

Recours pour excès de pouvoir
MEMOIRE INTRODUCTIF

POUR

PERSONNES ELECTROHYPERSENSIBLES

1. **D... Marie-Christine, ... CLUZE**

MEMBRES DE LA CONVENTION CITOYENNE POUR LE CLIMAT

1. **Madame R... Muriel, TOULOUSE**
2. **Madame RO... Isabelle, FONTENAY AUX ROSES**

ASSOCIATIONS

1. **LIBERTE ENVIRONNEMENT BRETAGNE**, association Loi 1901, dont le siège social est situé à la Mairie – place de la Mairie – 29270 CARHAIX PLOUGUER, immatriculée auprès de la Sous-Préfecture de Brest sous le numéro W292004224, prise en la personne de son Président, Monsieur RAOULT Joël, élisant domicile audit siège

CIToyENS

1. **Madame M... Nadia, GOLBEY**
2. **Madame S... Patricia, 75019 PARIS**

Et les citoyens et associations intervenants-volontaires dont la liste définitive sera communiquée prochainement.

Ayant pour avocats

Me Christophe LEGUEVAQUES
SELARL LEGUEVAQUES Avocat / MySMARTcab
Avocat au barreau de Paris
4 avenue Hoche 75008 Paris
Palais B 494

Me Arnaud DURAND
Cabinet Lexprecia
SARL d'Avocat au Barreau de Paris
33 rue du Petit Musc, 75004
Palais D 1166

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR A L'ENCONTRE DE L'ACTE SUIVANT :

1. La **décision n°2020-0329** de l'ARCEP en date du 31 mars 2020 publiée sur son site le 05 novembre 2020, relative au compte rendu de l'instruction des dossiers de candidatures reçues et au résultat de la phase d'attribution des blocs de 50MHz dans le cadre de la procédure d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4-3,8GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public

Pièce n° 1

2. La **décision n° n°2020-1160** de l'ARCEP en date du 20 octobre 2020, publiée sur son site le 04 novembre 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

Pièce n° 2

PLAISE AU CONSEIL D'ETAT

Comme d'autres biens communs appartenant à la Nation, les fréquences hertziennes appartiennent au domaine public de l'État¹. Celui-ci a confié à l'AGENCE NATIONALE DES FREQUENCES (ANFR) les missions de planification, de gestion de l'implantation des émetteurs, de contrôle et enfin de délivrance de certaines autorisations et certificats radio.

L'attribution des fréquences radioélectriques a été confiée à l'ARCEP² (AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES, DES POSTES ET DE LA DISTRIBUTION DE LA PRESSE) présentée comme le « *gendarme des télécoms* ».

L'ARCEP intervient comme **régulateur** d'un **marché concurrentiel**. En effet, le législateur européen a jugé nécessaire l'intervention d'une autorité étatique **indépendante des entreprises comme du pouvoir exécutif**, pour s'assurer du bon développement d'un marché nouvellement ouvert à la concurrence.

Dans le cadre de l'attribution des fréquences pour la 5G, l'ARCEP a rendu publique le 1^{er} octobre 2020 sa décision d'attribution des fréquences aux quatre opérateurs français, à l'exclusion de tout nouvel entrant qu'il soit industriel (comme Siemens en Allemagne) ou qu'il appartienne à un opérateur concurrent de l'Union européenne.

Aboutissement d'une procédure commencée à l'automne 2019, cette attribution de fréquences laisse les opérateurs français commercialiser des abonnements étiquetés avec cette nouvelle technologie émergente, mais à un tarif plus important pour les consommateurs.

¹ Le code général de la propriété des personnes publiques consacre pour sa part le caractère de domaine public des fréquences radioélectriques. Voir aussi B. Delcros, D. Truchet, « Controverse : Les ondes appartiennent-elles au domaine public », *RFDA*, 1989, p. 251. <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-patrimoine-immateriel-des-personnes-publiques> Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors du colloque organisé le 16 mars 2012 à l'ENA sur le thème : "Le patrimoine immatériel des personnes publiques."

² Nos missions : L'Arcep (Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse) a été créée le 5 janvier 1997, sous le nom d'Autorité de régulation des télécoms (ART). A l'époque, le Parlement lui a confié la mission d'accompagner l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques, afin que de nouveaux opérateurs puissent émerger aux côtés de l'opérateur historique (France Télécom, devenu Orange), et ce, au bénéfice de l'utilisateur final. Depuis, l'environnement du marché de la téléphonie et de l'internet fixe et mobile a beaucoup évolué. Les réseaux fixes (cuivre, fibre optique...) et les réseaux mobiles (2G, 3G, puis 4G) sont déployés par les opérateurs pour offrir non seulement des services de téléphonie mais aussi un accès à internet. Ces réseaux d'échanges jouent désormais un rôle essentiel dans le fonctionnement du pays et la vie quotidienne des Français. <https://www.arcep.fr/larcep/nos-missions.html>

Cette attribution

- fait fi des de la bonne gestion des deniers publics,
- a été décidée en l'absence d'étude d'impact environnemental et sanitaire et sans attendre les résultats des études de santé publique en cours – pour le dire simplement, cette précipitation est suspecte.
- Viole les engagements contraignants pris par le Président de la République au nom de la Nation en privilégiant les intérêts particuliers (ceux de quelques industriels et de leurs actionnaires) sur l'intérêt général, tout en plaçant la France en contradiction avec ses engagements internationaux, notamment ceux nés de l'Accord de Paris du 13 décembre 2015.

Il sera démontré que le régulateur, loin de se comporter comme un « gendarme », a participé activement à une braderie des intérêts de l'Etat tout en prenant des risques inconsidérés avec la santé des citoyens alors que le principe de précaution lui faisait l'ardente obligation de s'abstenir de prendre des décisions aux effets considérables.

Faut-il rappeler ici les dispositions – à valeur constitutionnelle – contenues dans 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 de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage

Dès lors, outrepassant la délégation de pouvoir et violant délibérément la procédure encadrant le marché en cause pour remplir sa mission, l'ARCEP a commis un **excès de pouvoir permettant à tout intéressé d'agir pour demander l'annulation** des décisions attaquées.

En réaffirmant le droit en vigueur, le Conseil d'Etat remettra en perspective le rôle de chacun dans le cadre de cette procédure d'attribution des fréquences y compris des garde-fous pour la protection des intérêts patrimoniaux de l'Etat, le respect de la parole donnée par la plus haute autorité administrative de l'Etat et le respect du principe de précaution dans les décisions que le régulateur doit prendre.

Afin de convaincre le Conseil d'Etat de déclarer nul et non avenu les actes administratifs critiqués, il est apparu nécessaire de replacer ce recours dans son contexte (Titre Premier).

Le Titre II présente la demande de recours pour excès de pouvoir.

Classiquement, le Titre III détaille la recevabilité du recours en démontrant que les actes attaqués font grief (*Chapitre préliminaire*), quel est l'intérêt à agir des différents groupes de demandeurs (*Chapitre Premier*) et quelle est leur qualité à agir (*Chapitre Second*).

Le Titre IV présente les différents arguments d'illégalité externe et enfin, le Titre V aborde la question des illégalités internes propres aux actes attaqués.

* *
*

TITRE PREMIER – ELEMENTS DE CONTEXTE

Section 1 - L'ATTRIBUTION DES FREQUENCES DE LA 5G

La 5G est annoncée comme une, voire LA, « *révolution technologique et économique* »: débit plus élevé, latence plus faible, augmentation de la performance des réseaux mobiles et avancés considérables pour l'industrie connectée.

Elle est présentée comme le levier de numérisation de l'économie.

Pour le lobbyiste pro 5G Gilles BABINET³, « *La technologie 5G, c'est un peu l'électricité de demain, c'est une technologie qui va s'avérer absolument indispensable pour rentrer dans l'économie du 21e siècle* ».

Il n'est pas demandé au Conseil d'arbitrer la querelle entre prétendus « Amish » et dits progressistes.

Pour l'heure, il s'agit de déterminer si les enchères, survenues en trois jours, au lieu des quinze prévus, à compter du 29 septembre 2020 respectent le cadre réglementaire en vigueur.

§1 - Contexte européen

Dès 2016, la Commission européenne avait prévu le lancement commercial des services 5G pour l'année 2020 dans son plan d'action pour la 5G.

Ce plan prévoit la couverture 5G d'au moins une grande ville par État membre en 2020 et de toutes les zones urbaines et des principaux axes de transport en 2025.

Ce plan est susceptible d'avoir des incidences notables sur la santé :

- *directement* en augmentant la dose à laquelle le public est exposé aux champs électromagnétiques ;

³ https://www.francetvinfo.fr/internet/telephonie/technologie-5g-c-est-un-peu-l-electricite-de-demain-absolument-indispensable-pour-rentre-dans-l-economie-du-xxi-siecle-selon-le-conseil-national-du-numerique_4038905.html

- *indirectement*, par le gaspillage de matières premières extraites dans des conditions sordides et indignes mais absolument nécessaire à la fabrication des *nouveaux* téléphone portables nécessaires pour profiter de la vitesse annoncée⁴.

L'Espagne, de l'Italie, de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de la Suisse ont déjà attribué des fréquences, tout en récupérant des sommes importantes pour leurs budgets respectifs.

§ 2 - *Contexte français*

Depuis 2018, des déploiements d'équipements 5G ont eu lieu dans le cadre d'expérimentations portées par l'ARCEP.

La décision d'attribution des fréquences s'inscrit dans un *plan lui aussi susceptible d'avoir des incidences notables sur la santé* des Français.

