

2316 De la 3G à la 5G : vingt ans de régulation des antennes-relais ¹

Étude rédigée par :

Olivier CACHARD,

agrégé de droit privé,
doyen honoraire de la faculté de droit Nancy,
Institut François Gény

Christophe FARDET,

agrégé de droit public,
professeur à l'université de Lorraine,
directeur de l'IRENEE



Alors que le passage à la 5G devrait densifier le réseau d'antennes-relais, il est nécessaire de vérifier si toutes les conséquences ont bien été tirées de l'affirmation, par le Tribunal des conflits, de la spécialité de la police des ondes et de la compétence exclusive de l'ARCEP et de l'ANFR. Sous l'effet de réformes successives, avec en dernier lieu la loi ELAN, il s'est d'abord produit une spécialisation du droit de l'urbanisme appliqué aux antennes-relais. Paradoxalement, une certaine insécurité juridique entoure désormais les critères déterminant la soumission des antennes au régime de l'autorisation. S'agissant de la police spéciale des ondes, il convient ensuite de vérifier l'effectivité des contrôles opérés avant et après l'installation d'une antenne-relais du point de vue de la protection de la santé publique et de l'environnement. En l'absence de régime précisément défini par le CPCE, le régime actuel de décision implicite d'accord par l'ANFR a pour effet de compliquer l'exercice des voies de droit par les riverains. Toutefois, la jurisprudence administrative ménage à ces riverains la possibilité méconnue d'obtenir le réexamen, voire l'abrogation de cette décision implicite d'accord.

1 - Entre l'essor de la 3G et le développement actuel de la 5G, 20 années se sont écoulées, marquées par de profondes évolutions techniques des réseaux de téléphonie mobile résultant des fréquences utilisées, des terminaux et des antennes relais. Ces mutations techniques favorisent de nouveaux usages par la hausse des débits et l'élévation du nombre de connexions simultanées, reléguant les échanges par la voix à un usage subsidiaire. Le développement prochain des services de communication électroniques codés en 5G s'opérera sur des bandes de fréquences significativement plus élevées ². La 5G est destinée à supporter de nouveaux usages, en particulier celui des ob-

jets connectés et des villes intelligentes. Le saut technique vient de ce que les antennes relais seront à balayage électronique actif, focalisant leurs faisceaux (*beamforming*) vers les objets connectés eux-mêmes pourvus d'une pluralité de petites antennes.

Les réseaux sont composés de stations radioélectriques constituées à la fois d'*éléments passifs*, le support et les armoires techniques, et d'*éléments actifs* que constituent les antennes proprement dites. Aujourd'hui, une station comporte un ou plusieurs faisceaux directionnels la reliant aux autres stations du réseau ainsi que plusieurs lobes principaux et secondaires, émettant chacun dans un angle de 120° appelé azimut. Chaque antenne est caractérisée par une puissance mesurée soit à l'entrée, soit à la sortie. En milieu rural, les antennes sont placées sur des masts de plusieurs dizaines de mètres de hauteur, tandis qu'en milieu urbain elles viennent surélever des bâtiments, dissimulées dans de fausses cheminées ou des clochers. Plusieurs évolutions sont à remarquer. D'abord, les stations radioélectriques font souvent l'objet d'un partage entre opérateurs. Ensuite, la miniaturisation des antennes *microcellulaires*, *picocellulaires* ou *fem to cell* permet leur multiplication et même la couverture

1. Dans le corps de l'article, seront dénommées « antennes-relais », les antennes de radiotéléphonie mobile au sens du décret n° 2018-1123 du 10 décembre 2018 relatif à l'extension du régime de la déclaration préalable aux projets d'installation d'antennes-relais de radiotéléphonie mobile et à leurs locaux ou installations techniques au titre du Code de l'urbanisme.

2. La Conférence mondiale des télécommunications 2019 organisée par l'Union internationale des télécommunications en novembre prochain se prononcera sur des fréquences supplémentaires pour la 5G, dans des gammes allant de 25 à 86 GHz, soit de très hautes fréquences comparées aux gammes actuellement utilisées allant de 1 à 4 GHz. Les premières expérimentations techniques conduites en France ne concernent pas ces nouvelles bandes, mais seulement la bande de 3,6 GHz (*Rapp. ANFR 2018, p. 45*).

Aucune étude scientifique n'a été conduite sur les effets à long terme de l'exposition du corps humain à ces nouvelles gammes de fréquences.

interne d'ensembles immobiliers. Le déploiement de la 5G verra l'avènement systématique d'antennes dans le mobilier urbain. Enfin, durant l'exploitation de la station, les caractéristiques d'émission varient selon les services proposés par l'opérateur. À l'avenir, le déploiement de la 5G s'accompagnera aussi de la mise en service de flottes de satellites destinés à renforcer les réseaux et à supprimer toutes les zones blanches.

Les antennes relais émettent dans la gamme des hyperfréquences, aussi appelées radiofréquences. Selon le *Rapport 2018* de l'ANFR rendant compte des mesurages réalisés par l'agence, la téléphonie mobile est la principale source d'ondes électromagnétiques (CEM) dans 60 % des cas³. Il faut souligner que ces mesurages, réalisés spontanément ou à la demande des riverains, donnent l'indication d'un niveau ponctuel de CEM, sans renseigner cependant sur l'exposition individuelle subie à moyen ou long terme par les riverains. Aussi les chercheurs en sciences biomédicales n'ont-ils pas un accès aisé à des données d'exposition à long terme. L'analyse de l'exposition résidentielle est aussi rendue délicate par les variations au long de la journée et plus largement de la période d'exploitation.

La question de l'effet sanitaire des CEM n'est pas affaire d'opinion, mais de science et plus précisément d'une pluralité de disciplines scientifiques complémentaires. L'épistémologie des sciences a mis en évidence, depuis les travaux de Popper, que la science progresse par la réfutation d'hypothèses que le scientifique doit vérifier, pour les confirmer ou les infirmer, sans que ces hypothèses aient une autorité dogmatique particulière⁴. Deux hypothèses ont été formulées à propos des effets des CEM, dans la lignée de l'état des sciences.

La première hypothèse, s'inscrivant dans la lignée des travaux de Galvani, part du constat que le fonctionnement du corps humain repose sur des courants électriques, tant au niveau musculaire, neurologique que cellulaire. Des CEM peuvent donc perturber le corps humain, produisant des effets sensoriels (éblouissements, vertiges, acouphènes) et des effets thermiques par échauffement des tissus. Ces effets à court terme, constitutifs d'un risque certain, sont pris en compte par le droit du travail au titre du principe de prévention.

La seconde hypothèse, s'inscrivant dans la lignée des travaux conduits en science physique, est que par contraste avec les rayons ionisants, les CEM ne libèrent pas assez d'énergie pour casser le génome. Cette hypothèse d'innocuité à long terme, mettant l'accent sur l'absence de l'un des facteurs possibles de la cancérogenèse, est aujourd'hui contestée⁵ par de nombreuses études scientifiques soulignant que d'autres mécanismes physiologiques, par exemple le stress oxydatif des cellules, conduisent au développement du cancer. C'est ainsi qu'en 2012, le Centre international de recherche sur le cancer, travaillant sous l'égide de l'OMS, a classé les radiofréquences dans la catégorie 2B des agents potentiellement cancérogènes pour l'homme⁶. Dans un avis d'expertise collective sur Exposition aux radiofréquences et santé des enfants rendu en 2016, l'ANSES souligne la vulnérabilité particulière des enfants et recommande de réduire leur exposition aux CEM. Si la prévalence et l'incidence des risques sanitaires attachés aux radiofréquences ne sont pas encore quantifiées avec certitude, un niveau suffisant de scientificité⁷ est cependant franchi pour que le principe de précaution soit effectivement mis en œuvre. S'il fait l'objet de contestations idéologiques, le principe de

précaution est bien ancré dans l'ordre juridique français depuis sa constitutionnalisation à l'article 5 de la Charte de l'environnement. Il s'impose aux autorités publiques dans leurs domaines de compétence.⁸ Avant la fermeture de certaines voies de droit en 2012, le principe de précaution était parfois invoqué par le maire lors du contrôle d'urbanisme ou devant le juge judiciaire après l'installation de l'antenne. Aujourd'hui, le processus conduisant à l'installation d'une antenne-relais peut être présenté en cinq phases.

