

CONSEIL D'ETAT
statuant
au contentieux

**N^{os} 446302, 446494, 446643,
452518, 452520, 452522, 452524**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ASSOCIATION PRIARTEM et autres

M. Sébastien Gauthier
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies)

M. Philippe Ranquet
Rapporteur public

Sur le rapport de la 2^{ème} chambre
de la Section du contentieux

Séance du 10 septembre 2021
Décision du 6 octobre 2021

Vu les procédures suivantes :

1°/ Sous le n° 446302, par une requête, enregistrée le 10 novembre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, les associations Pour Rassembler, Informer et Agir contre les Risques liés aux Technologies ElectroMagnétiques (PRIARTEM) et Agir pour l'environnement demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, la décision n° 2020-0329 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) en date du 31 mars 2020 relative au compte rendu de l'instruction des dossiers de candidatures reçues et au résultat de la phase d'attribution des blocs de 50 MHz dans le cadre de la procédure d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public et, d'autre part, la décision n° 2020-1160 de l'ARCEP en date du 20 octobre 2020 relative au compte rendu et au résultat de la procédure d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

2°/ Sous le n° 446494, par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 16 novembre 2020, ainsi que les 3 mai et 19 août 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, les associations Pour Rassembler, Informer et Agir contre les Risques liés aux Technologies ElectroMagnétiques (PRIARTEM) et Agir pour l'environnement demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir les décisions n° 2020-1254, n° 2020-1255, n° 2020-1256 et n° 2020-1257 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) en date du 12 novembre 2020 autorisant respectivement les sociétés Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange et SFR à utiliser des fréquences dans la bande 3,4 – 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

2°) à titre subsidiaire, de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

- « Un ensemble de textes tel que celui formé par le décret du 3 mai 2002, l'arrêté du 30 décembre 2019 et les décisions d'attribution de fréquences dans la bande des 3,5 GHz en France, peut-il être considéré comme un plan ou programme élaboré dans le secteur des télécommunications au sens de l'article 3 de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, dans la mesure où cet ensemble encadre l'aménagement numérique du territoire pour le déploiement de la 5G sur la bande 3,4 – 3,8 GHz, en définissant des obligations, notamment de couverture pour des territoires précis, à la charge des opérateurs, impose un calendrier pour ce déploiement, et fixe des valeurs limites pour le niveau d'exposition du public aux ondes ? » ;

- « Dans le cas d'un ensemble formé par différents textes se combinant entre eux pour former un plan ou programme, lorsqu'un de ces textes n'a pas fait l'objet d'une évaluation environnementale en vertu de la directive 2001/42/CE, l'évaluation environnementale doit-elle porter sur l'ensemble de ces textes ou uniquement sur ceux dont le processus d'adoption est postérieur à la transposition de la directive dans l'Etat membre ? » ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

3°/ Sous le n° 446643, par une requête, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés le 19 novembre 2020, ainsi que les 26 mai et 3 septembre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mmes Marie-Christine Dubois, Muriel Raulic et Isabelle Robichon, l'association Liberté Environnement Bretagne, Mmes Nadia Messaoudi et Patricia Samoun demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, la décision n° 2020-0329 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la

presse (ARCEP) en date du 31 mars 2020 relative au compte rendu de l'instruction des dossiers de candidatures reçues et au résultat de la phase d'attribution des blocs de 50 MHz dans le cadre de la procédure d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public et, d'autre part, la décision n° 2020-1160 de l'ARCEP en date du 20 octobre 2020 relative au compte rendu et au résultat de la procédure d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

2°) d'enjoindre à l'ARCEP de communiquer les décisions, procès-verbaux et rapports relatifs à l'attribution des autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

3°) d'annuler par voie de conséquence les décisions n° 2020-1254, n° 2020-1255, n° 2020-1256 et n° 2020-1257 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) en date du 12 novembre 2020 autorisant respectivement les sociétés Bouygues Télécom, Free Mobile, Orange et SFR à utiliser des fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

