Pour Rassembler, Informer et Agir contre les Risques liés aux Technologies ElectroMagnétiques* », et Agir pour l'environnement sont les seules qui étaient alors déjà au nombre des requérants. Elles forment deux requêtes distinctes, l'une dirigée contre les décisions du 31 mars et du 20 octobre 2020 (n° 446302), l'autre contre les quatre autorisations attribuées le 12 novembre (n° 446494) ;
- Cinq particuliers, dont Mme Marie-Christine D..., première dénommée, et l'association Liberté Environnement Bretagne attaquent uniquement les décisions du 31 mars et du 20 octobre (requête n° 446643). Ils reçoivent l'appui d'autres particuliers, intervenants, au nombre de 755 ;
- Dix particuliers encore, dont M. Côme G... désigné leur représentant unique, attaquent les seules autorisations du 12 novembre 2020, ainsi que le rejet de leur recours gracieux contre elles, au moyen d'une requête distincte par autorisation (n° 452518, 452520, 452522 et 452524).

3. Tant la nature des actes attaqués que la qualité des requérants font que nous devons commencer par l'examen de questions de recevabilité. Elles ont été largement débattues entre les parties, l'ARCEP et les bénéficiaires des autorisations ayant soulevé des fins de non-recevoir sur de nombreux points, et votre 2^e chambre ayant complété quand c'était nécessaire par la communication d'un moyen d'ordre public.

3.1. Assez classiquement quand on a affaire à un processus se déroulant en plusieurs étapes, donnant lieu à plusieurs actes attaqués, se pose la question de savoir lesquels sont susceptibles de recours. L'ARCEP et les opérateurs font ainsi valoir que les deux « *décisions* » du 31 mars et du 20 octobre 2020, malgré leur intitulé, ne sont que des actes préparatoires à l'attribution des autorisations et ne font pas grief.

Vous étiez déjà confrontés à cette question, dans la précédente affaire, en ce qui concerne l'arrêté du 30 décembre 2019. Vous n'aviez admis la recevabilité du recours contre cet arrêté que dans la mesure où il détermine les conditions *d'utilisation* des fréquences radioélectriques. Pour le surplus, vous l'avez regardé comme un appel à candidatures fixant les conditions de leur examen et de leur sélection, qui n'a qu'un caractère préparatoire.

Et dans le même mouvement, vous vous êtes en réalité déjà prononcés sur la nature de la *première* en date des décisions ici en litige, celle du 31 mars 2020 retenant les quatre candidatures pour la participation aux enchères, que PRIARTEM et Agir pour l'environnement attaquaient à travers le communiqué de presse correspondant. D'elle aussi,

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

vous avez estimé qu'elle est « *une mesure préparatoire insusceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* » (point 10 de la décision du 31 décembre 2020). Voilà qui tranche la question en ce qui concerne cette décision, et qui engage largement la solution pour l'autre décision similaire, celle du 20 octobre 2020.

En effet, nous ne voyons pas pourquoi vous raisonnez autrement dans son cas. La procédure est comparable aux procédures de sélection menées pour l'attribution des canaux de radio et de télévision, or vous jugez clairement à leur sujet qu'aucune des étapes préliminaires aux autorisations ne fait grief, que ce soit la décision sur la recevabilité des candidats ou la publication d'une « *présélection* » qui pourtant correspond presque toujours à la liste des futures autorisations (voir 20 mars 1991, *Association Salève*, n° 101956, B pour la CNCL et 21 octobre 2009, *Assoc. Radio Horizon*, n° 310431, B pour le CSA).

Dans ces conditions, nous vous proposons de rejeter d'emblée comme irrecevables les requêtes qui ne sont dirigées que contre les décisions du 31 mars et du 20 octobre 2020. C'est le cas de la requête n° 446302 de PRIARTEM et Agir pour l'environnement. C'est le cas aussi de la requête n° 446643 de Mme D... et autres même si on trouve, parmi les demandes « *accessoires* » comme les conclusions aux fins d'injonction, celle d'annuler les autorisations « *par voie de conséquence* ». Mais c'est la seule mention et sinon toutes les écritures, conclusions principales, discussion, même réponse aux moyens d'ordre public et fins de non-recevoir, n'argumentent que sur la recevabilité et le bien-fondé d'une action contre des actes en réalité purement préparatoires⁴.

L'irrecevabilité de cette requête entraînera par ailleurs la non admission des interventions à son soutien (voir en ce sens 10 novembre 1989, *Syndicat national des inspecteurs du travail*, n° 48932, B).

