

L'antenne-relais, les deux juges et le principe de précaution

L'implantation de stations de base et d'antennes-relais de téléphonie mobile¹ suscite, de la part des riverains des sites choisis, des appréhensions quant à l'impact de ces équipements sur leur santé. Ces appréhensions sont alimentées par certaines études internationales, à tout le moins par l'incertitude scientifique, inévitable étant donné le manque de recul lié au développement rapide et récent des technologies sans fil, quant aux effets, à long terme, de l'exposition aux champs électromagnétiques sur la santé.

Dans des cas de plus en plus fréquents, les riverains d'une antenne-relais tentent d'obtenir en justice, soit l'interdiction de l'installation projetée, soit le démantèlement de celle-ci. Les justiciables se trouveront alors face, soit à la commune s'ils ont contesté l'absence d'opposition à une déclaration de travaux ou le permis de construire, soit à l'opérateur lui-même s'ils ont visé l'opération d'installation proprement dite. Plus rarement, c'est l'opérateur qui déférera au juge un acte de la collectivité publique, celle-ci ayant, soit entrepris de résilier une convention d'occupation du domaine public bénéficiant à un opérateur, soit pris une mesure de police réglementant plus sévèrement l'implantation de ces équipements.

Les moyens développés à l'occasion de ces contentieux font la part belle au principe de précaution. Rappelons qu'introduit dans la charte de l'environnement de 2004, elle-même attirée dans la Constitution française par la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005, ce principe oblige les autorités, en présence d'un risque que les connaissances du moment ne permettent pas d'affirmer ni d'évaluer, à prendre les mesures provisoires propres à prévenir la réalisation du dommage². Les opérateurs, qu'ils soient à l'initiative de l'action ou qu'ils viennent en défense, s'attacheront à démontrer que le litige ne se situe pas dans le champ d'application du principe ou qu'en égard aux connaissances acquises, aucune mesure particulière ne s'impose au-delà la réglementation existante.

Or, ces contentieux ne seront pas tous soumis au même juge.

L'installation, par un opérateur d'une antenne-relais de téléphonie mobile est en effet susceptible d'être appréhendée à la fois :

- par le juge judiciaire dès lors qu'il s'agit d'un travail privé (une antenne ne constitue pas un ouvrage public et en outre, la téléphonie mobile ne relève plus du service

¹ Dans la suite de cet article, l'appellation unique « antennes-relais » sera utilisée pour désigner les deux types d'installations.

² Article 5 de la charte de l'environnement : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre des procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». L'article 1^{er} précise pour sa part que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

public depuis la loi n°96-659 du 26 juillet 1996), portant atteinte à la jouissance, par un justiciable, d'une propriété privée (trouble anormal de voisinage) ; en référé, le justiciable pourra soutenir que le projet d'installation constitue un dommage imminent ou que les travaux sont à l'origine d'un trouble manifestement illicite ;

- par le juge administratif dès lors que cette opération est prévue par le droit de l'urbanisme, qui la soumet, selon la dimension de l'installation, soit à un permis de construire, soit, dans le cas le plus fréquent, à une déclaration de travaux ; dès lors également qu'elle suppose, dans certains cas, l'occupation d'une dépendance du domaine public ; dès lors enfin que les maires, en vertu de leur pouvoir de police, peuvent chercher à encadrer, par des règlements administratifs, de telles implantations. Dans ce cas également, la voie du référé pourra être empruntée.

Le fait qu'un contentieux soit partagé entre les deux ordres de juridictions n'a rien d'exceptionnel ; il se retrouve dans bien d'autres domaines, par exemple, en droit des contrats ou en droit des assurances. Il peut donner lieu à des échanges intéressants et à des enrichissements croisés, comme c'est le cas, par exemple, avec le contentieux de la responsabilité médicale. Plus prosaïquement, il est inévitable : partout où il y a des frontières (en l'espèce, entre deux ordres de juridiction), il y a des régions frontalières.

Une insatisfaction peut apparaître, en revanche, quand une question, apparemment unique, reçoit deux réponses différentes selon le juge auquel elle est soumise. Or, c'est le cas en l'espèce : en schématisant quelque peu, on peut dire qu'à la question « le principe de précaution peut-il conduire à limiter l'implantation des antennes-relais au-delà de ce qu'impose la réglementation actuelle ? » le juge judiciaire a tendance à répondre par l'affirmative, tandis que le juge administratif rendra le plus souvent une réponse négative. Pourquoi ?