4°) d'enjoindre à l'ARCEP de suspendre le processus d'attribution des fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public jusqu'à la levée de toute incertitude sur l'impact de ces fréquences sur la santé humaine ;

5°) d'enjoindre à l'ARCEP de reprendre la procédure d'attribution des autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public au stade de l'enchère principale ;

6°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 1 euro au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

4°/ Sous le n° 452518, par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 12 mai et 23 juillet 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, MM. Côme Girschig, Florent Massot, Pablo Servigne, François Ruffin, Denis Robert, Hubert Benhamine et David Cormand et Mmes Michèle Rivasi, Juliette Binoche et Camille Dalmais demandent au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 2020-1254 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) en date du 12 novembre 2020 autorisant la société Bouygues Télécom à

utiliser des fréquences dans la bande 3,4 – 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, ensemble la décision implicite de rejet née du silence gardé sur leur demande tendant à ce que l'ARCEP retire cette décision ;

2°) à titre subsidiaire, de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

« a) L'article 54 de la directive (UE) 2018/1972 est-il compatible avec l'obligation de réaliser une étude d'impact équilibrée garantie par les points 12 et 13 de l'accord institutionnel du 13 avril 2016, dans la mesure où l'étude d'impact ayant été réalisée en amont de l'adoption de la directive n° 2018/1972 ne fait pas d'évaluation des impacts environnementaux du texte ?

« b) Cet article 54 est-il compatible avec l'obligation de mise en œuvre de la participation du public garantie par l'article 9 du règlement n° 1367/2006, dans la mesure où la consultation publique réalisée en amont de l'adoption de la directive (UE) 2018/1972 n'a pas portée sur les enjeux environnementaux du texte ?

« c) Cet article 54 est-il compatible avec le principe de précaution garanti par l'article 191-2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en tant que, à ce jour, des incertitudes scientifiques demeurent sur l'existence d'un risque pour la santé humaine et pour l'environnement lié au déploiement de la 5G ?

« d) Cet article 54 est-il compatible avec l'exigence d'assurer un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement garantie par l'article 3, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, l'article 11 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'article 37 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, et le point a) de l'article 2 de l'Accord de Paris, dans la mesure où le déploiement à grande échelle de la 5G et l'effet rebond qui en découle, ne permet pas d'assurer la protection et l'amélioration de l'environnement ? » ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

5°/ Sous le n° 452520, par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 12 mai et 23 juillet 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, MM. Côme Girschig, Florent Massot, Pablo Servigne, François Ruffin, Denis Robert, Hubert Benhamine et David Cormand et Mmes Michèle Rivasi, Juliette Binoche et Camille Dalmais demandent au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 2020-1255 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) en date du 12 novembre 2020 autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences dans la bande 3,4 – 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, ensemble la décision implicite de rejet née du silence gardé sur leur demande tendant à ce que l'ARCEP retire cette décision ;

2°) à titre subsidiaire, de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles mentionnées sous le n° 452518 ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

6°/ Sous le n° 452522, par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 12 mai et 23 juillet 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, MM. Côme Girschig, Florent Massot, Pablo Servigne, François Ruffin, Denis Robert, Hubert Benhamine et David Cormand et Mmes Michèle Rivasi, Juliette Binoche et Camille Dalmais demandent au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 2020-1256 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) en date du 12 novembre 2020 autorisant la société Orange à utiliser des fréquences dans la bande 3,4 – 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, ensemble la décision implicite de rejet née du silence gardé sur leur demande tendant à ce que l'ARCEP retire cette décision ;

2°) à titre subsidiaire, de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles mentionnées sous le n° 452518 ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

7°/ Sous le n° 452524, par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 12 mai et 23 juillet 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, MM. Côme Girschig, Florent Massot, Pablo Servigne, François Ruffin, Denis Robert, Hubert Benhamine et David Cormand et Mmes Michèle Rivasi, Juliette Binoche et Camille Dalmais demandent au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 2020-1257 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de

la presse (ARCEP) en date du 12 novembre 2020 autorisant la société SFR à utiliser des fréquences dans la bande 3,4 – 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, ensemble la décision implicite de rejet née du silence gardé sur leur demande tendant à ce que l'ARCEP retire cette décision ;