3.2. Les autorisations sont en revanche des actes faisant grief, mais encore faut-il que le requérant justifie d'un intérêt pour en demander l'annulation. Cette question se présente en des termes différents pour les requérants personnes morales et les requérants personnes physiques.

L'intérêt pour agir de PRIARTEM et Agir pour l'environnement est le seul qui n'ait pas été discuté pendant l'instruction. Nous pensons qu'il en va comme de leur intérêt pour agir contre l'arrêté du 30 décembre 2019, à propos duquel Guillaume Odinet relevait : « *[ces associations] 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* ». Les conditions d'utilisation des fréquences annexées à l'arrêté, en raison des exigences de couverture et de débit, font que l'acte aboutit à prescrire le déploiement de cette technologie, portant atteinte à l'intérêt que les associations entendent défendre. Les décisions attaquées ici,

⁴ Il vous est arrivé, à propos d'autres procédures de sélection conduites par l'ARCEP, de faire « *masse* » de la contestation dirigée contre la sélection des candidats retenus et de celle dirigée contre les autorisations, mais c'était dans des cas où les requêtes attaquaient clairement les deux (30 juin 2006, *Sté Neuf Télécom*, n° 28964, A sur un autre point ; 23 juillet 2012, *Syndicat CFE-CGC France Télécom-Orange*, n° 351929, C).

en autorisant les opérateurs à exploiter des bandes de fréquences conformément à ces prescriptions, qui y sont également reprises en annexe, rendent ce déploiement effectif.

Il est vrai qu'il est rare de voir contester de telles décisions d'autorisation par des tiers, plutôt que par des candidats malheureux ou les bénéficiaires eux-mêmes, quand ils en contestent les restrictions. Mais à propos de celles délivrées par le CSA, la recevabilité du recours de tiers a été admise dans son principe, pourvu que les conditions habituelles de l'intérêt pour agir soient par ailleurs remplies (15 mai 2013, *EURL Sud Radio et autres*, n° 359044, B).

Nous aurions en revanche hésité sur l'intérêt pour agir de l'association Liberté Environnement Bretagne : ni son objet, formulé de manière très large, ni son activité ou ses prises de position passées n'attestent qu'elle porte spécifiquement une opposition au déploiement de la 5G. Mais la question ne se pose pas dans la mesure où sa requête n'attaque que les actes préparatoires.

3.3. En ce qui concerne les requérants personnes physiques, la question est également simple si l'on s'en tient à ceux qui invoquent la seule qualité de « *citoyens* ». On sait qu'elle ne suffit pas (23 novembre 2011, *M. M...*, n° 341258, A), selon un principe général et constant du contentieux administratif qui ferme le prétoire à l'action populaire. L'appréciation de l'intérêt est souple en excès de pouvoir, reste qu'il est toujours requis un intérêt qui soit personnel, direct et certain⁵.

L'intérêt ne peut pas davantage être retenu pour des « *citoyens* » en un sens particulier, c'est-à-dire des membres de la convention citoyenne pour le climat, dont une des propositions est « *d'instaurer un moratoire sur la mise en place de la 5G* », et qui soutiennent avoir intérêt pour agir contre des décisions marquant la rupture du « *contrat moral* » qu'ils estiment avoir avec le président de la République. Un tel différend ne peut toutefois se régler devant le juge administratif. On ne voit en effet pas pourquoi l'intérêt invoqué serait traité autrement que celui d'un parlementaire, en cette seule qualité, y compris contre le refus d'édicter les décrets d'application d'une loi, intérêt que vous n'admettez pas (23 novembre 2011, *M. M...*, n° 341258, A, déjà cité) ; ou que l'intérêt des membres d'une instance consultative, qui n'est admis que contre des actes obligatoirement pris sur l'avis de cette instance (Sect., 22 mars 1996, *Mmes P... et R...*, n° 151719, A ; 29 décembre 1997, *M. X...*, n° 167956, B ; 19 octobre 2001, *Mme V...*, n° 222773, B). La qualité de membre de la convention n'est en tout état de cause invoquée que par certains auteurs de la requête n° 446643, irrecevable pour un autre motif.