La première phase confidentielle consiste, pour l'opérateur, à identifier le terrain ou l'immeuble susceptible de recevoir une antenne. Durant cette recherche, l'opérateur bénéficie parfois de l'aide informelle de la collectivité territoriale. À l'issue de cette recherche, l'opérateur obtient du propriétaire l'autorisation d'installer l'antenne, selon les règles du droit privé ou du droit public. Un contrat de bail ou d'occupation domaniale est conclu.

La deuxième phase, instituée par la loi Abeille⁹ et réduite à 1 mois par la loi Elan¹⁰, est celle de la concertation locale, initiée par une information diffusée au public par la collectivité territoriale compétente. Elle est censée concrétiser le principe de participation.

La troisième phase est celle du dossier d'urbanisme lorsque les caractéristiques des *éléments passifs* de la station radioélectrique l'assujettissent à une déclaration préalable ou à un permis de construire. En pratique, c'est à cette occasion que les riverains découvrent l'existence du projet et en contestent la légalité. Les déclarations préalables ou les demandes de permis comportent les informations nécessaires au contrôle de l'urbanisme, à l'exclusion des informations techniques précises relatives à la puissance de l'antenne. La fourniture de ce dossier succinct prive donc le maire et les riverains de la possibilité effective de veiller au respect du principe de précaution.

La quatrième phase est celle de l'exercice de la police spéciale des télécommunications par l'ANFR, à l'occasion de la déclaration de l'installation ou de la modification de la station radioélectrique. L'ANFR est ainsi la première autorité à se voir transmettre les informations nécessaires à une mise en œuvre effective du principe de précaution.

La cinquième phase, consécutive à l'installation ou à la modification de l'antenne, est celle de l'exercice par les riverains de voies de droit au motif que la station radioélectrique les expose à des nuisances (sonores par grésillement, de passage des techniciens) ou à un risque sanitaire lorsqu'ils sont exposés en champ proche de l'antenne. À la suite des arrêts rendus par le Tribunal des conflits excluant la compétence du juge judiciaire en matière d'enlèvement des antennes-relais¹¹, la voie judiciaire est désormais restreinte au contentieux indemnitaire consécutif aux nuisances provoquées par les antennes¹².

De cette séquence, il résulte que l'installation d'une antenne relais donne lieu aux interventions successives et fractionnées d'autorités distinctes, exerçant des contrôles de nature différente, sur la base d'informations partielles. Seul l'opérateur de téléphonie mobile, maître de son projet, centralise en tout moment toutes les informations disponibles, ce qui crée une asymétrie d'informations entre les personnes intéressées.

3. ANFR, *Rapp. 2018*, p. 42.

4. A. Boyer, *Introduction à la lecture de K. Popper* : Éditions Rue d'Ulm, réédition, 2017.

5. M. Havas, *When theory and observation collide : can non-ionizing radiation cause cancer ?* : *Envtal. Pollution*, 221 (2017) 501-505.

6. CIRC, *Non-Ionizing Radiation, Part 2, Radiofrequency Electromagnetic Fields*, vol. 102, (IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risks to human), 2012.

7. O. Cachard, *La preuve des risques associés à l'exposition aux champs électromagnétiques* : *JCP G 2017, doctr. 944*.

8. CE, 19 juill. 2010, n° 328687, *Assoc. du Quartier Les Hauts de Choiseul* : *JurisData* n° 2010-012229 ; *Rec. CE* 2010, p. 333 ; *JCP A* 2011, 2119, note Ph. Billet.

9. L. n° 2015-136, 9 févr. 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques : *JO* 10 févr. 2015 ; dite loi « Abeille », nom de la rapporteure à l'Assemblée nationale.

10. L. n° 2015-136, 9 févr. 2015 insérant l'article L. 34-9-I du CPCE. – L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 219 modifiant l'article L.34-9-I du CPCE.

11. V. *infra*, note 18.

12. Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2012, n° 11-19.259, P+B+I : *JurisData* n° 2012-023401 ; *JCP G* 2013, 14.

Par trois arrêts d'Assemblée rendus le 26 octobre 2011¹³, suivis d'un arrêt du 26 décembre 2012¹⁴, le Conseil d'État devait affirmer l'exclusivité de la police spéciale des télécommunications, excluant ainsi le pouvoir de police générale du maire. La même logique, fondée sur le principe d'indépendance des législations, devait conduire le Tribunal des conflits, quelques mois plus tard¹⁵, à exclure la compétence des juridictions judiciaires. La police des télécommunications y est donc présentée comme un bloc homogène excluant tout empiètement d'une autre autorité publique, serait-ce au nom du principe de précaution, et même toute articulation des compétences.

Le reflux de la police administrative générale du maire et la fermeture des voies de recours devant le juge judiciaire tendant à empêcher l'installation de l'antenne relais ou à ordonner son démontage nous conduisent à centrer cette étude sur l'articulation des deux droits principalement applicables aux antennes relais : le droit de l'urbanisme et le droit des ondes. L'étude de la *spécialisation du droit de l'urbanisme des antennes relais* (1) devancera l'analyse des *orientations de la police spéciale des ondes* (2).

1. La spécialisation du droit de l'urbanisme des antennes relais

2 - La volonté des pouvoirs publics d'aboutir à une couverture complète du territoire par les réseaux de radiotéléphonie mobile se réalise par une adaptation significative du droit de l'urbanisme applicable aux antennes relais. Cette adaptation aboutit à un droit spécial de l'urbanisme qui se traduit par une spécialisation des autorités ainsi qu'une spécialisation des actes.

A. - Les antennes relais et les autorités d'urbanisme

3 - Deux mouvements parallèles caractérisent la relation des antennes relais aux autorités d'urbanisme. Les deux mouvements aboutissent à éloigner ces antennes des compétences de ces autorités : le premier en renforçant l'indépendance des législations, le second en « décommunalisant » la compétence.

L'urbanisme des antennes isolé. En disposant que l'édition d'un permis de construire et celle d'une autorisation d'exploiter un établissement devaient « être prises en vertu de législations distinctes et selon des procédures entièrement indépendantes » leur conférant « chacune une portée et un contenu propre... sans connexité l'une avec l'autre », le Conseil d'État¹⁶ consacra le principe d'indépendance des législations. Par ses caractéristiques, ce principe aboutit au renforcement de la sécurité juridique en concentrant chaque autorisation sur le respect d'une seule réglementation et évite l'allongement des procédures d'instruction des actes administratifs.

Le droit des antennes relais illustre manifestement ce principe aboutissant à une atomisation des droits applicables. Très clairement, il résulte de la volonté politique traduite par les jurisprudences du Conseil d'État¹⁷ et du Tribunal des conflits¹⁸ « qu'afin d'assurer sur l'ensemble du territoire national et conformément au droit de l'Union européenne, d'une part, un niveau élevé et uniforme de protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques émises par

les réseaux de communications électroniques, qui sont identiques sur tout le territoire, d'autre part, un fonctionnement optimal de ces réseaux, notamment par une couverture complète de ce territoire, le législateur a confié aux seules autorités publiques qu'il a désignées [le ministre chargé des communications électroniques, l'ARCEP et l'ANFR¹⁹] le soin de déterminer et contrôler les conditions d'utilisation des fréquences ou bandes de fréquences et les modalités d'implantation des stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes qu'elles émettent ».