Section 2 - LA CONVENTION CITOYENNE POUR LE CLIMAT

La Convention Citoyenne pour le Climat (CCC) a été annoncée le 25 avril 2019 par le Président de la République. Dans une déclaration solennelle et publique, le Président s'est engagé envers elle et au nom de la Nation :

*à ce que les propositions de la Convention soient soumises « sans filtre » soit au vote du Parlement, soit à référendum, soit à application réglementaire directe.*⁵

Sa création s'est faite dans l'optique de répondre à deux objectifs :

- Lutter efficacement contre le dérèglement climatique, en application de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015 ;

⁴ PIÈCES ET MAIN D'ŒUVRE, 5G : l'entretien que vous auriez pu lire dans "Le Monde", mardi 18 août 2020 « La 5G est la dernière vague de l'emballage technologique qui, depuis 50 ans, accélère l'incarcération de l'homme-machine dans le monde-machine. Comme à chaque étape, une minorité refuse l'injonction à « vivre avec son temps », ainsi que la déshumanisation » et la dépossession par l'automatisation.
http://www.piecesetmaindoeuvre.com/spip.php?page=resume&id_article=1344

⁵ <https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/wp-content/uploads/2020/05/Dossier-de-presentation-de-la-CCC.pdf> - page 4

- Donner davantage de place à la participation citoyenne dans la décision publique.

A l'issue de huit mois de travaux et d'échanges avec des experts et des représentants économiques, associatifs et publics, la Convention composée de 150 membres, a rendu 149 propositions au gouvernement le 21 juin 2020. Dans une note au Dalloz actualité⁶, il est rappelé que

le Conseil constitutionnel a consacré la protection de l'environnement comme un objectif de valeur constitutionnelle⁷.

En indiquant que la République « garantit » la préservation l'environnement et la lutte contre le dérèglement climatique, les citoyens souhaitent aller au-delà de l'action mais aussi que ces principes puissent servir de base à une question prioritaire de constitutionnalité (ce qui n'est pas possible aujourd'hui).

Les 150 membres de la CCC ont été reçus par le Président de la République⁸, le 29 juin 2020 à l'Élysée, pour évoquer le rapport final et les précisions sur le calendrier de mise en œuvre des propositions qui devaient être appliquées « sans filtre »⁹.

Cependant, au cours de cette intervention le Président, qui s'était engagé sur l'intégralité des propositions, est revenu dessus en évoquant trois « jokers » pour rejeter des propositions qui concernaient :

- La taxe de 4% sur les dividendes,
- Les 110km/h sur les autoroutes,
- La réécriture du préambule de la Constitution¹⁰.

⁶ https://www.dalloz-actualite.fr/flash/convention-citoyenne-mise-sur-droit-pour-sauver-climat#.X4F6zu06_QU

⁷ Cons. const. 31 janv. 2020, décis. n° 2019-823 QPC, Dalloz actualité, 12 mars 2020, obs. M. Vervynck ; B. Parance, *Les riches promesses de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement ?*, D 2020. 1159

⁸ <https://youtu.be/KTla0F1nCMg>

⁹ <https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/> « Le Président de la République s'est engagé à ce que ces propositions législatives et réglementaires soient soumises "sans filtre" soit à référendum, soit au vote du parlement, soit à application réglementaire directe ».

Déclaration du président Macron le 29 juin 2020: « Alors lorsque nous nous sommes vus en janvier, je vous avais dit toutes les propositions qui seront abouties et précises seront transmises sans filtre soit au Gouvernement pour ce qui relève du domaine réglementaire soit pour ce qui relève de la loi, au Parlement, ou directement au peuple français. Et donc notre échange d'aujourd'hui n'est pas un grand discours sur des principes abstraits, c'est la réponse à laquelle **je m'étais engagé** et le lancement d'un nouveau processus. Et **je vous confirme ce matin que j'irai au bout de ce contrat moral qui nous lie** en transmettant effectivement la totalité de vos propositions à l'exception de 3 d'entre elles - les 3 jokers dont nous avons parlé en janvier, sur 149 sur lesquelles justement je vais revenir ». <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/29/le-president-emmanuel-macron-repond-aux-150-citoyens-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat>

¹⁰ <https://www.lejdd.fr/Politique/convention-citoyenne-pour-le-climat-ce-que-macron-a-garde-ce-qu'il-a-rejete-3978096>

Aucun « joker » n'a été opposé au moratoire sur la 5G voté à 98%.

Les membres de la Convention avaient pourtant demandé à :

Instaurer un moratoire sur la mise en place de la 5G en attendant les résultats de l'évaluation de la 5G sur la santé et le climat.¹¹

Cette demande n'a pas abouti puisque la procédure d'attribution des fréquences a continué à suivre son cours sans attendre les résultats des études initiées.

Dès lors, le Conseil d'Etat devra constater une **violation de ce « contrat moral qui nous lie »**, en tirer toutes les conséquences juridiques et **sanctionner l'atteinte grave au principe de la sécurité juridique et de la confiance légitime** - confiance dans les institutions qu'il devient absolument nécessaire de restaurer pour protéger notre démocratie.

Section 3 - LA PROCEDURE D'ATTRIBUTION

Pour le déploiement des réseaux 5G dans la bande 3,5 gigahertz (GHz), l'ARCEP a retenu une procédure d'attribution inédite.

Elle a soumis à consultation publique un projet de décision relatif aux modalités et conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de ces fréquences. L'attribution des 310 mégahertz (MHz) de fréquences est prévue en deux temps.

La première phase consiste en la délivrance de blocs de 40 à 60 MHz de fréquences à quatre candidats, maximum, en échange d'engagements optionnels.

Dans un second temps, des enchères sont organisées pour attribuer les fréquences restantes par blocs de 10 MHz. Deux enchères distinctes sont réalisées :

- La première permet d'attribuer les blocs de fréquences entre les candidats. Il s'agit de l'enchère principale
- La deuxième permet à chaque candidat de choisir sa place sur la bande, il s'agit des enchères de positionnement.

¹¹ <https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/pdf/ccc-rapport-final.pdf> - page 156

Concernant les conditions financières de la procédure d'attribution, l'ARCEP et la Commission des participations et des transferts (CPT) ont été consultées, pour finalement fixer le prix des blocs de 50 MHz fin décembre 2019 à 350 millions d'euros et définir le prix de réserve des blocs de 10 MHz à 70 millions d'euros.

La procédure de sélection pour l'attribution des fréquences de la 5G a été lancée le 31 décembre 2019. Le calendrier initial a été retardé en raison de la crise sanitaire. Les enchères pour les opérateurs mobiles ont commencé le 29 septembre 2020. Le 21 novembre 2019, L'ARCEP a publié sa proposition de cahier des charges pour l'attribution des fréquences dans la bande 3,4-3,8GHz.

La phase de sélection des candidatures a été lancée le 31 décembre 2019. La phase des enchères pour l'attribution des blocs de fréquences s'est déroulée entre le 29 septembre 2020 et le 1^{er} octobre 2020.

Par ses ordonnances

- En date du 5 mars 2020, n° 438761 et 438763, **PRIARTEM**¹²,
- En date du 21 juillet 2020, n° 441924, **BOUYGUES**¹³

Le Conseil d'Etat a considéré que ces différents actes constituaient des « *actes préparatoires* » insusceptibles d'ouvrir droit à un recours pour excès de pouvoir.

Tel ne saurait être le cas de la décision de l'ARCEP relative au compte rendu et au résultat de la procédure d'attribution des fréquences dans la bande 3,4 - 3,8 GHz.

¹² <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-5-mars-2020-procedure-d-attribution-des-frequences-pour-la-5g> - Pour rejeter la demande de PRIARTEM, le juge des référés avait relevé que « Cette situation est d'autant moins constitutive d'une urgence que la 2^{ème} chambre de la section du contentieux du Conseil d'Etat est en mesure d'inscrire au rôle d'une formation de jugement les requêtes au fond introduites à l'encontre du décret et de l'arrêté, de manière à ce qu'elles fassent l'objet d'une décision **avant l'été 2020**. » L'été est passé mais aucune décision, à notre connaissance n'a été rendue par la 2^e chambre de la section du contentieux.

¹³ <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-07-21/441924> - « L'arrêté du 30 novembre 2019 du ministre de l'économie et des finances, pris en application de la procédure prévue à l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques, présente le caractère d'une mesure préparatoire qui n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir et ne peut être contestée **qu'à l'appui de recours contre les actes désignant les opérateurs choisis à l'issue de cette procédure.** »

Les décisions précitées sont également intéressantes car elles démontrent tout à la fois que **les opérateurs souhaitent repousser les enchères** afin de satisfaire leurs obligations de couverture en 4G, point sur lequel le « gendarme », que devrait être l'ARCEP, semble passer outre.

- **BOUYGUES** : « *Quelques jours après la tribune de Martin Bouygues appelant à reporter les enchères 5G en France en raison de la crise sanitaire, le directeur général de Bouygues Telecom, Richard Viel, prend la parole. Dans un entretien aux « Echos », il milite pour repousser de six mois le processus, le temps de trouver un accord entre tous les opérateurs télécoms Orange, SFR et Iliad-Free pour déployer plus fortement la 4G en zones rurales.* »¹⁴
- **SFR** : « *Les opérateurs télécoms veulent tirer les enseignements du confinement. **Après Martin Bouygues, le PDG du groupe Bouygues, qui appelait à un report du lancement de la 5G en France, c'est au tour de Grégory Rabuel, le PDG de SFR, de proposer une refonte de l'aménagement numérique sur le territoire.*** »¹⁵

Dès lors, on peut s'étonner de la hâte d'attribuer les fréquences.

* *
*

¹⁴ <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/il-y-a-urgence-a-ameliorer-la-couverture-mobile-4g-en-france-dit-le-patron-de-bouygues-telecom-1207343>

¹⁵ <https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/sfr-appelle-a-un-segur-du-haut-debit-20200601>

TITRE II – PRESENTATION DE LA DEMANDE

Les requérants contestent cette procédure d’attribution des fréquences de la 5G et sollicitent, l’annulation des actes faisant grief suivants :

1. La **décision n°2020-0329 de l’ARCEP** en date du 31 mars 2020 publiée sur son site le 05 novembre 2020, relative au compte rendu de l’instruction des dossiers de candidatures reçues et au résultat de la phase d’attribution des blocs de 50MHz dans le cadre de la procédure d’attribution d’autorisations d’utilisation de fréquences dans la bande 3,4-3,8GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public
2. La **décision n° n°2020-1160 de l’ARCEP** en date du 20 octobre 2020, publiée sur son site le 04 novembre 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

En tant que de besoin, il convient de rappeler que la présente procédure s’inscrit dans la théorie générale du « recours pour excès de pouvoir » et non dans celle du recours « Tarn & Garonne ».