Il existe deux types de réponse. En premier lieu, cette opposition s'explique en partie par une différence d'approche ; en fonction des corpus de textes qu'ils appliquent et des méthodes de jugement qu'ils se donnent, les deux juges ne se poseront pas la question de la même manière, et la forme de la question commandera en partie la teneur de la réponse.

Toutefois cette explication ne rend pas compte de l'intégralité de la différence, et il faut mentionner, en second lieu, une divergence d'interprétation du contenu du principe de précaution et des conséquences qu'il faut en tirer, ainsi une lecture divergente des données scientifiques actuelles sur la question.

1. Une différence d'approche qui découle des textes ou des méthodes de jugement

Alors que le juge judiciaire se donne, pour l'appréciation du trouble de voisinage, l'angle d'appréciation le plus large, le juge administratif est le plus souvent contraint, ou se contraint lui-même, quant aux principes applicables, même si un rapprochement a été esquissé récemment.

1.1. l'approche ouverte du juge judiciaire

Qu'il s'interroge, en référé, sur l'existence d'un trouble manifestement illicite, ou qu'il examine, au fond, la réalité d'un trouble anormal de voisinage, le juge judiciaire ne s'interdit, a priori, de prendre en ligne de compte aucune catégorie de considération. Il prendra en considération aussi bien les éléments d'ordre général (contexte juridique, état des connaissances scientifiques) que les données locales, pour caractériser la situation qui lui est soumise. Ainsi, il ne verra pas son raisonnement contraint par des critères énumérés à l'avance mais pourra accueillir toute considération soulevée par les parties.

Doté de ce large angle d'attaque, le juge judiciaire pourra donc plus facilement accueillir les arguments tirés du principe de précaution, et d'une manière plus générale, d'ailleurs, de l'incertitude scientifique et de la crainte qui en résulte pour les riverains d'antennes.

Cet angle d'approche très largement ouvert est notamment illustré par l'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles (14^{ème} chambre) le 4 février 2009, sur appel de la société Bouygues Télécom³. Pour conclure à l'existence d'un trouble anormal de voisinage, le juge ne s'arrête pas à la licéité de l'opération de travaux au regard notamment du décret du 3 mai 2002, mais passe en revue l'état de la réflexion scientifique⁴, laquelle conclut systématiquement à la nécessité de poursuivre les études, pour en déduire que subsiste, s'agissant de l'innocuité de l'exposition aux antennes-relais, une incertitude « sérieuse et raisonnable », suscitant chez les riverains une « crainte légitime », constitutive, précisément, du trouble anormal de voisinage, dès lors que cette crainte a pour objet la santé des personnes. Le juge judiciaire arrive à cette conclusion au terme d'un examen fort exhaustif des intérêts en présence, dans lequel aucune série d'argument n'a, a priori, un poids supérieur à celle des autres.

La question n'a pas, à ce jour, été examinée par la Cour de cassation (ce qui affaiblit la pertinence de la comparaison avec la jurisprudence du Conseil d'Etat), la société Bouygues Télécom s'étant, le 1^{er} avril 2010, désistée de son pourvoi contre l'arrêt susmentionné.

1.2. Droit de l'urbanisme, contrôle des mesures de police : l'approche plus contrainte du juge administratif en dépit d'évolutions récentes

1.2.1. Le contrôle des mesures de police : un régime particulier de charge de la preuve

S'agissant du contrôle des mesures de police, telles les arrêtés des maires qui cherchent, soit à fixer des normes d'exposition plus basses, soit à imposer des périmètres de protection autour de sites sensibles (écoles, crèches, établissements de soin), il est loisible au juge administratif de faire appel à une large palette de considérations. Cependant, dans ce type de contentieux, c'est la méthode retenue qui va, finalement, s'avérer défavorable au principe de précaution.

En matière de police, la méthode exposée par le célèbre arrêt du 19 mai 1933 *Benjamin*, et toujours suivie depuis, consiste à exiger que l'autorité auteur d'une mesure de police fasse la

³ On peut citer, dans le même sens, un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 20 septembre 2005, mais dont la motivation est moins détaillée.