2°) à titre subsidiaire, de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles mentionnées sous le n° 452518 ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment la Charte de l'environnement ;
- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- l'accord institutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne du 13 avril 2016 ;
- la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, faite à Aarhus le 25 juin 1998 ;
- l'accord de Paris, adopté le 12 décembre 2015 ;
- la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 ;
- le règlement n° 1367/2006 du 6 septembre 2006 ;
- la directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 ;
- la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 ;
- la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 ;
- le code de l'énergie ;
- le code de l'environnement ;
- le code des postes et des communications électroniques ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Sébastien Gauthier, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Philippe Ranquet, rapporteur public,

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Bouygues Télécom et de la société française du radiotéléphone ;

Considérant ce qui suit :

1. Les requêtes visées ci-dessus présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

Sur le cadre juridique applicable :

2. Selon l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) « *attribue les autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires tenant compte des besoins d'aménagement du territoire (...)* ».

3. Aux termes de l'article L. 42-2 du même code : « *Lorsque la bonne utilisation des fréquences l'exige, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse peut, après consultation publique, limiter, dans une mesure permettant d'assurer des conditions de concurrence effective, le nombre d'autorisations de les utiliser. / Le ministre chargé des communications électroniques fixe, sur proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, les conditions d'attribution et de modification des autorisations d'utilisation correspondant à ces fréquences ainsi que la durée de la procédure d'attribution, qui ne peut excéder un délai fixé par décret. / Le ministre fixe également, dans les mêmes conditions, la durée de la procédure d'attribution, qui ne peut excéder un délai fixé par décret. / La sélection des titulaires de ces autorisations se fait par appel à candidatures sur des critères portant sur les conditions d'utilisation mentionnées au II de l'article L. 42-1 ou sur la contribution à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1, ou par une procédure d'enchères dans le respect de ces objectifs et après définition de ces conditions par le ministre sur proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse. (...) / L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse conduit la procédure de sélection et assigne les fréquences correspondantes. / Le ministre peut prévoir que le ou l'un des critères de sélection est constitué par le montant de la redevance que les candidats s'engagent à verser si la fréquence ou la bande de fréquences leur sont assignées. Il fixe le prix de réserve au-dessous duquel l'autorisation d'utilisation n'est pas accordée (...)* ».

Sur le litige :

4. Par un arrêté du 30 décembre 2019, la secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'économie et des finances a, d'une part, défini les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz, dite « bande 3,5 GHz », en France métropolitaine, pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, afin de permettre l'utilisation des technologies mobiles de 5^{ème} génération, dites « 5G » et, d'autre part, fixé les prix de réserve des blocs de fréquences radioélectriques de 50 MHz et de 10 MHz pour la procédure d'enchères.

5. Par une décision n° 2020-0329 du 31 mars 2020, l'ARCEP a approuvé le compte-rendu de la réunion au cours de laquelle elle a, d'une part, retenu les candidatures des sociétés Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange et SFR pour participer à la procédure d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,5 GHz en France métropolitaine et a, d'autre part, autorisé les opérateurs sélectionnés à participer à la phase d'enchères de la procédure d'appel à candidatures.

6. Par une décision n° 2020-1160 du 20 octobre 2020, l'ARCEP a retenu les candidatures des sociétés Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange et SFR pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile, a attribué à chaque opérateur sélectionné une sous-bande au sein de la bande 3,5 GHz, et a retenu le montant des engagements financiers souscrits par chaque opérateur.

7. Enfin, par quatre décisions n° 2020-1254, n° 2020-1255, n° 2020-1256 et n° 2020-1257 du 12 novembre 2020, l'ARCEP a respectivement autorisé les sociétés Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange et SFR à utiliser les fréquences qui leur ont été préalablement attribuées dans la bande 3,5 GHz en France métropolitaine.