En effet, dans sa décision « *Privatisation de l’Aéroport de Toulouse-Blagnac* »¹⁶, le Conseil d’Etat a précisé

25. (...) les requérants ne peuvent utilement invoquer la méconnaissance des principes généraux du droit de la commande publique, en particulier des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dès lors que l'opération litigieuse, qui a pour objet la cession d'une participation de l'Etat au capital d'une société, ne relève pas du champ de la commande publique.

Ce qui est vrai pour la cession d’une participation de l’Etat au capital d’une société est également vrai lorsque l’Etat concède un droit exclusif d’usage d’une partie du domaine public immatériel.

¹⁶ CE 9 octobre 2019, Décision N°430538, 431689

TITRE III – RECEVABILITE

CHAPITRE PRELIMINAIRE - Les actes visés font grief

Section 1 - RAPPEL DES PRINCIPES

De jurisprudence constante, pour que le juge administratif soit valablement saisi, encore faut-il lui présenter un acte faisant grief¹⁷. Le professeur CHAPUS a pu ainsi rappeler que

« Le contentieux est lié, dès lors que la mesure qui fait l'objet du recours édicte une norme traduisant la volonté de **modifier l'ordonnancement juridique** »

Comme l'objectif d'un acte réglementaire (décret ou arrêté) est par essence de modifier l'ordonnancement juridique en créant ou restreignant des droits, ces actes sont généralement considérés comme faisant grief. Les décisions de l'ARCEP du 31 mars 2020 et du 20 octobre 2020 sont des actes qui font grief.

De plus, pour réaliser un recours à l'encontre de telles décisions, celles-ci doivent avoir fait l'objet d'une publication.

Section 2 - APPLICATION DES PRINCIPES AU CAS D'ESPECE

La décision n°2020-1160 prise le 20 octobre 2020 modifie l'ordonnancement juridique dès lors qu'elle crée des droits pour les lauréats de la procédure d'attribution en leur octroyant une utilisation exclusive des fréquences hertziennes pour une durée limitée.

Cette décision reprend en synthèse les différentes étapes de la procédure d'attribution, en restituant les résultats pour chacune d'entre elles, ayant permis l'attribution de ces droits, et notamment la décision n°2020-0329.

Cette décision n'a été publiée, à ce jour, que sur le site de l'agence quand bien il soit évoqué une publication au journal officiel.

¹⁷ Ass., 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker* - CE 18 décembre 2002 - *Mme Duvignères* - les dispositions dénuées de caractère impératif d'une circulaire ou d'une instruction ne font pas grief et les conclusions tendant à leur annulation sont irrecevables

Cette absence de publication au journal officiel ne saurait faire obstacle au présent recours puisque les décisions prises par des autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine de la régulation font l'objet de modalités de recours spécifiques.

Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé comme étant suffisante la publication de la décision rendue par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sur son site internet¹⁸.

Il ne fait aucun doute que l'ARCEP constitue une autorité administrative indépendante.

En effet, dans sa décision n° 96-378 du 23 juillet 1996, le Conseil constitutionnel avait considéré que l'ART (autorité de régulation des télécommunications) était une autorité administrative indépendante (AAI).

Selon les professeurs COLSON et IDOUX

« la grande continuité entre les deux autorités permet de considérer que l'ARCEP, qui possède les caractéristiques d'une AAI, en constitue officiellement une, comme l'a reconnu la loi du 20 janvier 2017 »¹⁹.

* *
*

¹⁸ CE, 25 nov. 2015, Sté Gibmedia, requête numéro 383482, Rec.

¹⁹ Jean Philippe COLON et Pascale IDOUX, Droit public économique, 9^e éd°, LGDJ, 2018, n° 1303

CHAPITRE PREMIER – INTERET A AGIR

Section 1 – LES PERSONNES ELECTROHYPERSENSIBLES

Les personnes électro hypersensibles présentent une intolérance aux champs électromagnétiques de faible ou très faible intensité, aux ultraviolets et parfois la lumière visible, qu'elle soit naturelle (soleil) ou artificielle (néons, halogènes, etc.).

Cette hypersensibilité est aujourd'hui reconnue par la science ainsi que par le monde médical puisque des certificats sont délivrés aux personnes ayant subi plusieurs examens pour en attester.

C'est le cas de Madame D... dont l'hypersensibilité a été reconnue par le CHU de Grenoble (Pièce n°5) ainsi que par le Docteur BOURIN-KLEIN (Pièce n°6).

Fort de cette reconnaissance médicale, la Cour d'appel de Grenoble a tiré toutes les conséquences juridiques de ce diagnostic médical, dans le cadre d'un litige avec un un opérateur de distribution d'électricité. En effet, à hauteur de référé, la Cour d'appel de Grenoble a retenu que **le principe de précaution impose de ne pas l'exposer à un risque d'aggravation de son état** par l'introduction de nouvelles sources, médicalement contre indiquée. Allant jusqu'au bout de son raisonnement, la Cour d'appel de Grenoble a considéré que **la méconnaissance du principe de précaution cause un trouble manifestement illicite** qu'il convient de faire cesser (Pièce n°7).

L'ARCEP, en autorisant une augmentation du niveau de son exposition, et ce à de nouvelles fréquences aux effets inconnus selon l'ANSES, sur le territoire de sa propre demeure, a prise des décisions causant nécessairement un préjudice direct et personnel à Madame D... En effet, celle-ci qui peut être amenée pour des raisons tant personnelles que professionnelles à se déplacer sur l'ensemble du territoire. Du fait de l'exposition à ces nouvelles fréquences, Madame D... voit ainsi son droit d'aller et venir fortement réduit lui causant ainsi un préjudice dans sa vie quotidienne et lui donne un intérêt à agir manifeste.

Section 2 - LES MEMBRES DE LA CONVENTION CITOYENNE POUR LE CLIMAT

Les membres de la Convention Citoyenne pour le Climat (CCC) ont été sélectionnés et ont eu pour mandat de faire des propositions afin de lutter contre le changement climatique.

Le travail des membres est ainsi présenté sur le site officiel de la CCC

POUR LA PREMIERE FOIS, UN PANEL DECRIVANT LA DIVERSITE DES CITOYENS ET CITOYENNES FRANÇAISES EST DIRECTEMENT IMPLIQUES DANS LA PREPARATION DE LA LOI.

La Convention Citoyenne pour le Climat, expérience démocratique inédite en France, a pour vocation de donner la parole aux citoyens et citoyennes pour accélérer la lutte contre le changement climatique.

Elle a pour mandat de définir une série de mesures permettant d'atteindre une baisse d'au moins 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 (par rapport à 1990) dans un esprit de justice sociale.

Décidée par le Président de la République, elle réunit cent cinquante personnes, toutes tirées au sort ; elle illustre la diversité de la société française.

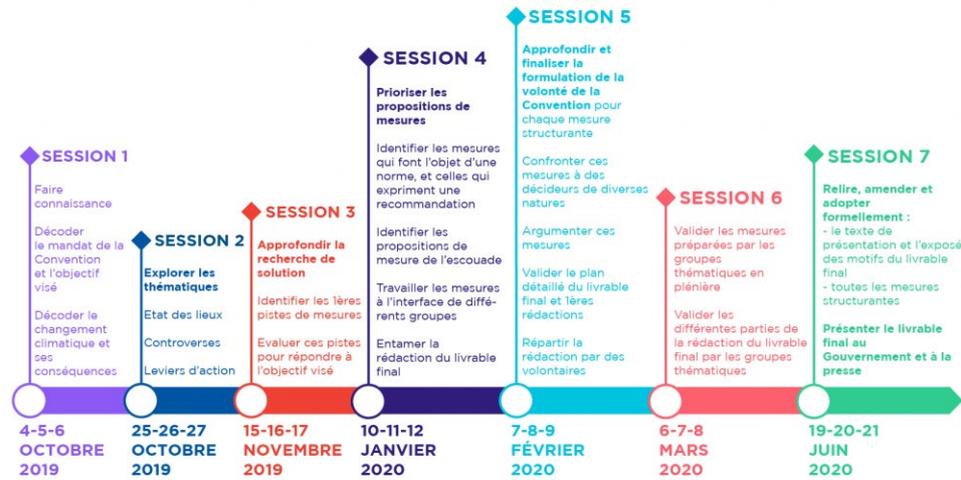
Ces citoyens s'informent, débattent et prépareront des projets de loi sur l'ensemble des questions relatives aux moyens de lutter contre le changement climatique. Les séances plénières sont retransmises sur ce site.

Le Président de la République s'est engagé à ce que ces propositions législatives et réglementaires soient soumises "sans filtre" soit à référendum, soit au vote du parlement, soit à application réglementaire directe.

Installée le 4 octobre 2019, les membres de la CCC ont travaillé jusqu'en juin 2020, en auditionnant des experts aux opinions contradictoires et débattant entre eux des principales mission prévues par leur mandat.

Le schéma ci-après détaille les différentes étapes de cette consultation inédite.

**Objectif de la Convention citoyenne sur le climat :
Proposer des mesures pour réduire d'au moins 40% les émissions des
Gaz à Effet de Serre d'ici 2030 dans une logique de justice sociale**



Cela représente un investissement temps considérable s'étalant sur plusieurs mois et sacrifiant plusieurs week-ends. Les membres de la CCC ont pris au sérieux leur mission. La remise en cause de leur travail et de leurs propositions avec une désinvolture par le Président ou les ministres, sous la pression de puissants lobbys, peut être la source d'un trouble, voire d'un préjudice moral²⁰.