⁴ L'arrêt cite les appels de Salzbourg en 2000, de Fribourg en 2002, de Bamberg en 2004, d'Helsinki en 2005, la résolution de Benevento en 2006 ainsi que le rapport BioInitiative du 31 août 2007 et l'écho qu'il a reçu auprès du parlement européen.

preuve de la proportionnalité de celle-ci par rapport à l'atteinte aux libertés qu'elle engendre. Autrement dit, la charge de la preuve repose sur l'autorité de police : c'est à elle de démontrer la nécessité de sa décision ; en face, la liberté menacée se défend, pour ainsi dire, par sa seule existence.

Pareille méthode est particulièrement adaptée à une situation où l'autorité publique apparaît comme la principale source potentielle d'atteinte aux libertés. Mais qui dit preuve, dit certitude : seuls des éléments bien établis peuvent avoir valeur de preuve. Or le principe de précaution s'attache, précisément, aux situations d'incertitudes. En pareil cas, il sera difficile de prouver qu'une mesure est nécessaire ou proportionnée, puisque le risque n'est pas précisément cerné. Il en résulte que le principe de précaution « passera mal la barre » du contrôle de proportionnalité, alors que face à lui, la liberté du commerce et de l'industrie a de forts arguments à faire valoir. C'est ainsi que l'on peut lire la décision des 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies du 2 juillet 2008 *Société Française du radiotéléphone*.

1.2.2. Le droit de l'urbanisme : une ouverture par rapport à une approche antérieure très contrainte

Le juge administratif connaît à titre principal du contentieux de l'implantation des antennes-relais par le biais du droit de l'urbanisme. Or, celui-ci encadre précisément les conditions dans lesquelles l'administration peut s'opposer à une déclaration de travaux ou refuser un permis de construire. La raison en est que le droit de propriété emporte en principe le droit de construire, auquel l'administration ne pourra s'opposer que pour des motifs bien circonscrits.

Partant de ces principes, le juge administratif en a longtemps déduit que l'autorité administrative ne pouvait s'opposer aux travaux réalisés sur déclaration, en application des articles L. 422-1 et R. 422-2 du code de l'urbanisme, que motif pris d'autres dispositions d'urbanisme ou de servitudes, ou encore de règles nationales d'urbanisme (Conseil d'Etat, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 20 avril 2005, *Sté Bouygues Télécom*). Autrement dit les motifs d'opposition (qu'ils soient de fond ou de procédure) devaient être puisés dans le droit de l'urbanisme, sans que puisse intervenir une préoccupation « étrangère » à ce droit, fût-elle d'application a priori transversale comme le principe de précaution.

Certaines décisions mentionnaient le « principe d'indépendance des législations » qui reflète bien cette idée.

Cette position a subi néanmoins un infléchissement récent au terme duquel le juge administratif accepte de prendre en compte le principe de précaution. En effet, dans la décision du 19 juillet 2010 *Association du quartier « les Hauts de Choiseul »*, le Conseil d'Etat, après avoir relevé que le principe de précaution présent dans la Constitution ne renvoyait pas aux dispositions législatives tendant à le mettre en œuvre (contrairement à ce qu'il en est, notamment du droit de grève), en a déduit qu'il avait vocation à s'appliquer directement en droit de l'urbanisme ; qu'il avait, en somme, une vocation transversale, qui conduit à écarter l'ancien principe d'indépendance des législations. En acceptant d'examiner les décisions d'urbanisme au regard du principe de précaution, le juge administratif a rapproché sa méthode de celle, ouverte, du juge judiciaire.

Cependant, cette récente ouverture est assortie d'importantes limites : d'une part, le maire se voit attribuer, dans l'application dudit principe, une large marge d'appréciation qui n'est

contrôlée que sous l'angle de l'erreur manifeste, restriction qui n'existe pas chez le juge judiciaire ; en second lieu, sur le fond, l'appréciation du juge administratif sur les conséquences qu'il convient de tirer, pour l'application du principe de précaution, de l'état actuel des connaissances n'est pas la même que celle des juridictions judiciaires (cf infra).

Approche ouverte du juge judiciaire, approche initialement plus cloisonnée du juge administratif : les méthodes de jugement des deux ordres de juridiction divergeaient profondément et expliquaient en grande partie les différences observées sur le fond. Récemment, le juge administratif a entamé une évolution vers une appréciation plus ouverte. Cette convergence en termes de méthode peut toutefois contribuer à rendre plus manifestes encore les appréciations non concordantes portées au fond par l'un et l'autre juge dans ce contentieux particulier.