« En « saucissonnant » le droit applicable aux antennes relais de téléphonie mobile en autant de régimes différents, le droit positif minore nécessairement chacun des droits »

Ainsi se trouvent consacrés plusieurs régimes juridiques distincts et indépendants que sont, notamment, le contrôle de l'implantation des stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire, le droit du fonctionnement optimal de ces réseaux par le contrôle des conditions d'utilisation des fréquences ou bandes de fréquences, ou encore, le droit de la protection de la santé publique contre les effets des CEM émises par les réseaux. Ce mitage des droits applicables complexifie le statut desdites antennes et brouille l'intelligibilité du droit.

En « saucissonnant » le droit applicable aux antennes relais de téléphonie mobile en autant de régimes différents, le droit positif minore nécessairement chacun des droits. Manifeste est de ce point de vue la réforme de la loi Abeille de 2015 par la loi ELAN²⁰ de 2018 à propos du délai imposé à toute personne souhaitant exploiter une ou plusieurs installations radioélectriques soumises à accord ou à avis de l'Agence nationale des fréquences (ANFR) afin de transmettre le dossier d'information établissant l'état des lieux de ces installations au maire ou au président de l'EPCI (CPCE, art. L. 34-9-1). Fixé à 2 mois par la loi Abeille, ce délai est désormais, avec la loi ELAN, d'un mois. Ce faisant, bien que le dépôt du dossier soit antérieur à la demande d'urbanisme, ce nouveau délai abrégé réduit substantiellement la période durant laquelle l'autorité d'urbanisme peut prendre connaissance des éléments contenus dans ledit dossier. Plus encore, et jusqu'au 31 décembre 2022, « les travaux ayant pour objectif l'installation de la quatrième génération du réseau de téléphonie mobile sur un équipement existant » qui ne font pas l'objet d'une « extension ou d'une rehausse substantielle » ne sont soumis qu'à une simple information préalable du maire (CPCE, art. L. 34-9-1 II. B. al. 3).

Plus généralement, l'autorité d'urbanisme ne peut fonder sa décision que sur des motifs d'urbanisme, et toute prise en compte de motifs relevant d'autres législations pourtant applicables aux antennes relais serait à tout le moins constitutif d'une erreur de droit. Tout au plus, et depuis 2010²¹, le Conseil d'État admet-il que l'autorité d'urbanisme peut prendre en compte le principe de précaution pour justifier sa décision mais sans que ce principe puisse étendre la compétence de l'autorité d'urbanisme : le principe de précaution ne peut que servir à la motivation d'une décision compétemment

13. CE, ass., 26 oct. 2011, n° 326492, Cne Saint-Denis : JurisData n° 2011-023103 ; Rec. CE 2011, p. 529 ; Énergie – Env. – Infrastr. 2012, comm. 5. – CE, 26 oct. 2011, n° 392904, Cne Pennes-Mirabeau. – CE, 26 oct. 2011, n° 341767, SFR : JurisData n° 2011-023113

14. CE, 26 déc. 2012, n° 352117, Cne Saint-Pierre d'Irube : JurisData n° 2012-030473 ; Lebon 2012 T. p. 883 ; JCP A 2012, act. 34

15. T. confl., 14 mai 2012, n° 3844, n° 3846, n° 3848, n° 3850, n° 3852, n° 3854 : JurisData n° 2012-010164

16. CE, 1^{er} juill. 1959, n° 38893, Sieur Piard : Lebon 1959, p. 413.

17. CE, ass., 26 oct. 2011, n° 326492, Cne Saint-Denis, préc.

18. T. confl., 14 mai 2012, n° C3848, préc.

19. Précision apportée par : CE, ass., 26 oct. 2011, Cne Saint-Denis, préc.

20. L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

21. CE, 19 juill. 2010, n° 328687, Assoc. du Quartier Les Hauts de Choiseul, préc.

prise²², mais ne peut pas justifier une compétence nouvelle²³. Ainsi, en l'état de la jurisprudence, le maire se trouve privé de la possibilité d'invoquer le principe de précaution relativement au fonctionnement projeté des *éléments actifs* d'une antenne, puisque son contrôle de l'urbanisme ne s'exerce que sur les *éléments passifs* de celle-ci.

Il en résulte que seule une motivation fondée sur la législation de l'urbanisme peut, à ce titre, être prise par l'autorité d'urbanisme sans qu'aucune motivation relevant d'autres droits – pourtant applicables aux antennes relais – ne puisse l'être. Ainsi, le principe d'indépendance des législations agit-il comme des œillères empêchant toute appréciation globale des effets de l'implantation des antennes de radiotéléphonie mobile.

« On doit à la vérité de dire que dans la loi ELAN notamment, le législateur a fait feu de tout bois pour limiter les pouvoirs des maires ou présidents d'EPCI en matière d'urbanisme »

Les autorités locales d'urbanisme exclues. Juridiquement, la volonté de l'État de « dé-localiser » les actes d'urbanisme est particulièrement remarquable concernant les antennes relais. Le législateur comme le pouvoir réglementaire mettent en œuvre cette politique. Et pour y parvenir, la méthode est similaire : il s'agit de limiter les pouvoirs décisionnels locaux en matière d'urbanisme.

On doit à la vérité de dire que dans la loi ELAN notamment, le législateur a fait feu de tout bois pour limiter les pouvoirs des maires ou présidents d'EPCI en matière d'urbanisme²⁴ : un inventaire à la Prévert n'y suffirait pas.

Pour s'en tenir à quelques exemples symptomatiques, on relèvera d'abord qu'à titre expérimental et jusqu'au 31 décembre 2022, l'article 222 de la loi ELAN prévoit que les décisions d'autorisation ou de non-opposition à déclaration préalable à l'implantation d'antennes relais ne peuvent plus être retirées, par dérogation à L. 424-5 du Code de l'urbanisme (C. urb.). En faisant ainsi échapper la créature à son créateur, tout recours gracieux est irrecevable et seul un recours contentieux – on en imagine la durée, le coût et donc l'effet dissuasif – peut permettre l'annulation de l'acte assorti, le cas échéant, d'une demande de référé suspension²⁵. Ensuite, en intégrant à l'article L. 632-2-1 du Code du patrimoine les « antennes relais de radiotéléphonie mobile ou de diffusion du très haut débit par voie hertzienne et leurs systèmes d'accroche ainsi que leurs locaux et installations techniques », l'article 56 de la loi ELAN substitue dans le périmètre d'un site remarquable, un simple avis au régime de droit commun d'autorisation de ces travaux soumis à l'accord de l'architecte des bâtiments de France (C. patr., art. L. 632-1 et L. 632-2). Dès lors, bien que ces travaux soient réalisés dans le périmètre d'un site remarquable, l'architecte des bâtiments de France, n'a plus droit de veto. De plus, au motif pris que l'installation de ces antennes s'avère nécessaire pour améliorer la couverture du territoire, la nouvelle ré-

daction de l'article L. 122-3 du C. urb. inclut ces antennes parmi les installations et ouvrages qui ne sont pas soumis à la loi Montagne. Encore, la nouvelle rédaction de l'article L. 121-17 du même code exclut de l'interdiction des constructions et installations dans la bande littorale des « 100 mètres », la construction en zone littorale des antennes relais.

Ainsi et très clairement, la volonté exprimée *urbi et orbi* de couvrir l'ensemble du territoire de réseaux de téléphonie mobile semble l'emporter sur toute autre considération. Pour autant, il ne faut pas s'y tromper, bien que la volonté de couvrir les zones rurales soit pleinement affichée, celle consistant à développer le maillage dans les zones déjà couvertes n'est pas absente : la règle de l'impossible retrait par l'autorité administrative s'applique partout, la suppression de la procédure d'autorisation de l'architecte des bâtiments de France dans le périmètre d'un site remarquable vaut d'abord en zone urbaine. Le besoin de couverture de l'ensemble du territoire est louable : est-il pour autant le véritable motif ? Il n'est, en toute hypothèse, pas le seul.