En revanche, en particulier dans les requêtes de M. G... et autres, l'intérêt invoqué a été affiné. Il est soutenu qu'en raison de la couverture à venir de tout le territoire national, en tout cas de larges portions, conformément aux prescriptions annexées aux autorisations, chacun sera exposé aux ondes électromagnétiques résultant de l'utilisation de cette technologie. Plusieurs requérants prennent même la peine de démontrer, cartes à l'appui, la proximité entre leur domicile et des antennes assurant déjà la couverture en 5G ou susceptibles de le faire à l'avenir. On aurait ainsi bien affaire à un intérêt personnel, même s'il est partagé potentiellement par des millions de personnes. Enfin, plus spécifiquement encore, certains

⁵ Voir notamment, pour cette formulation, la décision du 29 décembre 1995, *M. B...*, n° 139530, A.

requérants font valoir, certificats médicaux à l'appui, qu'ils souffrent d'électrohypersensibilité. Ces personnes adaptant leurs conditions de vie, parfois drastiquement, pour échapper aux ondes électromagnétiques, on peut à tout le moins estimer que nouvelles sources d'exposition sont problématiques pour elles.

La question déterminante nous paraît ici la suivante : les autorisations accordées ont, par elles-mêmes, les effets que les requérants invoquent pour justifier de leur intérêt pour agir ? Comme le fait notamment valoir l'ARCEP, les autorisations en litige ont pour seul objet de permettre aux opérateurs d'utiliser une bande de fréquences, mais c'est seulement au stade de la mise en service effective d'émetteurs fonctionnant selon la technologie 5G que les conséquences en termes d'éventuelle exposition des personnes aux ondes se feront sentir et devront être prises en compte. On sait que pour cette mise en service, les opérateurs devront tout d'abord obtenir pour les matériels et logiciels utilisés l'autorisation instaurée « *dans le but de préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale* » par la loi du 1^{er} août 2019⁶. Ils devront surtout, pour chaque implantation physique d'un émetteur, obtenir l'accord de l'Agence nationale des fréquences (ANFR) en vertu du 5^e alinéa du I de l'article L. 43 du CPCE, l'agence devant alors entre autres assurer « *le respect des valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques* ». Il en va ainsi qu'il s'agisse d'équiper en technologie 5G un site d'émission existant ou d'implanter une nouvelle antenne, cette seconde hypothèse impliquant en outre une autorisation au titre du code de l'urbanisme.

Certes, comme l'indiquait Emilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sur la décision du 25 février 2019, *Association Force 5*, n° 412493, B, la circonstance que d'autres actes puissent s'interposer entre la décision attaquée et la réalisation de l'effet invoqué par les requérants ne saurait avoir systématiquement pour effet de fermer votre prétoire⁷. Elle ne nous a pas retenus à l'instant quand il s'agissait de l'intérêt des associations. Mais nous pensons qu'en ce qui concerne le caractère personnel, direct et certain de l'intérêt, la *granularité* de l'appréciation ne peut être la même selon que l'on a affaire à une association – ce qui était au demeurant le cas dans l'affaire *Force 5* – ou à une personne physique. Pour celle-ci, l'intérêt n'existe que quand l'acte transforme *son* environnement, à *son* échelle, et sous réserve que cela puisse l'affecter elle-même de manière suffisamment certaine. Quand l'une des requérantes se prévaut de précédents devant des juridictions judiciaires concernant l'installation du compteur Linky, elle ne fait en réalité état d'aucune approche différente : il s'agissait d'un litige formé par l'abonné lui-même contre l'installation du compteur à son domicile⁸. Il en va de même pour les recours de particuliers que les juridictions administratives ont jugé recevables contre les autorisations de construire de nouvelles antennes : elle se sont placées sur le terrain habituel de l'intérêt pour agir du voisin immédiat⁹.

⁶ Loi n° 2019-810 du 1^{er} août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles, dont est issue la version actuelle de l'article L. 34-11 du CPCE.

⁷ Elle estimait notamment que ne pouvait interpréter en ce sens les décisions du 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, n° 169557, A, et du 17 décembre 2008, *Société d'exploitation du casino de Fouras*, n° 294597-295804, B.

⁸ Voir par exemple CA Paris, 9 juin 2020, n° 17/16392.

⁹ Voir par exemple CAA Paris, 1^{er} octobre 2020, *Sté Free Mobile*, n° 18PA02648.

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

3.4. Si vous vouliez vous prononcer expressément sur l'intérêt pour agir, il faudrait donc à notre avis ne l'admettre que pour les associations PRIARTEM et Agir pour l'environnement. Vous pourrez toutefois préférer examiner au fond l'ensemble des requêtes dirigées contre les décisions d'autorisation du 12 novembre 2020, dès lors que nous allons vous proposer d'écarter leurs moyens, qu'il peut être opportun de trancher l'ensemble des questions qu'ils posent et que l'irrecevabilité dont nous venons de discuter ne s'impose pas avec la même évidence que celle des requêtes dirigées contre les mesures préparatoires.