Sur la recevabilité de certaines conclusions :

8. La décision n° 2020-0329 du 31 mars 2020 par laquelle l'ARCEP a retenu quatre candidatures pour la participation aux enchères d'attribution ainsi que la décision n° 2020-1160 du 20 octobre 2020 par laquelle elle a constaté le résultat des enchères principales et de positionnement constituent des mesures préparatoires insusceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir. Par suite, les requêtes n° 446302 des associations PRIARTEM et Agir pour l'environnement et n° 446643 de Mme Dubois et autres dirigées contre ces décisions ne peuvent qu'être rejetées comme irrecevables. Il en résulte que l'intervention de M. Vincent François et autres à l'appui de la requête de Mme Dubois et autres n'est pas recevable.

Sur les conclusions dirigées contre les décisions autorisant les sociétés Bouygues Télécom, Free Mobile, Orange et SFR à utiliser les fréquences qui leur ont été préalablement attribuées dans la bande 3,5 GHz en France métropolitaine :

En ce qui concerne l'exception d'illégalité de l'arrêté du 30 décembre 2019 :

9. Les requérants soutiennent que l'arrêté du 30 décembre 2019 sur le fondement duquel ont été délivrées les autorisations litigieuses serait illégal en raison, d'une part, de l'invalidité des dispositions de l'article 54 de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen pour la transposition desquelles cet arrêté a été pris, d'autre part de la méconnaissance de l'article 6 de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 par l'article L. 32-1 du code des postes et communications électroniques en ce qu'il prévoit une procédure de consultation du public pour ce type de mesures.

S'agissant de l'exception d'invalidité soulevée contre l'article 54 de la directive du 11 décembre 2018 :

10. Aux termes de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: / (...) b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. / Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un*

des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. / Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. / (...) ». D'une part, ainsi que l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 22 octobre 1987 Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost (314/85), si les juridictions nationales peuvent examiner la validité d'un acte des institutions de l'Union et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties soulèvent devant elles, rejeter ces moyens en concluant que l'acte est pleinement valide, elles ne sont en revanche pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité de ces actes. D'autre part, ainsi qu'elle l'a jugé dans son arrêt du 25 juillet 2002 Unión de Pequeños Agricultores (C-50/00), le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions de l'Union, en le confiant au juge de l'Union et, dans ce système, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité prévues par l'article 263, quatrième alinéa, du traité, attaquer directement des actes de droit de l'Union de portée générale, ont la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente en vertu de l'article 277 du traité, devant le juge de l'Union, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci à interroger à cet égard la Cour de justice par la voie de questions préjudicielles.

11. Il suit de là qu'il appartient en tout état de cause au juge administratif, saisi d'un moyen mettant en cause la validité d'un acte des institutions de l'Union de portée générale, d'écarter un tel moyen s'il ne présente pas de difficulté sérieuse ou lorsque la partie qui l'invoque avait sans aucun doute la possibilité d'introduire un recours en annulation, sur le fondement de l'article 263 du traité, contre l'acte prétendument invalide.

12. L'article 54 de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen a prévu que : « 1. Au plus tard le 31 décembre 2020, pour les systèmes terrestres capables de fournir des services à haut débit sans fil, les États membres, lorsque cela est nécessaire pour faciliter le déploiement de la 5G, prennent toutes les mesures appropriées pour : a) procéder à une réorganisation de blocs suffisamment larges de la bande 3,4 - 3,8 GHz et autoriser leur utilisation ; (...) 2. Les États membres peuvent toutefois prolonger le délai prévu au paragraphe 1 du présent article, lorsque cela est justifié, conformément à l'article 45, paragraphe 3, ou à l'article 53, paragraphe 2, 3 ou 4.3. Les mesures prises en vertu du paragraphe 1 du présent article respectent les conditions harmonisées établies par les mesures techniques d'application conformément à l'article 4 de la décision n° 676/2002/CE ».