B. - Les antennes relais et les actes d'urbanisme

4 - Le législateur et le pouvoir réglementaire ont œuvré de concert pour extraire les implantations d'antennes relais du droit commun de l'urbanisme. Si les exemples dans lesquels le pouvoir réglementaire s'est hâté avec lenteur pour édicter les règlements d'exécution des lois sont nombreux, plus rares sont les hypothèses où l'empressement est réel. Plus rares encore sont les cas où le hasard fait très bien les choses. C'est néanmoins le cas du décret n° 2018-1123 du 10 décembre 2018 relatif à l'extension du régime de la déclaration préalable aux projets d'installation d'antennes-relais de radiotéléphonie mobile et à leurs locaux ou installations techniques au titre du Code de l'urbanisme. En effet, bien que ce décret ne soit pas pris en application de la loi ELAN du 23 novembre 2018, il la complète fort opportunément 15 jours plus tard.

Ce décret réforme l'article R. 421-9 du C. urb. en soumettant désormais les projets d'installation d'antenne relais à déclaration préalable et non plus à permis de construire, dès lors que les locaux ou installations techniques nécessaires au fonctionnement des antennes ont une surface de plancher et une emprise au sol supérieures à 5 m² et inférieures ou égales à 20 m², et ce, quelle que soit la hauteur de l'antenne.

Et pour le pouvoir réglementaire, le temps semble presser. Car en précisant au surplus à l'article 2, que « les dispositions du présent décret sont applicables aux déclarations préalables déposées à compter du lendemain de sa publication », soit le 13 décembre 2018, on imagine l'appel du pied lancé aux opérateurs ayant antérieurement déposé une demande de permis de construire non encore satisfaite : retrait de cette dernière et dépôt d'une déclaration préalable. Or, si l'on veut bien y réfléchir, le passage d'une procédure de permis de construire à celle d'une déclaration préalable n'est pas anecdotique. Un permis de construire est une autorisation. Comme toute autorisation, il est une dérogation à un régime d'interdiction²⁶ : régime qui, en droit français, pose formellement l'interdiction de construire, sauf dérogation constituée par le permis²⁷. Tout au contraire, le régime de la déclaration préalable impose que le régime juridique applicable soit la liberté et non pas l'interdiction. La déclaration n'est qu'une procédure d'information permettant à l'autorité administrative de vérifier le respect

22. V. CE, 19 juill. 2010, n° 328687, *Assoc. du Quartier Les Hauts de Choiseul, préc.*, précisant que l'article 5 de la Charte de l'environnement peut être « pris en compte par l'autorité administrative lorsqu'elle se prononce sur l'octroi d'une autorisation délivrée en application de la législation sur l'urbanisme » (souligné par nous).

23. CE, ass., 26 oct. 2011, *Cne Saint-Denis, préc.* indique que « le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions ».

24. V. question écrite n° 22378 de M. J-L Masson : JO 6 août 2019, p. 7262.

25. CE, 23 mars 2018, n° 412029, *Sté Free Mobile*, : *JurisData* n° 2018-004117

26. Ch. Fardet, *La notion d'homologation* : *Revue Droits*, PUF, 1999, n° 28, p. 181.

27. Très clair est l'alinéa 1^{er} de l'article L. 421-1 du C. urb. : « Les constructions, même ne comportant pas de fondations, doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire. »

des règles²⁸ ou d'imposer des prescriptions particulières. Le passage du permis à la déclaration ne relève donc pas d'un changement de degré procédural mais bien d'un changement de nature puisque, s'il suffit de ne pas octroyer de permis pour s'opposer à une construction, il faut s'opposer à la construction dans le cadre d'une déclaration préalable.

« Ce faisant, les procédures d'urbanisme ne peuvent plus déboucher sur des actes limitant l'implantation de ces antennes. Deux voies sont utilisées pour y parvenir »

Si, théoriquement, le changement est d'ampleur puisqu'il reflète l'opposition de régime juridique applicable à la procédure concernée, le changement est également considérable d'un point de vue pratique puisque, avec le décret du 10 décembre 2018, la hauteur de l'antenne n'est délibérément plus prise en compte. Pour autant, en réalité, c'est le décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme qui, pour la première fois, exclut certaines constructions de plus de douze mètres du champ d'application du permis de construire. De toute évidence, ne prendre en considération qu'une hauteur minimale revient à ne plus prendre en compte la hauteur maximale.

Ce faisant, les procédures d'urbanisme ne peuvent plus déboucher sur des actes limitant l'implantation de ces antennes. Deux voies sont utilisées pour y parvenir.

Les antennes-relais et le caractère existant ou nouveau de leur construction. En zone urbanisée surtout, l'histoire des antennes relais de téléphonie mobile fut d'abord l'histoire d'une greffe sur des constructions existantes. Concernant cette hypothèse, le Conseil d'État statua de la manière la plus certaine en 2014²⁹ en neutralisant le critère de la hauteur pour déterminer le régime applicable : « *Considérant que l'implantation d'une antenne de radiotéléphonie mobile sur la terrasse d'un immeuble constitue une opération de travaux exécutés sur une construction existante ; que si ce type d'ouvrage, pour être soumis à simple déclaration préalable, doit respecter les critères fixés par les articles R. 421-14 et R. 421-17 précités et, notamment, avoir pour effet, pour l'ensemble constitué par la ou les antennes-relais et par l'armoire technique, la création d'une surface hors œuvre brute comprise entre deux et vingt mètres carrés, en revanche, sa hauteur est sans incidence sur la détermination du régime applicable* ». À la vérité, le Conseil d'État a certainement considéré que la construction existante avait, quant à la hauteur d'une antenne rajoutée, un effet englobant : l'accessoire (l'antenne) suit le principal (la construction support). La solution peut aussi se justifier juridiquement : initialement, la hauteur de la construction-support fut prise en compte pour la délivrance de son permis, raison pour laquelle, le Code de l'urbanisme ne prévoit pas ce critère pour les travaux exécutés sur des constructions existantes (*C. urb., art. R. 421-13 et s.*). En revanche, le même arrêt précisait que la surface hors œuvre brute de l'antenne et de ses équipements ne devait pas dépasser la limite fixée par le code (20 m²).

Pareille argumentation démontre bien la conception accessoiriste de l'antenne.

On ne sera donc pas surpris que, dans la continuité du décret du 5 janvier 2007 précité, le décret du 10 décembre 2018 clarifie l'état du droit réglementaire en ne faisant même plus référence à la hauteur supérieure à douze mètres des antennes relais dès lors que les locaux ou installations techniques nécessaires à leur fonctionnement ont une surface de plancher et une emprise au sol supérieures à 5 m² et inférieures ou égales à 20 m².

L'illégalité dénaturante réglementaire d'un critère législatif ?

On se rappelle que, concernant les antennes implantées sur des constructions existantes, le Conseil d'État estima que la hauteur de l'antenne ne devait pas être prise en compte. Mais, le décret n° 2018-1123 du 10 décembre 2018 précité, en modifiant l'article R. 421-9 du *C. urb.*, concerne les constructions nouvelles. Désormais, en dehors des sites patrimoniaux remarquables, des abords des monuments historiques et des sites classés ou en instance de classement, le critère de la hauteur des antennes est exclu des critères distinguant les constructions nouvelles quant au régime de la déclaration préalable ou du permis de construire.