4. Nous commencerons l'examen au fond par celui de la requête de PRIARTEM et Agir pour l'environnement. Elle a été déposée alors que celle formée par les mêmes associations contre l'arrêté du 30 décembre 2019 étant encore pendante. Aussi la plupart de ses moyens reprennent-ils des contestations que vous avez entretemps tranchées par la décision du 31 décembre dernier, et auxquelles vous ne pourrez qu'apporter la même réponse.

4.1. Ce n'est certes pas le cas du premier moyen soulevé, mais il vous retiendra encore moins car il manque en fait. Contrairement à ce qui est soutenu, les décisions contestées ont bien été signées, comme en attestent les exemplaires produits par l'ARCEP.

4.2. Est ensuite invoquée la méconnaissance du principe de participation du public consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement – ou plus précisément, des dispositions législatives applicables et prises pour définir les « *conditions et limites* » de cette participation. Les associations requérantes se sont d'abord placées sur le terrain de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement, qui ne peut toutefois trouver application ici puisqu'il ne concerne que les décisions « *autres qu'individuelles* ». Et même l'article L. 123-19-2, applicable aux décisions individuelles, doit être écarté puisqu'il ne l'est pas quand des dispositions législatives particulières prévoient une participation du public. Or dans le cas des décisions de l'ARCEP, le V de l'article L. 32-1 du CPCE impose une consultation publique dès qu'elles ont « *une incidence importante sur un marché* » ou qu'elles « *affectent les intérêts des utilisateurs finals* ». A partir de la réplique, c'est finalement et à juste titre sur le respect de ces dispositions que porte la discussion.

Vous pourrez toutefois faire le même constat que dans votre précédente décision. L'ensemble du processus d'attribution des fréquences a été précédé de plusieurs phases de consultation publique¹⁰, portant sur le cadre et les conditions d'attributions, de sorte que le moyen devra également être écarté ici.

4.3. Les associations requérantes se plaignent ensuite d'une méconnaissance de l'obligation de soumettre certains « *plans et programmes, susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement* », à une évaluation environnementale préalable, obligation résultant d'une directive du 27 juin 2001¹¹, transposée à l'article L. 122-4 du code de l'environnement. Au

¹⁰ Une première consultation publique « *Attribution de nouvelles fréquences pour la 5G* » du 26 octobre au 19 décembre 2018, puis une seconde consultation, « *Les modalités d'attribution de la bande 3490-3800 MHz en France métropolitaine* » du 15 juillet au 4 septembre 2019. A enfin eu lieu, du 28 novembre au 12 décembre 2019 une consultation publique sur le projet d'arrêté, pris le 30 décembre 2019 servant de fondement aux autorisations litigieuses.

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

stade de la requête, il était seulement soutenu qu'une telle évaluation aurait dû être conduite, en vertu plus spécifiquement du 2° du III de l'article L. 122-4, avant l'adoption de l'arrêté du 30 décembre 2019, et que son absence rendait illégales, par voie de conséquence, les décisions prises sur son fondement. Il s'agit en substance de la même critique qui était formulée, par voie d'action, contre l'arrêté dans la requête sur laquelle vous avez déjà statué.

Vous répondez donc à nouveau que l'arrêté du 30 décembre 2019 n'a pas le caractère d'un plan ou programme auquel s'appliquerait l'obligation définie par la directive du 27 juin 2001. En effet, selon la jurisprudence de la CJUE¹², il en va ainsi de tout acte qui établit, en définissant des règles et des procédures, 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 et mentionnés par la directive du 13 décembre 2011¹³, soit entre autres les « installations ou ouvrages » et l'ensemble des « interventions dans le milieu naturel ». Or l'arrêté du 30 décembre 2019 crée, nous l'avons vu, des obligations à la charge des opérateurs, qui ne sont pas sans portée pour l'effectivité du déploiement de la 5G, mais pour ce qui est des installations et interventions dans le milieu naturel proprement dites, donc des mises en services d'émetteurs, leur cadre d'autorisation est défini ailleurs, par les dispositions relatives à l'autorisation des équipements et à l'accord de l'ANFR que nous avons mentionnées, et en ce qui concerne plus particulièrement l'exposition du public aux ondes électromagnétiques, par le décret du 3 mai 2002¹⁴ qui fixe les valeurs limites au respect desquelles l'ANFR devra veiller.

4.4. Sans doute conscientes, depuis votre décision de décembre dernier, que le moyen recevrait la même réponse, les associations requérantes l'ont enrichi en réplique de développements nouveaux, qui ne nous convainquent toutefois pas davantage.