13. En premier lieu, aux termes du paragraphe 13 de l'accord interinstitutionnel du 13 avril 2016 « Mieux légiférer » : « *La Commission procèdera à une analyse d'impact de ses initiatives législatives et non législatives, de ses actes délégués et de ses mesures d'exécution qui sont susceptibles d'avoir une incidence économique, environnementale ou sociale importante (...) ».* Contrairement à ce que soutiennent les requérants et en tout état de cause, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'analyse d'impact, effectuée préalablement à la publication de la directive litigieuse, sur le fondement des dispositions citées ci-dessus et rendue publique le 14 septembre 2016, qui comporte au total près de 900 pages relatives aux impacts économiques, sociaux et environnementaux, serait insuffisante ou déséquilibrée en ce qu'elle n'aurait pas suffisamment insisté sur l'impact environnemental de la technologie 5G.

14. En deuxième lieu, l'Union européenne – et avant elle la Communauté économique européenne – est partie à la convention d'Aarhus du 25 juin 1998. En vertu de

l'article 216 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lorsque des accords internationaux sont conclus par l'Union, les institutions de l'Union sont liées par de tels accords et, par conséquent, ceux-ci priment sur les actes de l'Union. Il s'ensuit que la validité d'un acte de l'Union peut être affectée par l'incompatibilité de cet acte avec de telles règles du droit international. Les stipulations d'un traité international ne peuvent toutefois être utilement invoquées aux fins de l'examen de la validité de l'acte du droit de l'Union que si, d'une part, la nature et l'économie de la convention en question n'y font pas obstacle et si, d'autre part, elles apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, dès lors qu'elles comportent une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur.

15. Il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive d'un accord international conclu par l'Union, de rechercher si la directive est compatible avec ces stipulations. Si, afin d'assurer une interprétation uniforme du droit de l'Union, la Cour de Justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer si les stipulations d'une convention internationale par laquelle l'Union est liée ont un contenu inconditionnel et suffisamment précis pour pouvoir être invoquées en justice, cette compétence doit s'entendre sous réserve que la question posée soit déterminante pour la solution du litige que la juridiction nationale doit trancher et qu'elle présente une difficulté sérieuse. En l'absence de difficulté sérieuse sur ce point, il appartient donc au Conseil d'Etat statuant au contentieux, saisi d'un moyen mettant en cause la validité d'un acte de l'Union au regard d'une convention internationale à laquelle l'Union est partie, d'apprécier lui-même l'effet direct des stipulations en cause. Dans le cas contraire, il lui appartient de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Enfin, dans l'hypothèse où il reconnaît lui-même que les stipulations invoquées sont d'effet direct, il revient au juge administratif, en l'absence de doute sérieux sur la validité de la directive, d'écarter le moyen invoqué, ou, au contraire, en cas de doute sérieux, de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle afin qu'elle se prononce sur la validité de cette directive.

16. Aux termes de l'article 7 de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement : « *Chaque Partie prend les dispositions pratiques et/ou autres voulues pour que le public participe à l'élaboration des plans et des programmes relatifs à l'environnement dans un cadre transparent et équitable, après lui avoir fourni les informations nécessaires* ». Aux termes du d) de l'article 2 de la même convention, celle-ci concerne les « *autorités publiques* », cette « *définition n'englob[ant] pas les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs* ». Selon le c) du 1 de l'article 2 du règlement n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus, les dispositions de cette convention portant sur la participation du public à l'élaboration des plans et programmes relatifs à l'environnement s'appliquent aux « *institutions et organes communautaires* », c'est-à-dire « *toute institution, tout organe, toute agence ou tout office publics créés en vertu ou sur la base du traité* », « *sauf lorsqu'elle/il agit dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs* ». L'article 54 de la directive (UE) 2018/1972 résultant de l'exercice par le Parlement européen et le Conseil du pouvoir législatif de l'Union, il découle de ce qui précède, en tout état de cause, que le moyen tiré de ce que cet article 54 méconnaîtrait le principe de participation du public dès lors qu'il constituerait un plan ou programme relatif à l'environnement au sens des articles 7 de la convention d'Aarhus et du règlement n° 1367/2006 du 6 septembre 2006 ne peut qu'être écarté.

17. En troisième lieu, aux termes de l'article 191 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « 2. *La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur* ».

18. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans ses arrêts du 5 mai 1998 *National Farmers' Union e.a.* (C-157/96), Royaume-Uni/Commission (C-180/96) et du 28 janvier 2010 *Commission/France* (C-333/08), il découle du principe de précaution consacré par les stipulations précitées que, lorsque des incertitudes subsistent sur l'existence ou la portée de risques, des mesures de protection peuvent être prises sans attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. Une application correcte de ce principe présuppose l'identification des conséquences potentiellement négatives d'un produit et une évaluation complète du risque fondée sur les données scientifiques les plus fiables et les résultats les plus récents de la recherche internationale. Lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives.

19. Ainsi que le précisent plusieurs considérants de la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018, en particulier le considérant 110 ainsi que le 3 du B de l'annexe I, 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 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. S'il est soutenu par les requérants que le nombre insuffisant d'études concernant les bandes de fréquences 5G disponibles et les doutes sur ses effets sanitaires auraient dû conduire à ne pas adopter l'article 54, il n'apparaît pas, en dépit des incertitudes et des études scientifiques existant sur ce sujet, lesquelles ne font d'ailleurs l'objet d'aucun consensus au regard de l'état actuel des connaissances scientifiques disponibles, que le respect du principe de précaution exigerait, outre le respect des valeurs limites d'exposition aux champs électromagnétiques, des mesures de protection complémentaires contre un risque lié à l'utilisation de la technologie de la 5G. Dans ces conditions, les moyens tirés de la méconnaissance des principes de précaution et de la protection de la santé humaine doivent être écartés.

20. En quatrième lieu, aux termes de l'article 11 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *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.* ».

21. Contrairement à ce qui est soutenu, la disposition litigieuse, dont les effets sur les émissions de gaz à effet de serre dépendent au demeurant des conditions de sa mise en œuvre par les Etats membres, n'est pas, par elle-même, contraire au principe de prise en compte des exigences de la protection de l'environnement dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, exprimé par l'article 11 du traité, ni par suite à l'article 37 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou, en tout état de cause, aux stipulations de l'article 2 de l'accord de Paris du 12 décembre 2015.

22. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, que les moyens mettant en cause la validité de l'article 54 de la directive du 11 décembre 2018 ne peuvent qu'être écartés.

S'agissant de l'exception d'inconventionnalité soulevée contre l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques :

23. Les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir. Sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers. L'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit.

24. Aux termes du paragraphe 1^{er} de l'article 6 de la convention d'Aarhus, relatif à la participation du public : « *Chaque Partie : a) applique les dispositions du présent article lorsqu'il s'agit de décider d'autoriser ou non des activités proposées du type de celles énumérées à l'annexe I ; / b) applique aussi les dispositions du présent article, conformément à son droit interne, lorsqu'il s'agit de prendre une décision au sujet d'activités proposées non énumérées à l'annexe I qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement. Les Parties déterminent dans chaque cas si l'activité proposée tombe sous le coup de ces dispositions ; (...)* ». Si les stipulations du a) de ce paragraphe 1^{er} de l'article 6, combinées à celles de l'annexe I à la convention, sont d'effet direct, il n'en va pas de même de celles du b) du même paragraphe, qui nécessitent des actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers. Par suite, et en tout état de cause, le moyen tiré de ce que l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques serait incompatible avec ces stipulations ne peut qu'être écarté.

En ce qui concerne les autres moyens :

25. En premier lieu, le moyen tiré de ce que les décisions litigieuses n'auraient pas été signées manque en fait.

26. En deuxième lieu, les associations requérantes soutiennent que l'arrêté mentionné ci-dessus du 30 décembre 2019 et les décisions attaquées, prises sur son fondement, constituent des plans et programmes au sens de la directive 2001/42/CE, à raison des prescriptions que chacun de ces actes comporte ou à raison de l'ensemble que leurs prescriptions forment avec celles du décret 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. Elles font valoir que l'ensemble de ces actes entrerait dans le champ d'application des dispositions du 2° du III de l'article L. 122-4 du code de l'environnement, qui prévoient une évaluation environnementale après un examen au

cas par cas, ainsi qu'en dispose le paragraphe 4 de l'article 3 de cette directive et que, faute pour aucun de ces actes d'avoir été soumis à une telle évaluation préalable alors qu'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, les décisions litigieuses seraient illégales en elles-mêmes ou par voie de conséquence de l'irrégularité de l'arrêté de 2019.