Ainsi que ses vises le confirment explicitement, ce décret est pris sur le fondement de l'article L. 421-4 du *C. urb.* (*al. 1^{er}*) aux termes duquel « *Un décret en Conseil d'État arrête la liste des constructions, aménagements, installations et travaux qui, en raison de leurs dimensions, de leur nature ou de leur localisation, ne justifient pas l'exigence d'un permis et font l'objet d'une déclaration préalable* ». Le législateur envisage donc trois hypothèses de constructions – mais trois seulement – qui en raison de leurs dimensions, de leur nature ou de leur localisation, permettent de déroger à la procédure du permis de construire³⁰. Si ces critères ne peuvent être qu'alternatifs, il est aussi évident que la hauteur fait partie des critères à prendre en compte dans « les dimensions ».

« En procédant de la sorte sans aucune habilitation du législateur, le pouvoir réglementaire a vraisemblablement dénaturé le critère législatif de la dimension »

Il résulte de la rédaction même du décret que les critères de « la nature » et de « la localisation » des antennes concernées ne sont pas en cause. Seules « les dimensions » des antennes sont concernées par l'insertion d'un j) à l'article R. 421-9 du *C. urb.* ainsi rédigé : « *Les antennes-relais de radiotéléphonie mobile et leurs systèmes d'accroche, quelle que soit leur hauteur, et les locaux ou installations techniques nécessaires à leur fonctionnement dès lors que ces locaux ou installations techniques ont une surface de plancher et une emprise au sol supérieures à 5 m² et inférieures ou égales à 20 m²* ».

Or, ce faisant, le décret a implicitement mais nécessairement substitué au critère législatif des dimensions, celui de la seule surface (mais à vrai dire comme les six autres décrets ayant modifié l'article R. 421-9 du Code de l'urbanisme depuis 2007). En procédant de la sorte sans aucune habilitation du législateur, le pouvoir réglementaire a vraisemblablement dénaturé le critère législatif de la dimension.

En effet, tous les arguments militent pour que le critère législatif de la « dimension » ne soit pas assimilable à la seule « surface ». Nonobstant le bon sens et la géométrie qui distinguent fondamentalement le

28. Tout aussi clair est l'article L. 421-7 du *C. urb.* : « *Lorsque les constructions, aménagements, installations et travaux font l'objet d'une déclaration préalable, l'autorité compétente doit s'opposer à leur exécution ou imposer des prescriptions lorsque les conditions prévues à l'article L. 421-6 ne sont pas réunies.* »

29. *CE*, 30 avr. 2014, n° 366712, *Société française du radiotéléphone (SFR)* : *Juris-Data* n° 2014-008631 ; *JCP A* 2014, act. 409 ; *JCP A* 2015, 2095. – *CE*, 11 juill. 2014, n° 368559, *Sté Orange* : *JurisData* n° 2014-016575.

30. L'article L. 421-5 du *C. urb.*, qui n'est pas applicable au décret du 10 décembre 2018, dispense même de toute formalité certaines catégories de construction dont le pouvoir réglementaire décrète la liste.

volume d'un plan – autrement dit la 3 D de la 2 D –, le droit de l'urbanisme lui-même les distingue nettement dans la partie législative du Code de l'urbanisme, d'autant plus qu'en l'espèce, une antenne se déploie en hauteur.

Explicitement d'abord, le législateur distingue les dimensions (par ex., *C. urb., art. L. 151-18* ; *C. urb., art. L. 312-3* ; *C. urb., art. L. 421-4* ; *C. urb., art. L. 421-6* ; *C. urb., art. L. 423-1*) des surfaces (par ex., *C. urb., art. L. 111-5* ; *C. urb., art. L. 114-14* ; *C. urb., art. L. 111-19 etc.*). D'ailleurs, le Code de l'urbanisme utilise différemment les deux notions, preuve certaine qu'elles ne s'assimilent pas. Ainsi en est-il topiquement de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 111-14 « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 331-10, la surface de plancher de la construction s'entend de la somme des surfaces de plancher closes et couvertes, sous une hauteur de plafond supérieure à 1,80 m, calculée à partir du nu intérieur des façades du bâtiment.* ». Implicitement ensuite, les dimensions (c'est-à-dire le volume) sont également distinguées de la surface. L'article L. 421-5 est révélateur de cette logique : en dispensant certaines constructions et autres de toute formalité, le législateur prend en compte leur très faible impact volumétrique : leur très faible importance, leur faible durée de maintien en place ou leur implantation en mer, sur le domaine public immergé (donc invisible). Ces distinctions imposent certainement une conception volumétrique de la dimension³¹.

Malgré cela, le décret n° 2018-1123 du 10 décembre 2018 exclut le critère de la hauteur des antennes-relais. Nonobstant certaines modifications antérieures de l'article R. 421-9 du *C. urb.* dont la légalité pourrait aussi questionner, le décret de 2018 – par la généralité de la dérogation qu'il pose – est d'une ampleur jamais égalée.

Finalement, en ne prenant en considération que « *la surface de plancher et une emprise au sol supérieures à 5 m² et inférieures ou égales à 20 m²* », le décret déroge-t-il illégalement à l'article L. 421-4, lequel oblige le pouvoir réglementaire d'exécution de la loi à prendre en compte « *les dimensions* », donc la hauteur ? Tant que le législateur n'aura pas précisé que, bien que participant aux dimensions d'une construction la hauteur indiffère, le pouvoir réglementaire ne peut compétemment pas le décider sans habilitation législative.

Bien plus, et compte tenu de la miniaturisation des matériels, la hauteur de l'antenne est peut-être le dernier critère utile, car sur 20 m² l'antenne et les locaux techniques doivent tenir sans difficulté. Au surplus, le développement des petites antennes est alors entièrement libéré.

OBSERVATIONS

Procéduralement, deux voies de droit s'offrent alors au justiciable pour obtenir le rétablissement de la légalité. Sur le fondement de l'article L. 243-2 du Code des relations entre le public et l'administration, l'abrogation du décret peut être demandée à toute époque puisque « *l'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé* ». Au contentieux, saisi d'un moyen excipant de l'illégalité du décret (notamment dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision refusant d'abroger le décret), le juge devrait en prononcer l'illégalité dès lors que dans le cadre d'une exception d'illégalité « *la légalité des règles fixées*

par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées³² ».

2. L'appréhension des antennes-relais par la police spéciale des ondes

5 - Du fait de la technicité de son objet et de la dispersion de certains textes réglementaires non codifiés dans le CPCE, la police spéciale des ondes est assez mal connue, qu'il s'agisse d'identifier les autorités exerçant effectivement cette police (A) ou qu'il s'agisse de qualifier les actes administratifs pris à cette occasion (B).

A. - Les autorités désignées exerçant effectivement la police des ondes

6 - Puisque seules les autorités exerçant la police spéciale des ondes se voient reconnaître compétence à l'exclusion du maire, il convient d'abord de présenter de façon analytique la mission de chacune des autorités que le législateur a spécialement investies de la police des ondes et ensuite les objectifs distincts de cette police spéciale.

Les autorités spécialement désignées. Les jurisprudences du Conseil d'État et du Tribunal des conflits présentent la police des ondes d'une manière globale : « *Le législateur a confié aux seules autorités qu'il a désigné, c'est-à-dire au ministre chargé des communications électroniques, à l'ARCEP et à l'ANFR le soin de déterminer de manière complète, les modalités d'installation des stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire ainsi que les mesures de protection du Public contre les ondes qu'elles émettent* »³³. Une analyse plus détaillée révèle qu'en réalité c'est l'ANFR qui instruit le déploiement des nouvelles antennes-relais et leurs modifications ultérieures, non l'Autorité de régulation des communications électroniques et postales (ARCEP).