Il est d'abord soutenu que les autorisations en litige sont illégales non seulement en conséquence de l'irrégularité de l'arrêté, mais en elles-mêmes, dès lors qu'il faudrait les regarder aussi comme des plans et programmes. Tel ne pourrait cependant être le cas qu'à raison des obligations qu'elles comportent pour leurs bénéficiaires, or celles-ci ne sont que la reprise des conditions posées dans l'arrêté. Il n'y a donc pas matière à raisonner différemment.

De manière plus créative, les associations requérantes vous invitent à considérer l'arrêté et les autorisations prises sur son fondement non plus isolément, mais comme formant un ensemble avec le décret du 3 mai 2002 – c'est cet ensemble qui constituerait le cadre du déploiement de

¹¹ 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

¹² Voir : 27 octobre 2016, *D'Oultremont e.a.* (C-290/15) ; 7 juin 2018, *Inter-Environnement Bruxelles e.a.* (C-671/16) ; 12 juin 2019, *Terre Wallonne* (C-321/18) ; 25 juin 2020, *A. e.a. (Éoliennes à Aalter et à Nevele)* (C-24/19).

¹³ 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

¹⁴ Décret n° 2002-775 du 3 mai 2002 pris en application du 12 de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques et relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques émis par les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication ou par les installations radioélectriques

la 5G, et qu'il faudrait regarder comme un plan ou programme au sens de la directive, or aucun de ses éléments n'a été soumis à évaluation environnementale préalable. Si vous n'en étiez pas d'emblée convaincus, il vous est demandé de saisir la CJUE d'une question préjudicielle sur ce point.

En ce qui concerne plus particulièrement le décret du 3 mai 2002, nous ne comprenons pas ce développement comme une exception d'illégalité tirée de ce qu'il méconnaîtrait l'obligation résultant de la directive – exception qui serait au demeurant inopérante puisque les autorisations ici en litige ne sont pas des actes d'application de ce décret ; elles se bornent à rappeler que leurs bénéficiaires devront par ailleurs le respecter. Il s'agit plutôt de déduire, de l'ensemble que ce décret et l'arrêté forment pour définir le cadre du déploiement de la 5G, que le défaut d'évaluation préalable affectant le décret doit être « rattrapé » par l'arrêté ou les décisions prises sur son fondement, sous peine de méconnaître le droit de l'UE. Une telle obligation découlerait, selon les associations requérantes, de la jurisprudence de la CJUE, qui veille à éviter que la « *fragmentation* » d'un plan ou programme en plusieurs actes ne prive d'effectivité la directive. Ainsi, pour apprécier si l'on est en présence d'un plan ou programme soumis à l'obligation d'évaluation, elle a pris en compte, dans un arrêt du 22 mars 2012¹⁵, l'ensemble d'une hiérarchie d'actes d'aménagement du territoire, et dans un arrêt du 25 juin 2020, deux actes « *comportant tous deux différentes dispositions portant sur l'implantation et l'exploitation d'éoliennes* »¹⁶.

Mais comme cela ressort déjà de la décision du 31 décembre dernier, on n'est ici en présence d'aucun de ces deux cas. Nous le disons à nouveau, l'arrêté et les autorisations ne sont pas pris en application du décret du 3 mai 2002. Et on ne peut considérer que le décret et l'arrêté comportent « *tous deux* » des dispositions de nature à les faire regarder comme un plan ou programme : il n'en va ainsi, nous l'avons dit, que du décret ; la circonstance que l'arrêté et les autorisations en rappellent l'applicabilité n'y change rien. En d'autres termes, la jurisprudence invoquée ne va pas jusqu'à consacrer une « attractivité » des plans et programmes qui ferait que tout acte qui s'y réfère seulement entrerait à son tour dans le champ de ces plans et programmes. Cela nous semble suffisamment évident pour que vous ne donniez pas suite à la demande de question préjudicielle.

L'arrêté et les autorisations ne sont donc pas non plus illégaux au motif qu'ils ne « rattraperaient » pas l'absence d'évaluation préalable du décret du 3 mai 2002 – à supposer même que cette absence constitue une méconnaissance du droit de l'UE, point que vous n'avez pas à trancher et sur lequel la plus grande circonspection est de mise. En particulier, il ne vous échappera pas que ce décret, dont le contenu est inchangé depuis son adoption, a été pris avant le 21 juillet 2004, soit avant la date où l'obligation instaurée par la directive prenait effet¹⁷.