Il était expressément prévu que des questions relatives à la rénovation énergétique des bâtiments, à l'agriculture, aux mobilités, à la fiscalité écologique, et à tout autre verrou ou levier d'action jugé pertinent par les membres de la Convention pouvaient être abordées.

Le processus de validation était clairement établi dès la mise en place de la Convention.

Le contrat passé entre l'Etat et les membres était donc clair et ces derniers étaient donc parfaitement droit d'espérer voir soumises les propositions à référendum, au vote du parlement ou à application réglementaire directe.

²⁰ https://actu.fr/societe/entretien-membre-de-la-convention-citoyenne-sur-le-climat-ce-breton-est-decu-du-resultat_36205458.html
<https://www.leparisien.fr/politique/climat-cinq-minutes-pour-comprendre-la-brouille-entre-macron-et-la-convention-citoyenne-14-10-2020-8402832.php>

C'est le cas pour Mesdames R... et RO... qui font partie des membres de la Convention avec qui le contrat avait été passé. En ne soumettant la proposition sur le moratoire de la 5G à aucune des issues possibles après le vote, l'Etat a violé son engagement envers ces personnes qui présentent donc un intérêt à agir contre les décisions attaquées.

Section 3 - LES ASSOCIATIONS

Depuis la jurisprudence du Conseil d'Etat, SYNDICAT DES PATRONS COIFFEURS DE LIMOGES²¹, les associations et groupements ont intérêt à agir contre un acte qui revêt deux caractéristiques²² :

- d'une part, l'acte doit porter atteinte aux « *intérêts qu'elle a pour objet de défendre* »²³ et
- d'autre part, il doit s'agir d'un acte réglementaire ou individuel « positif ». Autrement dit, l'acte doit faire grief.

Les associations peuvent agir en invoquant des droits dont elles ne sont pas elles-mêmes titulaires mais qu'elles se sont données pour mission de promouvoir.

A défaut d'éléments explicites dans son nom ou dans son objet étayant l'intérêt à agir de l'association, il sera nécessaire d'analyser son champ d'intervention en prenant en compte les indications fournies par les autres stipulations des statuts, notamment par le titre de l'association et les conditions d'adhésion, éclairées, le cas échéant, par d'autres pièces du dossier.

Ainsi, les associations ayant pour objet la défense d'un environnement sain voient donc les intérêts qu'elles défendent mis à mal par les actes susvisés qui font tous grief et affectent l'intérêt collectif des membres de chaque association.

²¹ CE, 28 déc. 1906 : Lebon, p. 977

²² Xavier DUPRE de BOULOIS, RDLF 2011, chron. n°15 et 16 et RDLF 2012, chron. n°1

²³ CE ord., 12 novembre 2005, *Asso. SOS Racisme*, n°286832

L'association Liberté Environnement Bretagne entend défendre les libertés individuelles et collectives pour un environnement sain.

Elle a donc bien un intérêt à agir tant en son nom propre qu'au nom des personnes physiques qu'elle regroupe.

Section 4 - LES CITOYENS

Les citoyens sont en droit d'attendre de l'Etat français une sécurité dans le déploiement de chaque nouvelle technologie qui pourrait avoir un impact environnemental et sanitaire.

Des textes réglementaires et législatifs ont d'ailleurs été adoptés dans ce sens.

En attribuant les fréquences, sans même avoir procédé à une analyse sur l'impact sanitaire, l'Etat a ainsi créé un préjudice à chaque citoyen qui sera exposé à cette nouvelle technologie alors même que son innocuité n'est pas démontrée.

CHAPITRE II – Qualité à agir

Les différents groupes de requérants ayant, tous, un intérêt direct à agir et disposant de leur capacité juridique ont qualité pour agir.

Il résulte de la lecture des pièces produites, que tous les requérants ont ainsi donné « MANDAT SPECIAL » aux Avocats pour les représenter dans la présente affaire devant le Conseil d'Etat (Cf. Pièces de forme, n° 100 et s.)

Les différentes catégories de requérants ayant intérêt et qualité à agir contre les actes faisant grief, le présent recours est recevable.

TITRE IV – NULLITE DES ACTES INCRIMINES EN FONCTION D'UNE ILLEGALITE EXTERNE

Section 1 - NULLITE DE LA DECISION EN RAISON D'UN VICE DE COMPETENCE

§1. L'absence de prise de décision, un vice d'incompétence négative

L'incompétence consiste, selon le Président ODENT²⁴, en ce qu'une « *décision n'a pas été prise par l'autorité qui avait qualité pour la prendre* ». Une autorité commet une incompétence lorsqu'elle prend une décision alors qu'elle ne disposait pas d'une habilitation légale lui permettant d'agir. Ainsi entendue, l'incompétence peut être positive ou négative.

Une forme particulière d'incompétence, appelée *incompétence négative*, résulte de ce que **l'autorité a refusé de prendre une décision entrant dans ses attributions légales**²⁵. Elle a ainsi méconnu l'étendue de ses compétences qu'elle n'a pas pleinement exercées²⁶. C'est le cas notamment lorsqu'elle a renoncé à exercer son pouvoir d'appréciation²⁷.

Ce principe trouve à s'appliquer

- En matière réglementaire, dans l'arrêt LARGUIER²⁸, le Conseil d'état a considéré que « *le refus par un ministre de provoquer l'intervention d'un décret faisant application d'une disposition législative est, lorsqu'il a disposé du temps nécessaire, illégal* » ;
- En matière de police, « *l'autorité de police est tenue lorsque des circonstances mettent en péril l'ordre public de prendre les dispositions réglementaires nécessaires pour parer aux dangers menaçants* »²⁹.

²⁴ R. Odent, *Contentieux administratif : Les cours de droit*, p. 1777

²⁵ Par exemple, en estimant à tort qu'elle n'en avait pas le pouvoir (CE, 31 juill. 1903, P. : Rec. CE 1903, p. 584, concl. J. Romieu. – CE, 21 juin 1912, C. : Rec. CE 1912, p. 971, concl. L. Blum. – CE, sect., 30 juin 1950, Q. : Rec. CE 1950, p. 413 ; D. 1951, jurispr. p. 246, concl. Delvolvé

²⁶ CE, 23 mars 1994, n° 101267, Union générale attachés d'adm. centrale. – CE, 27 mars 2000, n° 200591, W. : Rec. CE 2000, p. 1155. – CE, 14 nov. 2001, n° 205824, C.

²⁷ CE, 20 juin 2003, S. : Rec. CE 2003, p. 258, concl. F. Lamy

²⁸ CE 9 novembre 1977, Larguier, p. 429

²⁹ CE 23 octobre 1959, Doublet.

A. Rappel du principe de précaution en tant que prérogative de police sanitaire de l'Etat

Dans leur rapport au premier ministre³⁰, les professeurs VINEY et KOURILSKY expliquait, dès 1999, que

« Le principe de précaution définit l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité des générations actuelles ou futures, ou pour l'environnement.

Il s'impose spécialement aux pouvoirs publics qui doivent faire prévaloir les impératifs de santé et de sécurité sur la liberté des échanges entre particuliers et entre états.

Il commande de prendre toutes les dispositions permettant, pour un coût économiquement et socialement supportable, de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau acceptable et, si possible, de l'éliminer, d'en informer les personnes concernées et de recueillir leurs sujétions sur les mesures envisagées pour le traité.

Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut-être à tout moment révisé »

Et d'ajouter que

« il convient d'exiger par conséquent de la personne qui dénonce le risque un début de preuve permettant de fonder ce risque sur une hypothèse scientifiquement crédible, susceptible de rallier l'opinion d'une partie non négligeable, même si elle est minoritaire de la communauté scientifique pour autant que l'hypothèse soit formulée avec une rigueur méthodologique capable de rallier une majorité ».

Dans son rapport de 1998 consacré au « droit de la santé »³¹, le Conseil d'État précise que la **fonction de vigilance confiée à l'État** dans le domaine sanitaire,

*« certains estiment aujourd'hui pouvoir rattacher à un principe de précaution, consiste pour l'État à **user de ses prérogatives de police sanitaire en présence de tout danger potentiel sérieux** ».*

³⁰ G. Viney, P. Kourilsky, *Le principe de précaution. Rapp. Premier min. : Doc. fr., 1999*
<https://www.vie-publique.fr/rapport/26392-le-principe-de-precaution-rapport-au-premier-ministre>

³¹ *Conseil d'État, Rapp. public 1998 : Doc. fr., p. 248*

Dans un arrêt du 30 juillet 1997³², le Conseil d'État rappelle que

« même en l'absence de texte et l'y autorisant expressément, il appartient au ministre de la Santé de prendre les mesures permettant de mettre en garde le public contre des produits dont la consommation présente un risque grave pour la santé publique ».

La consécration de ce principe par le Conseil d'État apparaît dans un arrêt de 1998, et repris depuis lors tant par la Haute juridiction que par les juridictions inférieures³³.

Ce principe a été consacré au plus haut niveau dans la hiérarchie des normes avec son **inscription dans la Charte de l'environnement insérée dans le préambule de la Constitution de 1958** par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005. Il en résulte que, le principe de précaution, aujourd'hui, *principe constitutionnel*, constitue un **élément de légalité des mesures de police sanitaire**.

B. Application au cas particulier

L'ARCEP s'est vue attribuée des prérogatives de police spéciale dans le domaine des communications électroniques par le législateur

*Considérant qu'il résulte des dispositions des articles L. 32-1, L. 34-9-1, L. 34-9 2, L. 42-1 et L. 43 du code des postes et des communications électroniques, complétées par celles du décret du 3 mai 2002 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, que le législateur a organisé de manière complète une police spéciale des communications électroniques confiée à l'Etat ; **que les pouvoirs de police spéciale ainsi attribués au ministre chargé des communications électroniques, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et à l'Agence nationale des fréquences, qui reposent sur un niveau d'expertise (...), sont conférés à chacune de ces autorités, notamment pour veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques et à la protection de la santé publique***³⁴

³² CE, 30 juill. 1997, n° 158748

³³ CE, 25 sept. 1998, n° 194348, Greenpeace

³⁴ Conseil d'Etat, Sous-sections 2 et 7 réunies, 26 Décembre 2012 - n° 352117

De plus, plusieurs études constatent la dangerosité des champs électromagnétiques et leurs risques sur la santé.