L'ARCEP, souvent présentée comme « le gendarme des fréquences », est une autorité administrative indépendante à compétence réglementaire (*CPCE, art. L. 130*) issue de l'ART instituée le 5 janvier 1997 à la suite du *Rapport Huet sur l'organisation de la gestion des fréquences radioélectriques*. Dans le secteur des télécommunications, sa mission principale consiste à attribuer, moyennant une redevance d'occupation, des bandes de fréquences dont elle est affectataire aux opérateurs de téléphonie mobile, qui sont des occupants domaniaux qualifiés d'assignataires. L'assignation des fréquences et le réaménagement du spectre hertzien s'opèrent « *dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires tenant compte des besoins d'aménagement du territoire* » (*CPCE, art. L. 42-1*). L'ARCEP détermine également, dans le cadre défini par la loi, les obligations incombant aux opérateurs, par exemple les obligations de couverture du territoire et de partage de sites radioélectriques (*CPCE, art. D. 98-6-1*). Ce dernier point mis à part, l'ARCEP n'est investie d'aucun pouvoir d'instruction et de contrôle relatif à l'installation ou à la modification des caractéristiques d'une antenne-relais. En qualité de régulateur du spectre hertzien, et puisque sont libres l'établissement et l'exploitation des réseaux de télécommunications ouverts au public, l'ARCEP reçoit principalement les déclarations des nouveaux entrants sur le marché des télécoms (*CPCE, art. L. 33-1*). Le « *gendarme des fréquences* » n'est donc pas « *le gendarme des antennes-relais* ».

L'Agence nationale des fréquences (ANFR) est un établissement public à caractère administratif institué depuis le 1^{er} janvier 1997. Ses missions, définies à l'article L. 43 du CPCE, s'ordonnent autour de

31. Exclusion évidemment faite de tous les ouvrages, équipements, installations et autres qui concourent à « la sécurité de la circulation maritime, fluviale, ferroviaire, routière ou aérienne » ou qui « nécessitent le secret pour des raisons de sûreté ». Ils dérogent toujours au droit commun dans toutes les législations. Le droit de l'urbanisme ne fait pas exception.

32. *CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT : JurisData n° 2018-008095 ; Lebon 2018 ; JCP A 2018, act. 469 ; JCP A 2018, 2333*

33. *CE, 26 oct. 2011, n° 326492, Cne Saint Denis, préc. n° 9.*

plusieurs pôles³⁴. S'agissant de l'implantation des antennes-relais, on relèvera à la fois la mission de gestion des fréquences pour le compte des affectataires³⁵ et la mission de gestion des sites. En effet, par application de l'article L. 43 du CPCE, l'ANFR « coordonne l'implantation sur le territoire national des stations radioélectriques de toute nature afin d'assurer la meilleure utilisation des sites disponibles ainsi que la prévention des brouillages préjudiciables entre utilisateurs de fréquences et assure le respect des valeurs limites d'exposition aux champs électromagnétiques prévues à l'article L.34-9-1. A cet effet, les décisions d'implantation ne sont prises qu'avec son accord ». On relèvera encore la mission de contrôle, en particulier les contrôles administratifs, d'instruction des signalements de brouillages (par ex. de la TNT par les antennes-relais) et de réalisation de mesurages préventifs. On relèvera, enfin et surtout, que par application de l'article R. 20-44-11, 5° dernier alinéa, du CPCE, il entre dans la mission de l'ANFR d'établir et de diffuser les documents répertoires et fichiers relatifs aux stations radioélectriques. Pour accomplir ses missions l'agence dispose de 12 implantations en métropole et en outre-mer.

L'étude analytique des missions respectives de l'ARCEP et de l'ANFR révèle ainsi que le déploiement et l'exploitation des antennes-relais s'opèrent sous le seul contrôle d'un établissement public administratif, non sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante à l'instar d'autres activités sensibles comme le recueil et le traitement données personnelles relevant de la CNIL.

Les finalités de la police spéciale des télécommunications – Dès les origines, la régulation des télécommunications prit une orientation principalement économique, destinée à valoriser l'exploitation du domaine public hertzien. Le Rapport Huet envisageait une politique des fréquences conduite autour de six attributions pour l'ART, dont aucune n'était relative à l'environnement ou à la santé publique : « la centralisation des données sur les assignations de fréquences, le contrôle de l'utilisation du spectre des fréquences, les études d'ingénierie du spectre, l'étude des réaménagements et la révision périodique du spectre, la coordination des fréquences aux frontières et l'élaboration de la position française dans les réunions internationales »³⁶.

La loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications inséra dans l'ancien Code des postes et télécommunications un article L. 32-1 investissant l'ART de sept attributions, dont « la prise en compte de l'intérêt des territoires et des utilisateurs dans l'accès aux services et aux équipements », mais sans viser l'objectif de préservation de la santé publique. Il fallut attendre la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement pour que soit inséré dans l'article L. 32-1-II du CPCE un alinéa 12 bis impliquant que « **Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques prennent dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables pour atteindre les objectifs suivants** »³⁷ : « 12° bis un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé de la population, conjointement avec le ministre chargé de la santé et de

l'environnement ». Toutefois, s'agissant du contrôle de l'installation et du fonctionnement d'une antenne relais précise, l'énoncé de cet objectif est d'une portée pratique limitée dans la mesure où l'ARCEP n'intervient pas. En sa qualité d'autorité administrative indépendante, l'ARCEP se contente en effet d'assigner aux opérateurs les ressources en fréquence et de définir les règles générales applicables à tout ou partie des opérateurs.

Est-ce donc dans les dispositions définissant les missions de l'ANFR qu'il faut rechercher l'existence d'une base légale à préservation de la santé publique ? Ici encore, la législation est quelque peu en trompe-l'œil. L'article L. 43, alinéa 5, du CPCE indique bien que l'agence « assure le respect des valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques prévues à l'article L.34-9-1 ». Le problème est que l'actuel article L. 34-9-1 du CPCE procède par renvoi au décret sans plus de précision. Le seul décret jamais adopté est le décret n° 2002-775 du 3 mai 2002 relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques³⁸, pris dans les conditions rocambolesques de l'entre-deux tours des présidentielles de 2002. Ce décret, antérieur à la constitutionnalisation du principe de précaution, consacre des valeurs limites d'exposition élevées qui dépassent, selon la bande de fréquences considérée, de 4 à 10 fois la valeur de 6 V/m que l'ANFR considère comme le seuil d'une exposition atypique. Ainsi, l'ANFR n'avait donc pas pour mission directe de préserver la santé publique, mais elle devait veiller au non-dépassement de valeurs tellement élevées, qu'en pratique elles étaient rarement dépassées par les opérateurs. Toutefois, puisque l'ANFR assure la gestion des bandes des fréquences dont l'ARCEP est affectataire, on peut considérer que les objectifs de santé publique imposés à l'ARCEP commandent aussi, indirectement, l'action de l'ANFR.

La loi n° 2015-136 du 9 février 2015 marque une avancée nette des considérations de santé publique. Cette avancée tient moins, selon nous, à l'insertion d'un alinéa 12° ter à l'article L. 32-1 du CPCE consacrant le principe utile de « *sobriété de l'exposition du public* »³⁹ qu'à l'obligation faite à l'ANFR de recenser les points atypiques, « *définis comme les lieux où le niveau d'exposition du public aux champs électromagnétiques dépasse substantiellement celui généralement observé à l'échelle nationale* ».

Ces précisions étant apportées, il apparaît que les arrêts précités rendus par le Conseil d'État et par le Tribunal des conflits ont péremptoirement affirmé que, « *le législateur a organisé de manière complète une police spéciale des communications électroniques confiées à l'État ; [...] afin d'assurer, sur l'ensemble du territoire national et conformément au droit de l'Union européenne, d'une part un niveau élevé de protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques émises par les réseaux de communications électroniques, qui sont identiques sur tout le territoire* ». Si l'on ne saurait faire grief au Conseil d'État du caractère quelque peu elliptique de son affirmation selon laquelle les effets des ondes sont identiques en tout point du territoire – même si, précisément, ils diffèrent selon les caractéristiques de l'antenne et de son milieu d'implantation –, en revanche, en 2011 et avant la loi Abeille, il était permis d'être circonspect sur l'existence d'un « *niveau élevé de protection de la santé publique* » alors que l'établissement public administratif instruisant les installations d'antennes relais n'était ni explicitement ni implicitement tenu de veiller au respect de la santé publique.