¹⁵ 22 mai 2012, *Inter-Environnement Bruxelles ASBL, Pétitions-Patrimoine ASBL et Atelier de Recherche et d'Action Urbaines ASBL c/ Région de Bruxelles-Capitale* (C- 567/10)

¹⁶ 25 juin 2020, *A e.a. c/ Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen* (C-24/19), arrêt aussi mentionné plus haut et dans la décision du 31 décembre 2020.

¹⁷ Aux termes de l'article 13 de la directive : sa transposition doit intervenir avant le 21 juillet 2004 ; l'obligation qu'elle prévoit s'applique aux plans et programmes « *dont le premier acte préparatoire formel est postérieur* » à cette date, ou si ce premier acte est antérieur, à ceux « *qui sont adoptés ou présentés plus de vingt-quatre mois*

4.5. Enfin, les associations requérantes soulèvent un moyen tiré de ce que les autorisations contestées méconnaîtraient les articles L. 100-1 du code de l'énergie et L. 220-1 du code de l'environnement, dont elles déduisent une exigence de sobriété et d'efficacité énergétiques, en raison du risque d'« effet rebond » énergétique dont nous avons parlé. Mais comme vous l'avez déjà indiqué dans votre décision du 31 décembre 2020, l'attribution des fréquences aux opérateurs ne fait que mettre en œuvre une obligation imposée aux Etats membres par la directive du 11 décembre 2018. En conséquence, il ne peut être utilement soutenu que des dispositions législatives de droit interne, quelles qu'elles soient, feraient obstacle à l'attribution de ces fréquences.

5. C'est précisément cette circonstance qui conduit les requêtes qu'il nous reste à examiner, celles de M. G... et autres, à concentrer leurs critiques sur cette directive, et plus précisément son article 54 déjà mentionné. Il s'agit toujours de soutenir que l'arrêté du 30 décembre 2019 qui fonde les décisions litigieuses est illégal, mais ici, les requérants le déduisent d'abord de ce qu'il est pris pour la transposition de l'article 54 de la directive, contrairement selon eux à des normes supérieures.

5.1. Vous êtes moins souvent saisis d'une exception d'invalidité d'un acte européen de droit dérivé que d'un débat sur l'interprétation d'un tel acte. L'office du juge national reste pour l'essentiel le même, avec le même fondement, l'article 267 du TFUE, tel qu'éclairé par la jurisprudence de la cour de Luxembourg, notamment ses arrêts du 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost* (314/85) et du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores* (aff. C-50/00)¹⁸. En présence d'une difficulté sérieuse, la question doit être renvoyée au juge de l'Union, seul à pouvoir constater l'éventuelle invalidité de l'acte ; dans le cas contraire, le juge national peut écarter lui-même le moyen.

Il *doit* même l'écarter dans deux hypothèses où l'exception est irrecevable, mais qui ne se rencontrent clairement pas ici. D'une part, l'hypothèse où la partie qui l'invoque aurait été recevable à introduire directement un recours contre l'acte devant le juge de l'Union – ce qu'il est évident que les requérants ne pourraient faire. D'autre part, l'hypothèse où la question de validité est inutile pour la solution du litige. Cette exigence d'utilité se rapproche de la condition d'opérance pour une exception d'illégalité en droit interne, et se montre même légèrement moins rigoureuse, puisque la CJUE accepte de vérifier la validité d'une disposition qui sert de « *base juridique directe* » ou de « *fondement* »¹⁹ à l'acte attaqué au principal, mais aussi simplement qui a été « *pertinente pour l'adoption* » de cet acte (arrêt *Unión de Pequeños Agricultores* précité). En l'espèce, nous l'avons dit, l'arrêté du 30 décembre 2019 et les décisions subséquentes ont été pris pour se conformer à la prescription adressée aux Etats membres par l'article 54 de la directive du 11 décembre 2018, de sorte que l'utilité de la question ne fait pas de doute.

après cette date ».

¹⁸ Pour la formulation de cet office dans les décisions du Conseil d'Etat, voir notamment 9 mars 2016, *Association Vent de colère !*, n° 384092, C et 4 décembre 2019, *Fédération bancaire française*, n° 415550, A.

¹⁹ 14 février 2001, *Nachi Europe* (C-239/99)

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

5.2. La première des normes invoquée par les requérants est l'accord interinstitutionnel « *Mieux légiférer* » conclu entre le Parlement, le Conseil et la Commission le 13 avril 2016, dans la mesure où son paragraphe 13 prévoit que « *la Commission procédera à une analyse d'impact de ses initiatives législatives [...] qui sont susceptibles d'avoir une incidence économique, environnementale ou sociale importante* ». Les requérant soutiennent en effet que l'analyse d'impact qui a été réalisée sur le projet de directive est insuffisante quant aux impacts environnementaux des prescriptions de l'article 54.