Comme suite, au 20 octobre 2020³⁵ 407 scientifiques ont dénoncé les effets néfastes des ondes sur la santé et l'environnement en raison de l'ajout des fréquences de la 5G aux champs électromagnétiques artificiels déjà subis.

Ils font ainsi référence à plusieurs études scientifiques démontrant le lien entre ondes et dégradation de la santé des humains et des animaux.

Il y a tout d'abord une étude américaine du NATIONAL TOXICOLOGY PROGRAM (NTP)³⁶ qui démontre un accroissement statistiquement significatif de cancer du cerveau et du cœur chez des animaux exposés à des niveaux de champs électromagnétiques bien inférieurs aux valeurs limites préconisées par la COMMISSION INTERNATIONALES DE PROTECTION CONTRE LES CHAMPS ÉLECTROMAGNETIQUES (ICNIRP).

Une autre étude publiée le 16 mars 2017 sur « *Évaluation de l'utilisation des téléphones portables et des téléphones sans fil et du risque de gliome à l'aide des points de vue de Bradford Hill de 1965 sur l'association ou la cause* »³⁷ conclut :

Les neuf points de vue de Bradford Hill sur l'association ou la causalité concernant le rayonnement RF [radiofréquence] et le risque de gliome semblent être satisfaits dans cette revue.

Sur cette base, nous concluons que le gliome est causé par un rayonnement RF.

Une révision des directives actuelles pour l'exposition aux rayonnements RF est nécessaire.

Il y a ensuite le CENTRE INTERNATIONAL DE RECHERCHE SUR LE CANCER (CIRC) de l'OMS, qui classait en 2011 les champs électromagnétiques comme cancérigènes possibles pour l'Homme »³⁸.

Ensuite, un rapport publié en 2012 par 29 docteurs en médecine, démontre à travers plusieurs études l'impact des ondes sur la santé de l'être humain³⁹.

³⁵ <https://www.5gappeal.eu/signatories-to-scientists-5g-appeal/>

³⁶ <https://www.biorxiv.org/content/biorxiv/early/2016/05/26/055699.full.pdf>

³⁷ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5376454/>

³⁸ https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/pr208_F.pdf

³⁹ <https://bioinitiative.org/>

Enfin, des lignes directrices de l'EUROPAEM ont été publiées en 2016 (EUROPEAN ACADEMY FOR ENVIRONMENTAL MEDICINE) pour la prévention, le diagnostic, et le traitement des sujets atteints de problèmes de santé et de maladies en lien avec les champs électromagnétiques⁴⁰. Elle note que

« les preuves s'accumulent qui montrent que l'exposition permanente à certains champs électromagnétiques est un facteur de risque pour des affections telles que le cancer, la maladie d'Alzheimer, l'infertilité humaine... »

Les symptômes de l'Electrohypersensibilité (EHS) qui comportent : céphalées intenses, troubles de la concentration, troubles du sommeil, épuisement ainsi que des symptômes similaires à ceux de la grippe »

Il peut être utile de noter également que la Déclaration Internationale sur l'Electrohypersensibilité (EHS) de Bruxelles prévoyait en 2015 :

«Au vu de nos connaissances scientifiques actuelles, nous appelons instamment tous les organismes et institutions nationaux et internationaux (...) à reconnaître l'EHS et le MCS comme de vraies pathologies considérées comme des maladies sentinelles annonciatrices d'un problème de santé publique majeur dans les années à venir dans le monde entier: c'est-à-dire dans tous les pays autorisant l'utilisation sans restriction de technologies électromagnétiques sans-fil et la commercialisation de substances chimiques.

L'inaction a un coût pour la société désormais et n'est plus une option.(...)

Nous appelons tous les organismes et institutions nationaux et internationaux à prendre conscience de ce problème majeur de santé environnementale (...) et que les mesures majeures de prévention primaires soient adoptées et priorisées, dans la perspective de cette pandémie mondiale »

Monsieur MERCKEL, chef de l'unité d'évaluation de l'unité des risques physiques à l'ANSES, a déclaré le 1er juillet 2020 lors d'une table ronde relative aux impacts sanitaires et environnementaux de la 5G

il existe de nombreuses publications et de données accumulées depuis plus de 20 ans dans des bandes qui courent jusqu'à 2,5 GHz, c'est-à-dire, jusqu'au Wifi et à la téléphonie mobile 2G, 3G et 4G.

En revanche, à 3,5 GHz, nous manquons d'informations. En effet, très peu de déploiements ont eu lieu dans ces bandes. Les laboratoires de recherche ne se sont donc pas intéressés à cette donnée⁴¹

⁴⁰ https://www.alerte.ch/images/stories/documents/publications/EUROPAEM_Directives_2016.pdf

⁴¹ http://videos.senat.fr/video.1687884_5efc2c745b83a.atdd-5g?timecode=5192000 à partir de 1h09 37sec

Et a illustré son propos avec cette diapositive :

Technologies 5G et évaluation des risques sanitaires

- Les effets sur le vivant dépendent de la fréquence des rayonnements :
 - 3,5 GHz : pénétration à l'intérieur du corps, avec de fortes variations en fonction de la fréq.
 - 26 GHz : pénétration superficielle (peau), très limitée à partir d'environ 6-10 GHz et au-delà
- Des données diversement disponibles
 - De 1 à 2,5 GHz : beaucoup d'études sur les effets des signaux 2G, 3G, Wi-Fi, ...
 - 3,5 GHz : pas d'études sur les effets des signaux 5G sur le vivant
 - 26 GHz : des résultats de recherche disponibles sur des effets sur la peau, l'œil, ...
- Des modalités d'exposition différentes en fonction des technologies
 - 2G, 3G, 4G : faisceaux d'antennes-relais fixes, des variations faibles de l'exposition au cours de la journée
 - 5G : les faisceaux d'émission des antennes peuvent être beaucoup plus fins, plus énergétiques, leur position dans l'espace varie, l'exposition est très variable dans le temps
- Calendrier : résultats des évaluations du niveau de preuve des effets pour les bandes 3,5 GHz et 26 GHz attendus pour 1^{er} trimestre 2021

anses

Avant d'ajouter :

Rien ne permet aujourd'hui d'affirmer que la 5G ne présente aucun risque pour la santé⁴²

A la suite de plusieurs études alertant sur le danger causé par les champs électromagnétiques que la 5G va démultiplier, sur la santé ainsi que sur l'environnement, il semble important de suspendre l'attribution des autorisations et de faire réaliser les études indépendantes nécessaires tant en application des textes législatifs, qu'en application du principe de précaution afin d'arriver à un consensus sur l'innocuité de cette nouvelle technologie.

§2. Un vice de compétence dans l'exercice du rôle de régulateur par l'ARCEP

A. L'application du droit de la régulation

Ainsi est né le droit de la régulation :

*« La remise en cause de l'efficacité économique et même la perte de légitimité d'un interventionnisme étatique tous azimuts ont rendu nécessaires de nouvelles formes d'action publique mieux informées, plus souples et plus concertées. **A un État interventionniste, s'est substitué un État stratège** et pilote, soucieux de faire participer les citoyens à l'élaboration des décisions administratives, sans pour autant se déposséder de ses compétences et de ses prérogatives.⁴³*

⁴² http://videos.senat.fr/video.1687884_5efc2c745b83a.atdd-5g?timecode=5192000 à partir de 1h56 13 sec

⁴³ Discours prononcé par Monsieur Jean-Marc SAUVE, vice-Président du Conseil d'Etat, dans le cadre du Colloque organisé par l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), le 16 juin 2014

Ce concept, complètement étranger à l'Etat et au droit français, a dû être explicité lors de l'ouverture à la concurrence des certaines activités, souvent en réseaux, qui étaient gérées jusque-là par des opérateurs étatiques en situation de monopole.

C'est ce qu'a fait Monsieur Bruno LASSERRE, vice-président du Conseil d'Etat devant les élèves de l'ENA de la promotion 2019 :

*La régulation, nous l'avons dit, ce n'est pas la réglementation ou la législation. **Réguler** ce n'est donc pas préparer des textes de loi ou des décrets. Ce n'est pas non plus faire soi-même. En revanche, cela n'exclut pas une certaine activité normative allant de **l'allocation des ressources rares à l'arbitrage entre les différends, voire à la sanction, en passant par le droit souple.***

*La régulation recouvre ainsi une **nouvelle forme de normativité** qui découle de la nécessité de s'adapter à des situations évolutives pour lesquelles les formes habituelles de la loi et du règlement sont inefficaces ou insuffisantes.*

*Sous ce « nouveau pavillon de la normativité » décrit par le professeur Yves Gaudemet, **la régulation s'appuie en particulier sur des instruments de droit plus ou moins souple allant des recommandations aux codes de conformité, en passant par les lignes directrices, les contrats de performance et les chartes de déontologie.***

Et cette échelle de normativité graduée permet aux autorités administratives indépendantes de mieux appréhender les situations concrètes pour s'y adapter plus efficacement.

En parallèle, la régulation s'appuie sur de nouvelles procédures plus participatives, qui répondent aux critiques faites à la démocratie représentative et au refus d'une logique descendante par laquelle l'Etat imposerait ses décisions sans aucune forme de concertation⁴⁴.

Il ressort de ce rappel des prérogatives des autorités de régulation en France, un rôle de conciliateur de plusieurs objectifs, parfois contradictoires, et sans se substituer aux opérateurs.