27. Aux termes de l'article 2 de la 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 sont, pour son application, des plans et programmes « *des plans et programmes, (...) : - élaborés et/ou adoptés par une autorité au niveau national, régional ou local ou élaborés par une autorité en vue de leur adoption par le parlement ou par le gouvernement, par le biais d'une procédure législative, et - exigés par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives (...)* ». L'article 3 prévoit qu'une évaluation environnementale, qui doit, selon l'article 4, être effectuée « *pendant l'élaboration du plan ou du programme et avant qu'il ne soit adopté ou soumis à la procédure législative* », est nécessaire « *2. pour tous les plans et programmes : a) qui sont élaborés pour les secteurs de l'agriculture, de la sylviculture, de la pêche, de l'énergie, de l'industrie, des transports, de la gestion des déchets, de la gestion de l'eau, des télécommunications, du tourisme, de l'aménagement du territoire urbain et rural ou de l'affectation des sols et qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets énumérés aux annexes I et II de la directive 85/337/CEE pourra être autorisée à l'avenir; ou b) pour lesquels, étant donné les incidences qu'ils sont susceptibles d'avoir sur des sites, une évaluation est requise en vertu des articles 6 et 7 de la directive 92/43/CEE. (...) 4. Pour les plans et programmes, autres que ceux visés au paragraphe 2, qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets pourra être autorisée à l'avenir, les Etats membres déterminent s'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement* ».

28. L'article 1^{er} de la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, qui s'est substituée à la directive 85/337/CEE, définit comme projets : « *- la réalisation de travaux de construction ou d'autres installations ou ouvrages, - d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol ;* ».

29. Selon le III de l'article L. 122-4 du code de l'environnement : « *- Font l'objet d'une évaluation environnementale systématique ou après examen au cas par cas par l'autorité environnementale (...) 2° Les plans et programmes, autres que ceux mentionnés au II, qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre de projets pourra être autorisée si ces plans sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement (...)* ».

30. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans ses arrêts du 27 octobre 2016, D'Oultremont e.a. (C-290/15), du 7 juin 2018, Inter-Environnement Bruxelles e.a. (C-671/16), du 12 juin 2019, Terre Wallonne (C-321/18), et du 25 juin 2020 A. e.a. (Éoliennes à Aalter et à Nevele) (C-24/19), la notion de « plans et programmes » soumis à évaluation environnementale en application du paragraphe 2 de l'article 3 de la directive 2001/42/CE se rapporte à 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, mentionnés par la directive 2011/92/UE, susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Sont également soumis à évaluation environnementale les plans et programmes mentionnés au paragraphe 4 de l'article 3, qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre d'autres projets pourra être autorisée à l'avenir, lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

31. D'une part, si l'arrêté du 30 décembre 2019 et les autorisations litigieuses, qui en reprennent les termes, comportent pour les bénéficiaires des autorisations d'utilisation des fréquences des obligations de déploiement et de couverture géographique susceptibles d'exiger des travaux de construction d'installations ou d'ouvrages ayant une incidence sur l'environnement, ils ne définissent pas un ensemble significatif de critères et de modalités devant être mis en œuvre par les autorités compétentes pour autoriser, le cas échéant, ces travaux, installations ou ouvrages.

32. D'autre part, l'arrêté du 30 décembre 2019 ainsi que les autorisations litigieuses ne constituent pas davantage le cadre d'autorisation des interventions dans le milieu naturel que constitue la diffusion d'ondes électromagnétiques, dès lors que ce cadre a été défini par le décret du 3 mai 2002, dont l'arrêté rappelle au demeurant l'applicabilité. Dans ces conditions, à supposer même que le décret du 3 mai 2002, dont les dispositions sont au demeurant antérieures à la date où l'obligation d'évaluation fixée par la directive 2001/42/CE a pris effet, ait le caractère d'un plan ou programme auquel cette obligation s'applique, il ne saurait en tout état de cause en résulter que ce caractère s'étende à l'arrêté du 30 décembre 2019 et aux actes pris pour son application.