On pourra commencer par se demander s'il existe une hiérarchie des normes entre accords interinstitutionnels et directives – à tout le moins, l'article 295 du TFUE stipule que de tels accord « *peuvent revêtir un caractère contraignant* ». Mais sur le point qui nous occupe, on notera déjà que la CJUE, constatant qu'il n'existe pas d'obligation absolue de réaliser une étude d'impact, s'est jusqu'à présent refusée à déduire de son absence l'invalidité de l'acte (4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd c/ Secretary of State for Health*, C-477/14, et 3 décembre 2019, *République tchèque c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-482/17).

En tout état de cause, en l'espèce, l'analyse d'impact du projet de directive existe, particulièrement volumineuse. La part consacrée en propre à l'article 54, qui n'est qu'un article parmi tous les autres, et à ses impacts environnementaux, est en revanche limitée en proportion, mais il paraît difficile d'y voir une méconnaissance de l'obligation de réaliser une étude d'impact pour le projet de directive pris dans son ensemble.

5.3. La deuxième norme invoquée prescrit en revanche, de manière plus ciblée, une évaluation environnementale. Il s'agit à nouveau de l'évaluation préalable des plans et programmes, mais cette fois-ci telle qu'elle est prévue par la convention d'Aarhus du 25 juin 1998²⁰ ainsi que le règlement du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de cette convention²¹.

L'UE est partie à la convention d'Aarhus. L'appréciation de la validité d'une directive au regard de ses stipulations suppose en principe d'abord de déterminer si celles-ci sont d'effet direct, ce que le juge administratif peut faire lui-même mais seulement en l'absence de doute sérieux (6 décembre 2012, *Sté Air Algérie*, n° 347870, A). En ce qui concerne le règlement du 6 septembre 2006, il faudrait aussi d'abord déterminer si son objet et son caractère transversal font que sa méconnaissance peut être invoquée à l'encontre d'une directive. Toutefois, en l'espèce, on relèvera que la convention d'Aarhus, tout comme le règlement, excluent du champ de l'obligation les autorités publiques « *agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs* ». Dès lors que la directive est un acte adopté selon la procédure législative au sens du droit de l'UE, ni la convention ni le règlement ne peuvent en tout état de cause être utilement invoqués.

²⁰ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement ; voir l'article 7.

²¹ Règlement n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 ; voir le c) du 1 de l'article 2.

5.4. Les requêtes se placent ensuite sur le terrain du principe de précaution, consacré dans le domaine de l'environnement par l'article 191 du TFUE et précisé par la jurisprudence de la CJUE²².

La méconnaissance de ce principe inscrit dans les traités est assurément invocable à l'encontre d'une directive. Reste que vous ne pourrez avoir de doute sérieux sur ce point si, en l'état des incertitudes sur les risques, les mesures de prévention ou de protection déjà prises paraissent suffisantes – selon la grille de lecture que vous pratiquez pour contrôler le respect en droit interne de ce principe²³.

Nous ne voyons alors pas comment vous proposer une autre appréciation que celle que vous avez déjà portée dans votre décision du 31 décembre dernier. L'état de la question n'est guère différent aujourd'hui. En particulier, vous aviez alors pris en compte les travaux de l'ANSES, qui avait produit un rapport d'expertise préliminaire ; elle a publié en mars dernier son rapport définitif, et ses conclusions ne s'écartent pas de l'orientation du rapport préliminaire. Vous pourrez donc à nouveau relever que des incertitudes existent, ainsi que des études scientifiques sur les risques qui ne font toutefois l'objet d'aucun consensus au regard de l'état actuel des connaissances, mais qu'il existe aussi des valeurs limites d'exposition aux champs électromagnétiques, et qu'en l'état des mesures de protection complémentaires n'apparaissent pas nécessaires. Cette réponse faite alors à propos de l'arrêté du 30 décembre 2019 est transposable au débat sur l'article 54 de la directive : comme il ressort de ses considérants, sa mise en œuvre s'inscrit dans le respect de la recommandation 1999/519/CE relative à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques, dont les valeurs limites ont été reprises par le décret du 3 mai 2002.

5.5. L'article 54 de la directive se voit enfin reprocher de méconnaître l'article 11 du TFUE, aux termes duquel « *les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable* » – ainsi que l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui a le même contenu, et l'article 2 de l'accord de Paris du 12 décembre 2015, auquel l'UE est partie, qui fixe les objectifs généraux de limitation du changement climatique et celui de « *promouvoir un développement à faible émission de gaz à effet de serre* ».