Elles n'ont pas vocation à prendre parti en faveur de tel ou tel opérateur ou à répéter les discours promotionnels échafaudés par des industriels. Elles doivent être placées au-dessus de l'ensemble des parties.

⁴⁴ <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-etat-regulateur-discours-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>

Les autorités de régulation doivent garder à l'esprit qu'elles sont aussi et surtout les gendarmes de l'intérêt général. Le juge conserve un rôle primordial dans cette nouvelle configuration de l'action de l'Etat :

*Le juge de l'administration ne peut pas, moins que jamais, s'enfermer dans une analyse abstraite et indifférente aux enjeux économiques et financiers des décisions qu'il contrôle. Il doit non seulement les comprendre, mais aussi déterminer in concreto leur place dans l'équilibre parfois subtil entre les différentes composantes de l'intérêt général protégées par la loi, telles que la concurrence, mais aussi la **protection des consommateurs**, la garantie d'un service universel accessible à tous, l'égalité d'accès aux services, le progrès scientifique et technique et, bien sûr, la **protection des libertés fondamentales**.⁴⁵*

A la lecture de ces explications, il ressort clairement le rôle de chacun dans l'application du droit de la régulation. Les autorités telles que l'ARCEP ont une fonction de régulation par le biais de recommandations, de contrôles et de sanctions afin de préserver la concurrence, la protection des consommateurs, l'accès au service et la santé conformément à l'article L.32-1 du CPCE.

B. L'application au cas d'espèce

Dans le choix qui a été fait de mettre en place des enchères avec des prix fixes définis par l'ARCEP, l'autorité est bien loin de son rôle de régulation. Elle outrepassse ses prérogatives en intervenant dans la définition des prix pour l'achat des blocs.

En effet, l'achat des fréquences se fait selon le procédé suivant :

Ces enchères sont organisées par l'Arcep, selon un système de tours.

Les candidats qualifiés ont ainsi la possibilité d'acquérir des fréquences additionnelles, par blocs de 10MHz. Chaque candidat ne peut disposer de plus de 100 MHz au total (50 MHz issus de la première partie de la procédure, et 50 MHz dans la seconde – l'enchère principale).

Le prix de réserve déterminé par le Gouvernement est de 70 millions d'euros par bloc de 10 MHz.

⁴⁵ Discours prononcé par Monsieur Jean-Marc SAUVE, vice-Président du Conseil d'Etat, dans le cadre du Colloque organisé par l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), le 16 juin 2014

L'Arcep conduit cette enchère ascendante multi-tour de la manière suivante :

- **A chaque tour, l'Arcep indique le prix pour un bloc de 10 MHz, puis chaque candidat indique le nombre de blocs souhaités à ce prix, dans la limite de 5 blocs chacun.**

- **Tant que le nombre de blocs demandés par les opérateurs excède celui de blocs disponibles, l'Arcep organise un nouveau tour, et augmente le prix unitaire du bloc de 10 MHz, d'un incrément fixé à 5 millions d'euros.**

- **La valeur de l'incrément entre deux tours du prix d'un bloc de 10MHz est fixée par l'Arcep. Il pourra être modifié par l'Arcep à la fin de chaque journée d'enchère. S'il n'est pas modifié, l'incrément utilisé pour une journée d'enchère est celui de la journée d'enchère précédente.**⁴⁶

Il transparait clairement à travers la description de la procédure que l'ARCEP fixe elle-même le prix des blocs de fréquences, les opérateurs n'ayant plus qu'à se manifester sur le nombre.

La concurrence ici n'est pas protégée mais tout simplement écartée pour en revenir à un interventionnisme de l'État à travers une autorité qui se doit d'être indépendante dans son rôle de régulateur.

Un esprit chagrin prétendra que **l'ARCEP organise une entente entre les opérateurs sous le couvert d'une mise en concurrence cosmétique** tant cette technique est loin de la pureté d'une enchère ouverte théorisée par l'économiste libéral COASE.

Cette hypothèse peut également s'appuyer sur la temporalité du dossier. La décision attribuant le positionnement des lauréats sur la bande de fréquences a été prise par l'ARCEP le 20 octobre 2020. Elle a donc été notifiée dans le meilleur des cas le jour même.

Sur cette même date se tenait l'université d'été du très haut débit. C'est au cours de cet événement que Stéphane RICHARD, le PDG d'Orange a évoqué la mutualisation des réseaux Orange et Free pour la 5G⁴⁷.

Au moment de cette déclaration, la décision d'attribution des fréquences n'est toujours pas publiée par l'ARCEP.

⁴⁶ https://www.arcep.fr/fileadmin/cru-1601313183/user_upload/grands_dossiers/5G/dossier-de-presse-5G_28092020.pdf

⁴⁷ <https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/5g-les-operateurs-orange-et-free-pourraient-mutualiser-leurs-reseaux-20201021>

Cette annonce contrevient aux règles de la procédure toujours en cours. Le document II du cahier des charges rédigé par l'ARCEP, prévoit que toute communication entre les candidats au cours de la procédure est strictement interdite sous peine de constituer une atteinte à la libre concurrence

En particulier, durant la présente procédure, de l'élaboration par les candidats de leur dossier de candidature à la publication des résultats de la phase d'enchères de positionnement, les candidats sont tenus, en application de l'article L. 420-1 du code de commerce, de ne pas échanger entre eux au sujet de la présente procédure.⁴⁸

Cette annonce semble avoir nécessité, au moins, une **discussion durant la période de procédure pour l'attribution des fréquences.**

Enfin, pour ce qui est de la protection des futurs consommateurs très (trop ?) souvent mise en avant par l'ARCEP pour justifier le choix et le fonctionnement de ses enchères, ce rôle n'a pas à être exercé à ce niveau de la procédure et encore moins par les moyens qui ont été déployés. Elle aura pu agir par le biais de recommandations ou d'obligations

La protection des consommateurs n'a d'ailleurs pas vocation à s'exprimer uniquement sur le volet économique mais surtout et avant tout, sur le volet de la santé.

Quoi qu'il en soit, organiser une baisse du prix des blocs de fréquences, **pour les opérateurs**, ne signifie nullement que ceux-ci iront en-deçà du prix maximal d'acceptabilité **pour les consommateurs** des forfaits commercialisés.

Ainsi, quand on constate la différence de prix entre les forfaits 4G et les forfaits 5G, on comprend mieux l'engouement des opérateurs pour cette technologie⁴⁹ qui va permettre d'augmenter considérablement le coût des abonnements : **le premier prix de l'abonnement 5G correspond à prix le plus cher d'un abonnement 4G !**

⁴⁸ https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/19-1386.pdf - page 40

⁴⁹ « Acquis pour 602 millions d'euros, ce nouveau bloc de fréquences dédiées à la 5G permet à Bouygues de doubler son patrimoine spectral »
<https://www.zonebourse.com/cours/action/BOUYGUES-4620/actualite/Bouygues-l-operateur-obtient-70MHz-de-frequences-5G-31462601/>

Les Forfaits 4G

Promotion 2h 100Mo bloqué ou non 2h d'appels SMS/MMS illimités 2,99€ /mois pendant 12 mois puis 7,99€/mois Prix client Open 0,99€ pendant 12 mois puis 4,99€/mois Engagement 12 mois	Promotion 2h 5Go bloqué ou non 2h d'appels 3 nt illimités SMS/MMS illimités 11,99€ /mois pendant 12 mois puis 16,99€/mois Prix client Open 6,99€ pendant 12 mois puis 11,99€/mois Engagement 12 mois	Promotion 10Go Appels illimités SMS/MMS illimités 21,99€ /mois pendant 12 mois puis 26,99€/mois Prix client Open 14,99€ pendant 12 mois puis 19,99€/mois Engagement 12 mois
Promotion 70Go Appels illimités SMS/MMS illimités 19,99€ /mois Pendant 12 mois puis 34,99€/mois Prix client Open 9,99€ pendant 12 mois puis 24,99€/mois Engagement 12 mois	Promotion 80Go Appels illimités SMS/MMS illimités Multi-SIM Internet sur demande 29,99€ /mois Pendant 12 mois puis 44,99€/mois Prix client Open 19,99€ pendant 12 mois puis 34,99€/mois Engagement 12 mois	

Les forfaits 4G compatibles 5G

Promotion 70Go Appels/SMS/MMS illimités Multi-SIM Internet sur demande 24,99€ /mois Pendant 12 mois puis 39,99€/mois Prix client Open 14,99€ pendant 12 mois puis 29,99€/mois Engagement 12 mois	Promotion 100Go Appels/SMS/MMS illimités Multi-SIM Internet sur demande 34,99€ /mois Pendant 12 mois puis 49,99€/mois Prix client Open 24,99€ pendant 12 mois puis 39,99€/mois Engagement 12 mois	Promotion 150Go Appels/SMS/MMS illimités Multi-SIM Internet et Multi-SIM appels & Internet sur demande Appels/SMS illimités vers et depuis l'Europe Appels illimités vers les filiales et réseaux USA/Canada/Mexico illimités depuis l'Europe 49,99€ /mois Pendant 12 mois puis 64,99€/mois Prix client Open 34,99€ pendant 12 mois puis 49,99€/mois Engagement 12 mois
Promotion Go illimités Appels/SMS/ MMS illimités Appels/SMS/ MMS illimités vers et depuis Europe, USA, Canada, Chine Multi-SIM Internet et Multi-SIM Appels & Internet sur demande SMS vers et depuis le Monde 79,99€ /mois Pendant 12 mois puis 94,99€/mois Prix client Open 64,99€ pendant 12 mois puis 79,99€/mois Engagement 12 mois	Profitez de la 5G à partir de décembre 2020 • Avec un forfait compatible 5G • Avec un téléphone compatible 5G • Sur une zone couverte par le réseau 5G Tout savoir sur la 5G >	

§3. *Un vice de compétence de l'organe ayant pris la décision d'attribution des fréquences.*

Selon l'article 1^{er} du règlement intérieur de l'ARCEP (Pièce n°3), l'organe interne compétent pour décider de l'attribution des fréquences est la formation plénière de cette autorité

Conformément à l'article L. 130 du code des postes et des communications électroniques (« CPCE »), l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est composée de sept membres, dont son président, et se réunit en trois formations.