2. Une différence de fond moins aisément explicable

Le juge administratif n'est pas contraint dans tous les cas par les textes applicables. Il arrive qu'il puisse, un peu comme le juge judiciaire, appréhender la situation à partir de considérations plus hétérogènes. Il a, comme on l'a vu, récemment consenti à examiner à l'aune du principe de précaution des décisions d'urbanisme autrefois « protégées » par le principe d'indépendance des législations. Cependant, même dans ces cas, sa réponse sera souvent différente de celle de ses collègues judiciaires.

2.1. Une lecture différente du contexte scientifique et du principe lui-même

A l'instar de la cour d'appel de Versailles, les juges judiciaires sont sensibles à l'incertitude qui entoure les données scientifiques actuelles sur les effets sanitaires des champs électromagnétiques. Le tribunal de grande instance d'Angers, dans son ordonnance de référé du 5 mars 2009 relatif au projet d'installation d'une antenne-relais sur une église proche d'une école à Notre-Dame d'Alençon, souligne ainsi l'ancienneté (1999) de la recommandation européenne qui fonde la norme actuelle, et la remise en cause dont elle a fait l'objet, notamment par le Parlement européen lui-même. Il relève que d'autres Etats ou collectivités publiques ont adopté des seuils plus contraignants. Il en conclut, déplorant la faiblesse des informations fournies par l'opérateur et l'absence de toute démarche de concertation, que le projet d'installation méconnaît le principe de précaution et est susceptible de faire naître un dommage imminent, pour faire défense à l'opérateur de réaliser l'opération prévue.

De la même façon, le tribunal de grande instance de Créteil (ordonnance de référé du 11 août 2009), tout en relevant que les études en la matière ne sont pas toujours concordantes, tire de leur lecture le constat de l'existence d'un risque découlant, pour les riverains, de la propagation des ondes émises par les antennes-relais. Ce risque, par le truchement du principe de précaution, est à l'origine d'un trouble manifestement illicite justifiant, en référé, l'interdiction de l'opération.

Pour sa part, examinant une décision de résiliation d'une convention d'occupation du domaine public prononcée par une collectivité publique, le juge administratif doit examiner la question

de savoir si un motif d'intérêt général justifie cette résiliation. Ce critère d'intérêt général est a priori assez synthétique pour faire place aux considérations tirées du principe de précaution.

Cependant, dans la décision du Conseil d'Etat, 8^{ème} et 3^{ème} sous-section réunies, 19 mai 2003 *société SPM Télécom*, le Conseil estime, d'une part, et l'on rejoint ici le constat d'une différence fondée sur une différence de méthode, que le motif d'intérêt général justifiant la résiliation du contrat ne peut être tiré de l'objet même du service, et d'autre part, qu'en l'absence d'éléments scientifiques nouveaux de nature à établir l'existence de risques sérieux pour la santé publique, le principe de précaution ne peut valoir « motif d'intérêt général » permettant la résiliation de la convention d'occupation. Les deux ordres de différences sont présents ici : différence d'approche avec l'indépendance des législations, différence de fond avec le constat d'absence de preuve d'un risque sérieux pour la santé publique.

Cette différence d'appréciation au fond se retrouve dans la décision déjà mentionnée des 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies du 2 juillet 2008, *Société française du radiotéléphone*. L'opérateur s'opposait ici, en référé, contexte propice à l'accueil d'une large gamme de considérations, à l'application d'un arrêté du maire de Créteil imposant, autour de certains établissements, un périmètre de sécurité faisant obstacle à l'installation d'antennes. Dans sa décision, le Conseil d'Etat ne relève pas d'éléments de nature à accréditer l'hypothèse, en l'état des connaissances scientifiques, de risques pour la santé publique pouvant résulter de l'exposition du public aux champs électromagnétiques, alors même que les documents pris en compte par le juge judiciaire de Versailles (étude Reflex, rapport BioInitiative) étaient connus à la date de l'arrêt.

Dans une autre affaire, également en référé, le juge administratif, qui s'est appuyé sur un rapport, il vrai dépassé aujourd'hui, remis au ministre de la santé en janvier 2001, n'a pas regardé pas les préoccupations liées à la santé publique comme pouvant faire obstacle à l'installation d'une antenne-relais, en l'espèce dans la commune de Vallauris (Conseil d'Etat, 7^{ème} sous-section, 22 août 2002, *société SFR*). On peut mesurer la différence d'appréciation avec le juge judiciaire, alors que le contexte, celui du référé, se prête particulièrement bien à la comparaison.