33. Par suite, l'arrêté du 30 décembre 2019 isolément ou pris avec le décret du 3 mai 2002 ne constituant pas, en tant qu'il définit les conditions d'utilisation des fréquences par les bénéficiaires des autorisations, un cadre dans lequel la mise en œuvre des projets pourra être autorisée à l'avenir, et les autorisations qui en reprennent les termes ne constituant pas davantage un tel cadre, les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions citées ci-dessus de la directive 2001/42/CE et du code de l'environnement doivent être écartés, sans qu'il y ait lieu de saisir à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne.

34. En troisième lieu, aux termes de l'article 7 de la Charte de l'environnement : « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». Le respect du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement s'apprécie au regard des dispositions législatives prises afin de préciser, pour ce type de décisions, les conditions et les limites d'applicabilité de ce principe. Aux termes de l'article L. 32-1 du code des postes et communications électroniques : « *V. - Lorsque, dans le cadre des dispositions du présent code, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi* ».

35. Il ressort des pièces du dossier que, dans la perspective du déploiement de la 5G en France et de la procédure d'attribution des fréquences radioélectriques, l'ARCEP a conduit 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. Le moyen tiré de ce que ces autorisations, dont le cadre et les conditions d'attributions ont été soumis à

consultation du public, auraient été délivrées en méconnaissance des dispositions de l'article L. 32-1 doit, par suite, être écarté.

36. En quatrième lieu, aux termes du 1° de l'article L. 100-1 du code de l'énergie, la politique énergétique « favorise l'émergence d'une économie compétitive et riche en emplois grâce à la mobilisation de toutes les filières industrielles, notamment celles de la croissance verte qui se définit comme un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises ; ». Aux termes du second alinéa de l'article L. 220-1 du code de l'environnement, l'action des pouvoirs publics en faveur de la mise en œuvre du droit reconnu à chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé est une « action d'intérêt général [qui] consiste à prévenir, à surveiller, à réduire ou à supprimer les pollutions atmosphériques, à préserver la qualité de l'air et, à ces fins, à économiser et à utiliser rationnellement l'énergie. La protection de l'atmosphère intègre la prévention de la pollution de l'air et la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre ». Le déploiement de la technologie 5G dans la bande 3,5 GHz résultant de l'obligation que prévoient, pour les États membres de l'Union européenne, les dispositions de l'article 54 de la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018, les requérants ne peuvent utilement soutenir que les autorisations contestées méconnaîtraient les principes de sobriété et d'efficacité énergétiques mentionnés par ces dispositions législatives.

37. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité des requêtes n°s 452518, 452520, 452522 et 452524, l'ensemble des requêtes doit être rejeté, y compris les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées en défense sur le même fondement.

DECIDE :

Article 1^{er} : L'intervention de M. Vincent François et autres n'est pas admise.

Article 2 : Les requêtes des associations PRIARTEM et Agir pour l'environnement, de Mmes Marie-Christine Dubois, Muriel Raulic et Isabelle Robichon, de l'association Liberté Environnement Bretagne, de Mmes Nadia Messaoudi et Patricia Samoun, de MM. Côme Girschig, Florent Massot, Pablo Servigne, François Ruffin, Denis Robert, Hubert Benhamine et David Cormand, ainsi que de Mmes Michèle Rivasi, Juliette Binoche et Camille Dalmais sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions présentées par les sociétés Bouygues Télécom, Free Mobile, Orange et SFR sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée aux associations PRIARTEM et Agir pour l'environnement, à Mme Marie-Christine Dubois, première dénommée pour l'ensemble des requérants sous le n° 446643, à M. Vincent François, premier dénommé pour l'ensemble des intervenants, à M. Côme Girschig, représentant unique pour l'ensemble des requérants sous les n°s 452518, 452520, 452522 et 452524, aux sociétés Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange et SFR, et à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie, des finances et de la relance.