La formation plénière de l'Autorité délibère sur l'ensemble des avis et décisions, à l'exception des décisions adoptées au titre des articles L. 5-3, L. 5-4, L. 5-5, L. 32-4, du quatrième alinéa du I de l'article L. 33-1, des articles L. 36-8 et L. 36-11 du CPCE et des articles 22, 24 et 25 de la loi n°47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, dans les conditions précisées aux chapitres II, V, VI et VII du présent titre.

Les décisions attaquées sont silencieuses sur la réunion de cette assemblée pour le compte rendu et le résultat de la procédure d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences, ainsi que sur l'atteinte du *quorum* pour que la décision soit valide.

Au regard de la temporalité de la procédure, il peut être légitime de se demander si les règles de compétence pour l'attribution ont été respectées.

En effet, les enchères ont commencé le 29 septembre 2020 pour se terminer 3 jours plus tard, soit le 1^{er} octobre, jour de la publication du communiqué de presse annonçant l'attribution définitive des fréquences. Cela suppose une convocation du Président et l'envoi de l'ordre du jour en bonne et due forme (articles 2 et 3 du règlement intérieur de l'ARCEP - pièce n°3).

Or, la décision attaquée ne fait aucunement mention de la réunion de l'organe compétent pour prendre cette décision.

De même il est possible de s'interroger sur la prise de décision par ce même organe pour la phase des enchères principales.

Cette décision a été prise le jour-même de la fin des enchères, dont la date de fin n'était pas connue puisque les enchères – sauf entente ayant nié le jeu de la concurrence – devaient durer jusqu'à quinze jours. ne fait aucunement mention de la réunion de l'organe compétent pour prendre cette décision.

En outre, à la fin des enchères, l'édition d'un rapport est nécessaire pour que l'assemblée plénière puisse se prononcer en connaissance de cause et ainsi voter l'attribution des fréquences.

La temporalité de la journée du 1^{er} octobre qui comprend la période d'enchère, l'établissement du rapport, la tenue de l'assemblée plénière et la mise en ligne du communiqué de presse laisse planer un fort doute sur le respect de cette procédure, et donc sur la légalité de celle-ci, d'autant que les documents pouvant en attester ne sont pas publiés.

Le communiqué de presse le jour-même pour annoncer aux tiers l'attribution définitive des fréquences alors-même que la procédure n'aurait pas été tenue confirme la mutation de l'ARCEP, d'un rôle de régulateur du domaine public hertzien à un rôle de promoteur de la 5G.

La décision non publiée et qui fait l'objet du communiqué de presse du 1^{er} octobre 2020 ne semble donc ne pas avoir été prise par l'organe compétent de l'ARCEP, rendant celle-ci illégale.

Section 2 - NULLITE DE LA DECISION EN RAISON D'UN VICE DE PROCEDURE

§1 - Rappel des principes

Les règles de procédure permettent de protéger contre des décisions prises à la hâte ou insuffisamment éclairées et qui porteraient atteinte aux garanties instituées pour protéger les administrés.

Les règles de procédures sont celles définies par les textes législatifs et réglementaires au moment de l'élaboration de la décision par l'administration, ce qui leur donne un caractère substantiel.

Ont ainsi été considérées comme formalité substantielle :

- la demande et la formulation des avis, en tant que formalité nécessaire à l'information de l'autorité, même si celle-ci n'est pas obligée de se conformer au sens de l'avis émis⁵⁰.
- les propositions ou rapports préalables, quand bien même l'autorité ne serait pas obligée d'adopter les propositions émises⁵¹

§2 - Application des principes au cas particulier

Il est expressément prévu par le code des postes et des communications électroniques que l'ARCEP doit, dans le cadre de ses attributions, doit prendre des mesures « raisonnables et proportionnées » pour atteindre, conformément à l'article L.32-1 :

*8° Un niveau élevé de **protection de l'environnement** et de la **santé**, conjointement avec les ministres chargés de la santé et de l'environnement ;*

A ce titre, l'ARCEP aurait dû s'assurer *a minima*, de disposer des données suffisantes et tangibles ou de les commander avant le lancement de ce projet.

⁵⁰ CE, 1er juin 1973, *Synd. nat. personnel navigant commercial et a.* : Rec. CE 1973, p. 388.

⁵¹ CE, ass., 11 mai 1973, S. : Rec. CE 1973, p. 344

Cela n'a pas été le cas, d'autant plus au regard des diverses alertes lancées par l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) sur ce point :

*Le travail d'identification des publications a mis en évidence un **manque important, voire une absence de données relatives aux effets biologiques et sanitaires potentiels** dans les bandes de fréquences considérées.⁵²*

Cet établissement public a alerté sur ce sujet depuis plusieurs mois et a décidé de mener une étude sur le sujet puisqu'il entre dans ses prérogatives.

L'ARCEP a procédé à différentes consultations entre 2016 et 2017 mais l'objet de celles-ci ne portaient pas sur l'impact environnemental et encore moins sanitaire.

Il a été question d'usages, de technologies à venir et de défis techniques⁵³.

A aucun moment l'initiative n'a été prise dans le domaine de la protection de la santé alors que cette obligation figure parmi les missions de l'ARCEP.

Ainsi l'ARCEP a délibérément violé une obligation procédurale substantielle qui lui incombe dans le cadre de cette procédure d'attribution des fréquences pour la 5G.

* *
*

⁵² <https://www.anses.fr/fr/content/la-technologie-5g>

⁵³ https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-enjeux-5G_mars2017.pdf

TITRE V – NULLITE DES ACTES INCRIMINES EN FONCTION D'UNE ILLEGALITE INTERNE

CHAPITRE PREMIER Violation de la loi

Section 1 - VIOLATION D'UN ENGAGEMENT PRIS PAR LE GOUVERNEMENT

§1 – Approche a minima par le détour de la responsabilité de l'Etat

La responsabilité de l'Etat peut être engagée par des comportements et des engagements pris par le pouvoir exécutif.

Cette création d'une règle de droit du fait des paroles ou des comportements de membres du Gouvernement est reconnue en jurisprudence depuis une décision du tribunal de commerce de Rouen du 10 mars 1981⁵⁴. Le tribunal a ainsi reconnu :

« que le 12. Févr., M. le Premier ministre a pris l'engagement pour le Gouvernement d'assurer les conditions de la poursuite d'activité de la Chapelle Darblay (...)

« Que par son comportement et les engagements qu'il prend, le Gouvernement engage la responsabilité de l'Etat »

Les engagements pris par le Président de la République engagent l'Etat tout comme ceux souscrits par le premier Ministre en 1981 dans le dossier de « La Chapelle d'Arblay ».

En ne respectant ses engagements, l'Etat encourt une action en responsabilité sanctionnant son comportement fautif.

Sans attendre cette éventualité, un second fondement l'oblige à respecter l'engagement pris.

⁵⁴ Rouen, 10 mars 1981, D. 1982, jur. 391, note Amselek

§2 – « Contrat moral », sécurité juridique et confiance légitime.

A. La parole performatrice du Président

Dans le chapitre consacré à l'exécutif, le doyen DELPEREE⁵⁵ explique

L'Exécutif s'impose. Il affiche d'emblée sa présence telle une évidence. Y a-t-il une société politique qui puisse se priver de gouvernement, sous une forme ou sous une autre ?

(...)

Pour traiter de l'Exécutif, il faut tenir compte de la différence qui peut exister entre les réalités et les présentations institutionnelles.

Il ne faut pas s'arrêter à la lettre des textes, d'autant plus que certains d'entre eux sont rédigés selon la technique du trompe l'œil.

[...]

Il faut prendre en considération les usagers et les pratiques.

Plus loin, p. 240, le doyen DELPEREE ajoute que

« Gouverner revient pour l'autorité publique à choisir les buts à atteindre et à imposer les méthodes pour y parvenir.

Le mot est emprunté, on le sait au langage de la navigation. Il s'agit donc de mettre le cap et de hisser la voile pour arriver à bon port.

Gouverner, c'est fixer des objectifs.

Ils sont généraux ou sectoriels, originaux ou traditionnels, à moyenne échéance ou à long terme.

Peu importe. Ils traduisent un programme de société.

*Ils s'inscrivent dans des actes officiels, tels une loi et son exposé des motifs ou dans des documents plus politiques, tels un message à la Nation ou **une déclaration** ».*

La jurisprudence a déjà illustré la parole performatrice du Président de la République en tant que norme de référence.

⁵⁵ Francis DELPEREE, *L'exécutif*, in « Traité international de droit constitutionnel », sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, t. 2 « distribution des pouvoirs », Dalloz, 2012, p. 224 et s.

En effet, dans le cas de l'arrêt du 12 avril 2002, les conclusions du commissaire du gouvernement Sophie BOISSARD faisaient référence aux paroles tenues par le Président de la République quelques années auparavant sur l'affaire en cause, permettant ainsi de qualifier et de retenir la responsabilité pour faute de l'Etat⁵⁶.

Dans sa note publiée aux Petits affiches⁵⁷, le professeur Emmanuel AUBIN souligne l'importance des déclarations présidentielles :

depuis la déclaration du Vel d'Hiv en juillet 1995 de l'actuel président de la République Jacques Chirac qui avait souligné que « ce jour-là, l'État français avait commis l'irréparable » en jouant un rôle dans la déportation des Juifs, on savait que la rupture entre la France républicaine et la France de Vichy ne devait pas être un prétexte intellectuel pour gommer le poids des responsabilités.

Avec l'arrêt Papon du 12 avril 2002, on sait désormais que l'administration française est également fautive _ et juridiquement responsable _ parce qu'elle a collaboré sciemment avec l'occupant et contribué à la réalisation des conséquences préjudiciables de la déportation des Juifs.