B. - Les actes administratifs pris dans le cadre de la police des ondes

7 - La consultation du COMSIS et le contrôle de l'ANFR – Si l'article L. 43 du CPCE investit l'ANFR de la mission de contrôler

34. J.-P. Luguern, J.-B. Agnani et I. Hautbois, *Rôle de l'Agence nationale des fréquences*, in *Techniques de l'ingénieur*, 2018, art. E 1 303 ; *Rapp. de l'ANFR 2017*.

35. Sur le fondement des articles L. 41 et s. du CPCE, l'ARCEP affecte les fréquences dont le Premier ministre lui a confié l'assignation comme d'autres autorités (par ex. le Ministère de la défense). Elle procède à l'assignation des fréquences aux opérateurs de téléphonie mobile. « *On entend par assignation de fréquence l'autorisation donnée, par un affectataire, pour l'utilisation par une station radioélectrique d'une fréquence ou d'un canal radioélectrique déterminé selon les conditions spécifiées* » (TBNRBF, publié par arrêté du 11 avr. 2019).

36. *Rapp. Huet*, 1993, p. 53. https://www.anfr.fr/fileadmin/mediatheque/documents/organisation/0_Huet-Preambule.pdf

37. Nous soulignons.

38. O. Cachard, *Le droit face aux ondes électromagnétiques* : Paris, LexisNexis, 2016, p. 121 s.

39. Toujours garantie par l'ARCEP et non l'ANFR...

l'implantation des antennes-relais sur le territoire pour les fréquences assignées (ne relevant pas du CSA), toutes les antennes-relais ne sont pourtant pas soumises au même régime. Logiquement, la PIRE⁴⁰ de l'antenne détermine le régime qui lui est applicable dans la mesure où une puissance élevée accroît le risque de brouillage et le risque sanitaire en champ proche. Le principe est que toute décision d'implantation est soumise à « un accord » de l'ANFR. Cependant, un arrêté non codifié du 17 décembre 2007 pris en application de l'article R. 20-44-11 du CPCE exonère totalement les stations dont la PIRE est inférieure à 1 W ; il n'exige qu'une simple information pour les stations dont la PIRE est comprise entre 1 et 5 W. On peut alors s'interroger sur la méthode de calcul qui prévaudra pour les grappes d'antennes miniaturisées implantées à l'occasion du déploiement du réseau 5G⁴¹. Seront-elles soumises au régime d'accord ?

Les demandes d'implantation ou de modification des stations sont formulées par les opérateurs qui communiquent par téléprocédure les caractéristiques techniques de l'antenne nécessaires à son contrôle, en particulier son constructeur, sa référence, les puissances minimale et maximale, ou le gain d'antenne⁴². Ces données techniques précises, versées dans la base de données STATIONS, sont mises à disposition d'un organe interne à l'ANFR, le *Comité des sites et servitudes* (COMSIS) et sont circularisées toutes les semaines auprès des opérateurs de téléphonie mobile affectataires de fréquences. Le COMSIS a été créé par une simple décision du directeur général⁴³, sans que ses règles de composition ne soient fixées par le CPCE et sans que sa composition effective ne fasse l'objet d'une information raisonnablement accessible, ce qui entretient une certaine opacité. Il est possible de supposer que, selon les principes de la comitologie, ce comité soit une émanation du conseil d'administration de l'ANFR et qu'il a donc une coloration interministérielle.

Seuls les représentants siégeant au COMSIS, les agents de l'ANFR et les opérateurs mobiles assignataires de fréquences ont accès aux données techniques alimentant la base STATIONS. Ni le public, ni des représentants des associations d'usagers, ni même les nouveaux opérateurs n'ont accès à ces informations précises qui font donc l'objet d'une publicité asymétrique. Pendant un temps, la CADA en refusait même la communication aux administrés, mais elle décide désormais que ces informations « sont communicables à toute personne qui en fait la demande sans que le secret en matière commerciale et industrielle puisse fonder le refus de communiquer les documents obtenus »⁴⁴. Le public, pour sa part, ne peut facilement accéder qu'aux informations mises en lignes sur le site cartoradio.fr, à savoir les dates d'autorisation de la station, les bandes de fréquences et les mesures de CEM réalisées par l'ANFR à proximité. Il s'agit donc d'un « cadastre des antennes », remarquables à certains égards mais incomplet et ne permettant pas à des tiers d'apprécier par eux-mêmes le bien-fondé de l'accord.

Cette circularisation asymétrique de l'information a donné lieu à une saisine pour avis de l'Autorité de la concurrence⁴⁵. Celle-ci, se plaçant sur le strict terrain du droit de la concurrence, est d'avis que le système de circularisation aux seuls opérateurs assignataires de fréquences favorise les premiers entrants en ce qu'il leur permet « de reconstituer virtuellement l'ingénierie globale du réseau des autres opérateurs, notamment le maillage retenu et les combinaisons entre couverture par micro-cellules (mini-antennes relais et macro-cellules)⁴⁶ ». En revanche, les nouveaux entrants sont exclus du bénéfice de cette information. L'Autorité en conclut qu'« il est ainsi souhaitable de donner à tout nouvel entrant la possibilité d'accéder aux informations consolidées relatives aux sites radioélectriques des opérateurs de téléphonie mobile circularisées jusqu'à présent dans le cadre de la COMSIS »⁴⁷.

En pratique, il semble que seuls les opérateurs assignataires concernés par l'implantation voisine d'une station procèdent à l'analyse du risque de brouillage résultant de la nouvelle implantation. Et encore le brouillage se produit-il rarement entre deux antennes relais de téléphonie mobile, mais plus souvent entre une antenne-relais et une antenne de la TNT. Quant au contrôle de l'exposition aux CEM, il incombe en pratique aux membres de l'agence qui, selon le dernier Rapport annuel disponible ont dû instruire 68037 dossiers en 2017. Il est permis de douter qu'un tel flux, qui devrait s'accroître avec le déploiement de la 5G, rende possible un contrôle approfondi. Dans la plupart des cas, la décision de l'agence prend donc la forme d'une décision implicite d'accord. Tel est le sens de l'article R. 20-44-11-5° alinéa 3 du CPCE disposant que « *Devant le silence gardé par l'agence, l'avis ou l'accord est réputé acquis au terme d'un délai de deux mois après la saisine de l'agence* ». S'agissant des antennes relais le silence gardé par l'ANFR pendant 2 mois vaudra bien « accord », la procédure d'avis concernant les émetteurs audiovisuels relevant du contrôle du CSA.

Les voies de droit – Concernant l'accord de l'ANFR, il doit être qualifié d'acte administratif individuel pris au bénéfice de l'opérateur ayant procédé soit à une simple déclaration préalable pour les stations dont la PIRE est comprise entre 1 W et 5 W, soit à une demande d'autorisation pour les stations dont la PIRE est supérieure à 5W. L'exercice d'un droit au recours effectif des riverains implique de distinguer la question de la publicité de cet acte administratif, de la possibilité de le remettre en cause.

Concernant la publicité de l'accord, la pratique constatée est que la décision implicite de l'ANFR ne fait l'objet d'aucune autre mesure de publicité que celle contenue dans une fenêtre *pop up* s'ouvrant par un clic sur l'adresse postale de la station sur le site www.cartoradio.fr. L'identité du pétitionnaire, la date de la mesure individuelle implicite et la localisation de la station y sont résumées sous forme d'une fiche synthétique⁴⁸.