Est ici en cause l'« effet rebond » énergétique que le déploiement de la 5G prescrit par la directive impliquerait. Il s'agit là d'un risque qui est sérieusement documenté et a par exemple donné lieu, de la part du Haut conseil pour le climat, à un rapport de décembre 2020 intitulé « *Maîtriser l'impact carbone de la 5G* ».

Toutefois, sans qu'il soit même besoin d'entrer dans les questions d'effet direct pour l'accord de Paris, on relèvera qu'aucune des normes invoquées n'implique qu'un acte serait juridiquement invalide du seul fait qu'il entraînerait, ou serait susceptible d'entraîner, une

²² Voir notamment : 5 mai 1998, *National Farmers' Union e.a.* (C-157/96) et *Royaume-Uni/Commission* (C-180/96) ; 28 janvier 2010, *Commission c/France* (C-333/08).

²³ Voir notamment Ass., 12 avril 2013, *Association Stop THT*, n° 342409, A.

augmentation des émissions de GES, ou encore qu'il ne comporterait pas les mesures de compensation nécessaires. L'UE et ses Etats membres se fixent des objectifs contraignants de réduction des émissions, mais il s'agit d'objectifs globaux : ce sera à l'Union et aux Etats de tenir compte, dans leur stratégie, des effets sur la consommation d'énergie du déploiement de la 5G, qui dépendront d'ailleurs des usages qui en seront faits et de leur encadrement – au besoin en arbitrant dans les sens de davantage de contrainte pour ces usages ou au contraire pour d'autres secteurs d'activité.

Il ne revient pas au juge de procéder à cet arbitrage. Dans votre décision du 1^{er} juillet 2021, *Cne de Grande Synthe*, n° 427301, A, vous avez enjoint à l'Etat de « *prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre* », mais justement pas de prendre une mesure *déterminée* en ce sens, le Gouvernement conservant le choix des moyens. Dans la même logique, en l'absence de normes particulières et au regard de ces seuls objectifs, il ne nous paraît en tout état de cause pas possible de censurer une décision *isolée* concernant un seul secteur d'activité, qui ne saurait les méconnaître par elle-même.

5.6. La requête de M. G... et autres soulève un dernier moyen, qui conteste l'arrêté du 30 décembre 2019 à raison de la procédure de consultation du public mise en œuvre préalablement à son adoption, c'est-à-dire celle de l'article L. 32-1 du CPCE dont il a déjà été question. Elle ne serait pas compatible avec les stipulations de la convention d'Aarhus relatives à la participation du public. Ces stipulations sont invoquées cette fois-ci en tant qu'engagement international souscrit par la France, sans qu'entrent en ligne de compte leurs effets sur le droit de l'UE.

Le moyen n'est opérant que si les stipulations sont d'effet direct, ce que dans cette configuration vous pouvez apprécier selon les critères dégagés par votre jurisprudence d'assemblée du 11 avril 2012, *GISTI*, n° 322326, A : elles ne doivent pas avoir « *pour objet exclusif de régir les relations entre Etats* », et ne doivent requérir « *l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* ». Vous n'avez pas encore eu l'occasion de vous prononcer sur ce qu'il en est des stipulations, ici invoquées, de l'article 6 de la convention d'Aarhus.

Pour notre part, il nous semble qu'en appliquant la grille de lecture de votre décision *GISTI*, les termes mêmes du 1 de cet article 6, qui en définissent le champ d'application, tranchent la question. Ils distinguent des cas où l'Etat partie « *applique les dispositions* » de l'article – « *lorsqu'il s'agit de décider d'autoriser ou non des activités proposées du type de celles énumérées à l'annexe I* » (a du 1) – et d'autres – toutes les autres activités soumises à autorisation – où l'Etat partie « *détermine dans chaque cas si l'activité proposée tombe sous le coup de ces dispositions* ». L'annexe I à la convention mentionne de nombreuses activités mais pas les télécommunications. En ce qui les concerne en tout cas, l'article 6 de la convention n'est donc pas d'effet direct, ce qui fait obstacle à ce que sa méconnaissance soit ici utilement invoquée.

6. Au terme de l'examen au fond des requêtes que nous n'avons pas d'emblée considérées irrecevables, nous estimons que vous pouvez en écarter l'ensemble des moyens, sans avoir à

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

saisir la CJUE de questions préjudicielles ni vous prononcer sur les fins de non-recevoir soulevées à leur encontre.

PCMNC au rejet des sept requêtes. Nous ne vous proposons en revanche pas, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux demandes formulées en défense au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

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