Enfin, dans la récente affaire *Association du quartier des hauts de Choiseul*, le juge administratif a estimé que l'état des connaissances scientifiques sur l'exposition des populations aux champs électromagnétiques n'imposaient pas au maire, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose, de s'opposer au projet d'installation d'antennes. L'ouverture méthodologique ne s'accompagne donc pas d'une ouverture au fond.

Au-delà d'une lecture différente des documents scientifiques, rarement directement conclusifs et sujets, dès lors, à des interprétations divergentes, on peut se demander si les deux juges n'ont pas une lecture différente du principe lui-même et des exigences dont il est porteur. Ainsi, le juge judiciaire relève « qu'aucun élément ne permet d'écarter péremptoirement l'impact sur la santé publique de l'exposition de personnes à des ondes ou des champs électromagnétiques » (cour d'appel de Versailles), tandis que le Conseil d'Etat se fonde sur « l'absence de risques graves et avérés » (décision du 2 juillet 2008). A la lettre, aucune de ces deux affirmations n'est fautive, mais rappelons que le principe de précaution s'attache, précisément, aux situations où la réalisation du dommage est « incertaine en l'état des connaissances scientifiques.... ».

2.2. La prise en compte d'autres considérations d'intérêt général

Il faut enfin observer que quand il se donne, comme le juge judiciaire, un champ d'appréciation permettant d'accueillir des préoccupations plus large, le juge administratif y fait également entrer des préoccupations de nature à contrebalancer le principe de précaution. Ainsi, dans l'affaire de Saint-Pierre-et-Miquelon, l'intérêt qu'il y a à acheminer les appels des bateaux en détresse est souligné pour justifier le maintien de l'antenne litigieuse ; dans l'affaire de Créteil, l'intérêt d'une couverture du territoire par la technologie UMTS ainsi que les obligations imposées à l'opérateur par l'autorité de régulation, sont prises en considération. Ce motif est également présent dans la décision du 19 juillet 2010 *association du quartier « les Hauts de Choiseul »* dans laquelle le juge estime que la société Orange, qui s'est engagée à couvrir le territoire nationale en téléphonie mobile UMTS, participe à la réalisation d'une mission reconnue par la loi comme de service public.

Confronté au même argument tiré de l'obligation de couverture assortie le cas échéant de pénalités financière, le juge judiciaire, quant à lui, a plutôt tendance à voir dans les engagements de couverture du territoire par l'UMTS, souscrits par les opérateurs, de simple engagements contractuels, et à écarter le moyen dans les termes suivants : « l'invocation de la stipulation de pénalités contractuelles n'apparaît pas appropriée à la problématique environnementale et de santé publique qui fonde le présent litige » (jugement du tribunal de grande instance d'Angers du 5 mars 2009).

Le juge administratif fait donc de la littérature scientifique une lecture différente de celle du juge judiciaire ; il élève, par rapport à ce dernier, l'exigence de la preuve d'un risque au niveau de la preuve d'un danger ; il est également plus prompt à opposer à l'application du principe de précaution, d'autres considérations d'intérêt général.

Toujours est-il qu'il en résulte une fâcheuse impression de contradiction pouvant donner aux justiciables le sentiment que leur litige recevra une réponse différente selon le juge auquel il sera soumis, ce qui n'est pas très satisfaisant.

Les opérateurs de téléphonie mobile ne s'y sont pas trompés, qui fondent aujourd'hui leur stratégie contentieuse sur des conclusions d'incompétence du juge judiciaire, au profit du juge administratif, même dans des litiges où, en l'absence de tout élément d'ouvrage public, de service public ou de domanialité publique, la composante de droit public est bien tenue, et dans lesquels la notion éminemment civiliste de trouble anormal de voisinage occupe une place centrale.

Espérons que la publication de nouvelles études scientifiques, ou bien l'organisation de rencontres et d'échanges sur ce sujet, permettront à tout le moins d'aboutir à une meilleure convergence de vues.

Agnès Fontana

Détachée dans les fonctions de maître des requêtes au Conseil d'Etat