Toute la question est de savoir à quel moment cette mesure individuelle implicite est publiée, étant précisé que, selon l'instruction conduite par l'Autorité de la concurrence, la mesure est prise jusqu'à

40. Puissance isotrope rayonnée équivalente. La PIRE fait référence à la puissance de sortie, après prise en compte du gain d'antenne (et non à la puissance d'entrée), O. Cachard, *Le droit face aux ondes électromagnétiques*, préc. n° 36, Focus n° 2, p. 43.

41. Les ondes millimétriques des fréquences retenues pour la 5G ayant un plus faible pouvoir de pénétration du bâti, l'hypothèse peut être formulée que leur puissance pourrait être augmentée.

42. V. ANFR, *Formulaire de déclaration de site et assignations. Guides de constitution d'un dossier COMSIS*.

43. Décision n° 62-2015, 4 juin 2015, prise au visa des articles L. 43 et R. 20-44-10 à R. 20-44-18 du CPCE.

44. CADA, conseil n° 20111262, 14 nov. 2011. – Sur le caractère communicable des résultats de mesures des débits d'absorption spécifique, après le *phonegate*, CADA, conseil n° 20171156, 27 avr. 2017.

45. *Aut. conc., avis n° 11-A-20, 15 déc. 2011 relatif aux modalités de communication des données relatives aux sites radioélectriques des opérateurs mobiles*.

46. *ibid.*, § 78, p. 15.

47. *ibid.*, § 93, p. 15.

48. La fenêtre porte la mention suivante : « Les informations relatives aux caractéristiques radioélectriques sont fournies par les exploitants des stations radioélectriques concernées. Elles résultent de la mise en œuvre de la procédure administrative prévue par le cinquième alinéa de l'article L43 du code des postes et des communications électroniques au titre de la coordination de l'implantation des stations radioélectriques sur le territoire national. **La publication des accords d'implantation, et de chaque dernière modification, est assurée par la mise en ligne des informations relatives à leur existence et à leur contenu qui intervient 3 jours après la date de l'accord de l'ANFR**, à l'exception de ceux délivrés avant le 12 juillet 2012 qui ont été publiés le 15 juillet 2012 ».

20 mois avant l'installation effective de la station. La seule indication relative à la politique de publication de l'ANFR réside dans une mention des synthétiques sur Cartoradio indiquant que « La publication des accords d'implantation, et de chaque dernière modification, est assurée par la mise en ligne des informations relatives à leur existence et à leur contenu qui intervient 3 jours après la date de l'accord de l'ANFR ». Il en résulte que la date de publication effective n'est pas indiquée par un système d'horodatage, comme cela serait techniquement possible. La date de publication doit être extrapolée *a posteriori* en partant de la date d'accord.

Or, si l'opportunité plaide déjà pour une publicité immédiate de l'information dans l'intérêt du public, tandis que l'intérêt des opérateurs primo-entrants plaide pour une publicité différée de plusieurs mois, le droit positif semble contrarier la pratique de l'ANFR.

En vertu de l'article R. 20-44-11, 5° al. 5 du CPCE « *En liaison avec les services et organismes compétents, elle [l'ANFR] établit et diffuse les documents, répertoires et fichiers relatifs aux stations radioélectriques et aux zones de groupement des stations radioélectriques* ». Une telle obligation réglementaire – d'ailleurs rappelée on l'a dit, très timidement sur le site Cartoradio – oblige l'ANFR à publier tous documents relatifs aux antennes relais, en particulier les accords donnés aux opérateurs. Cela signifie que les dossiers déposés en vue de tels accords ainsi que les réponses (non-opposition ou autorisation) de l'ANFR doivent être publiés.

Or, l'article L. 232-2 du CRPA dispose que « *Dans le cas où la décision demandée peut être acquise implicitement et doit faire l'objet d'une mesure de publicité à l'égard des tiers lorsqu'elle est expresse, la demande est publiée par les soins de l'administration, le cas échéant par voie électronique, avec l'indication de la date à laquelle elle sera réputée acceptée si aucune décision expresse n'est intervenue* ».

Cette exigence est conditionnée par le fait que la mesure doit faire l'objet « *d'une mesure de publicité à l'égard des tiers lorsqu'elle est expresse* ». Or, il résulte implicitement mais nécessairement de la formule réglementaire selon laquelle « *elle [l'ANFR] établit et diffuse les documents, répertoires et fichiers relatifs aux stations radioélectriques* » que tel est le cas. Car si les accords donnés par l'ANFR peuvent être implicites (CPCE, art. R. 20-44-11, 5°, al. 3), l'alinéa 5 du même article oblige leur diffusion, c'est-à-dire leur publication à l'égard des tiers.

En conséquence, l'ANFR devrait non seulement publier la demande de chaque opérateur, mais elle devrait le faire **antérieurement** à la date à laquelle elle sera réputée acceptée. Or, la pratique actuelle aboutissant à ce que le public ne connaisse ni la date de la circularisation des dossiers au COMSIS, ni la date de la mesure implicite d'accord de l'ANFR, est manifestement incompatible avec les conditions posées par le CRPA.

OBSERVATIONS

Cette violation du droit est cependant sans conséquence sur la légalité de la mesure prise. Toutefois, procéduralement, elle empêche le déclenchement du recours contentieux dans les conditions fixées par l'article R. 421-1 du CJA. Tout au plus, et à compter de la mesure effective et suffisante de publicité, le délai jurisprudentiel d'un an justifié par le principe de sécurité juridique⁴⁹ pourrait être applicable, indépendamment des délais prévus par le CJA. Bien évidemment, pareille violation des conditions légales pourrait, le cas échéant, engager la responsabilité pour faute de l'ANFR.

OBSERVATIONS

Il semble également possible de reconnaître à toute personne intéressée (dont les riverains) une autre voie de droit. Puisque désormais, un point atypique est caractérisé lorsque la station radioélectrique autorisée par l'ANFR génère des CEM d'un niveau supérieur à 6 V/m, l'ANFR – explicitement « *chargée de la gestion du dispositif de surveillance et de mesure des ondes électromagnétiques* » (CPCE, art. R. 20-44-11-17°) – doit se conformer aux exigences d'action continue et de réévaluation de ses décisions qui, sans être spécifiques à la précaution sanitaire, y trouvent cependant un terrain privilégié d'épanouissement⁵⁰. Ainsi, selon la jurisprudence *Commune de Crégols*⁵¹ : « *une mesure de police n'est légale que si elle est nécessaire au regard de la situation de fait existant à la date à laquelle elle a été prise, éclairée au besoin par des éléments d'information connus ultérieurement* ». Dès lors que l'ANFR est saisie d'éléments constitutifs de la reconnaissance d'un point atypique, elle doit réexaminer l'accord précédemment octroyé, et le cas échéant abroger l'autorisation. En effet, La police des ondes a explicitement intégré les objectifs de protection de la santé publique et, depuis la loi Abeille, de sobriété d'exposition.

Soutenir le contraire reviendrait à considérer que le principe de précaution, dans ses dimensions sanitaire et environnementale, est inapplicable à l'ANFR. ■

MOTS-CLÉS : Urbanisme - Antenne-relais
Sécurité / Police - Police des ondes
Sécurité / Police - Police spéciale des télécommunications
Environnement - Principe de précaution

49. CE, ass., 13 juill. 2016, n° 387763 : *JurisData* n° 2016-013776 ; Lebon 2016, p. 340, concl. O. Henrard ; Dr. adm. 2016, comm. 63, note G. Éveillard ; Procédures 2016, comm. 312 ; JCP A 2017, 2053, chron. O. Le Bot ; JCP A 2016, 2238, note H. Pauliat ; JCP G 2016, 1396, note X. Souvigne.

50. S. Renard, *La police sanitaire aux temps de la précaution* : RDSS 2019, p. 463 s.

51. CE, 31 août 2009, n° 296458, *Cne Cregols* : *JurisData* n° 2009-007925 ; JCP A 2009, 2288.