On peut dès lors considérer que, sans le dire de manière explicite, le Conseil d'Etat a suivi les recommandations de la commissaire du gouvernement Sophie Poissard pour laquelle il était devenu évident que « l'État ne conteste pas la responsabilité qui est la sienne à raison des actes ayant concouru à la déportation, accomplis par les autorités françaises au cours de la Seconde Guerre mondiale »⁵⁸, cette reconnaissance explicite résultant de déclarations aussi publiques que solennels du Président de la République.

B. La parole présidentielle source d'une « contrat moral » dont les effets juridiques sont rendus efficaces par l'application du principe de sécurité juridique et de confiance légitime.

Dans sa déclaration du 29 juin 2020, sans la moindre pression extérieure, de sa propre initiative, le Président de la République rappelle les engagements pris par l'État, les confirme et les qualifie juridiquement de « *contrat moral qui nous lie* »⁵⁹.

⁵⁶ Conseil d'Etat, Assemblée, du 12 avril 2002, 238689, publié au recueil Lebon

⁵⁹ <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/29/le-president-emmanuel-macron-repond-aux-150-citoyens-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat>

Il convient de s'interroger sur les conséquences juridiques de cette qualification.

En droit civil, Stéphane DARMASSIN⁶⁰ a démontré que

La résurgence des notions de bonne foi, d'équité ou d'abus de droit, l'émergence de celles de proportionnalité, de fraternité contractuelle, témoignent d'un véritable renouveau de la philosophie contractuelle.

Le droit des obligations n'est pourtant pas toujours adapté pour appréhender ce phénomène : faute de reconnaître explicitement les liens qu'il noue avec la règle morale, il est condamné à intégrer cette dimension par touches successives, sans disposer d'outils lui permettant de parvenir à cette fin.

Le résultat n'est pas nécessairement satisfait car du souhait de protection naissent paradoxalement incertitude et insécurité juridiques.

Après avoir défini les bases d'une morale objective et donc accessible au champ juridique, l'auteur propose de recourir à la notion de contrat moral pour appréhender le phénomène moral dans le droit des obligations.

Né du postulat selon lequel coexistent des obligations "structurelles" et des obligations "morales" au sein de tout contrat, il constitue une proposition de lecture du droit des obligations.

Son autonomie par rapport aux obligations "structurelles" conduit Stéphane Darmassin à s'interroger sur son régime juridique et à envisager sous un autre éclairage plusieurs mécanismes contractuels classiques.

Présent dans toute relation contractuelle, le contrat moral souligne la vigueur des obligations morales qui transcendent la vie juridique tout en présentant des vertus pédagogiques à l'égard des parties.

Ce renouveau du contrat moral en droit privé trouve également à s'illustrer en droit constitutionnel et en droit public.

Tout d'abord parce qu'il existe un « *contrat moral entre les gouvernants et les gouvernés* »⁶¹ qui passe par le respect de la Constitution. C'est en quelque sorte le respect de la souveraineté populaire consacrée par l'article 3 de la Constitution.

⁶⁰ Stéphane Darmassin, *Le contrat moral*, LGDJ Bibliothèque de droit privé, t. 343, 2000.

⁶¹ Olivier BEAUD, *La constitution fait force de loi*, Libération 8 janvier 2001, https://www.liberation.fr/tribune/2001/01/08/la-constitution-fait-force-de-loi_350265

Par ailleurs, si l'on en croit le professeur OST⁶² « *le contrat ? c'est l'avenir anticipé, c'est du futur irrévocablement engagé* ». En prenant publiquement et solennellement un engagement devant les 150 membres de la Convention et devant la Nation, le président de la République engageait irrévocablement l'État pour l'avenir.

Par son engagement, le président de la République s'est reposé sur la confiance accordée aux déclarations étatiques. **Ce contrat passé avec les citoyens de la Convention Citoyenne pour le Climat - dont certains sont directement parties à la présente procédure est source de droit.** En effet, pour l'administré, la parole du Président engage l'État. Prétendre le contraire constituerait une violation de la lettre et de l'esprit de la Constitution de la V^{ème} République en renvoyant le président à prononcer des discours de candidat et à inaugurer les chrysanthèmes.

Enfin, ce contrat moral doit respecter le principe de la sécurité juridique qui s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel⁶³.

Dans sa note⁶⁴ Mme Anne-Laure VALEMBOIS relève que

Dans sa conception classique, la sécurité juridique constitue avec la justice et le progrès social la trilogie des buts du droit. Elle est alors synonyme d'absence d'arbitraire et conduit à l'assimilation entre droit et sécurité. Dans sa conception moderne, elle a une fonction de sécurisation de l'ordre juridique. Cette mutation de la signification de la sécurité juridique est un enrichissement : le droit doit non seulement assurer la sécurité des hommes, mais aussi garantir celle de ses sujets.

De son côté, Thomas PIAZZON⁶⁵ propose une définition synthétique

Elle représente « l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes ou comportement, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation

⁶² F. Ost, « Temps et contrat », *Annales de droit de Louvain*, 1999, p. 17.

⁶³ G. Carcassone, « Le principe de sécurité juridique », *Le Point*, 16 janv. 1999, n° 1374, p. 14 ; C. Lepage, « Le principe de sécurité juridique est-il devenu un principe de valeur constitutionnelle ? », *Gaz. Pal.*, 27 au 29 juin 1999, p. 2. La doctrine a en effet considéré, à la suite de la reconnaissance de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité des lois que la sécurité juridique a ainsi indirectement et partiellement été constitutionnalisée (J.-É. Schoettl, *AJDA* 2000, p. 34 ; D. Ribes, *D.* 2000, somm., p. 425 ; B. Mathieu, « La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant » *made in France* ", *D.* 2000, n° 4, p. VII ; N. Molfessis, « Les illusions de la codification... », art. cit., p. 188).

⁶⁴ Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Prix de thèse 2004) - mars 2005. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-securite-juridique-en-droit-constitutionnel-francais>

⁶⁵ Thomas Piazzon, *La sécurité juridique*, Défrénois, t. 35, 2009, Prix de la thèse de l'académie des sciences morales et politiques

Comme le moratoire de la 5G figure bien dans les 149 propositions présentées par la CONVENTION CITOYENNE SUR LE CLIMAT⁶⁶ et comme cette proposition n'a pas fait l'objet d'une exclusion formelle au titre des « jokers » que s'était réservé le président de la République, les administrés et a fortiori les membres de la Convention pouvaient légitimement penser qu'il allait être sursis au déploiement de la 5G, au moins jusqu'à la communication des études sanitaires émanant d'autorités réellement indépendantes.

Or, la violation de cet engagement a été reconnue par Président de la République lors de l'allocution du 14 septembre 2020.

Mais oui, la France va prendre le tournant de la 5G parce que c'est le tournant de l'innovation. Et j'entends beaucoup de voix qui s'élèvent pour nous expliquer qu'il faudrait relever la complexité des problèmes contemporains en revenant à la lampe à huile, mais je ne crois pas au modèle Amish. Et je ne crois pas que le modèle Amish permette de régler les défis de l'écologie contemporaine. Et donc on va continuer à équiper, innover⁶⁷.

Par ces paroles, le Président de la République a violé délibérément un engagement qu'il avait lui-même pris au nom de l'État deux mois plus tôt ce qui en fait une violation d'une règle de droit qui entache la décision d'attribution des fréquences.

En conséquence, la décision d'attribution de l'ARCEP devra être annulée.

⁶⁶ <https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/pdf/ccc-rapport-final.pdf>

⁶⁷ <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/09/14/discours-du-president-emmanuel-macron-aux-acteurs-du-numerique>

Section 2- VIOLATION DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE EFFECTIVE ET LOYALE ENTRE LES OPERATEURS

Selon l'article L.42-1 du CPCE

*1. – L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse attribue les autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques **dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires tenant compte des besoins d'aménagement du territoire. [...]***

De plus, l'article L.42-2 du même code dispose

*« 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. »*

Ces articles satisfont aux exigences du § 1 de l'article 9 de la directive « cadre » 2002/21/CE du 7 mars 2002, qui demandent aux États membres de veiller à ce que l'attribution et l'assignation des radiofréquences pour les services de communications électroniques par les autorités nationales ***« soient fondées sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires, et proportionnés »***.

En l'espèce, il apparaît que la décision de l'ARCEP en date du 21 novembre 2019 (n° 2019-1386) ne respecte pas le principe de la concurrence effective et loyale entre les candidats, et ce au regard de plusieurs de ses dispositions.

En effet, il résulte de l'article 4 susvisée de la décision de l'ARCEP que les autorisations d'occupation du domaine public pourront être prolongées de cinq années **en l'absence de toute mise en concurrence** :

*Les autorisations d'utilisation de fréquences en bande 3490 - 3800 MHz qui seront délivrées à l'issue de la présente procédure **auront une durée initiale de 15 ans à compter de la date de leur délivrance.***

*Chaque autorisation **sera prolongée pour une durée de cinq ans**, sous réserve de l'accord de son titulaire, à la suite d'un bilan préalablement effectué par l'Arcep trois ans au moins avant la date d'expiration de l'autorisation. Cette prolongation sera assortie, le cas échéant, d'une*

modification des conditions d'utilisation de l'autorisation (en fixant par exemple de nouvelles obligations) afin de permettre d'assurer les objectifs relatifs à l'aménagement du territoire, à une concurrence effective et loyale, au développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité et à l'utilisation et la gestion efficaces des fréquences. La modification éventuelle des conditions d'utilisation de l'autorisation s'exerce sans préjudice des dispositions prévues par la réglementation en vigueur relative à la redevance due au titre de l'utilisation des fréquences.

La durée d'autorisation de 15 ans est adaptée au niveau d'investissements requis pour remplir les obligations prévues par la procédure. Elle est par ailleurs conforme au 2° du II de l'article L. 42-1 du CPCE qui prévoit une durée maximale de 20 ans.

L'article I.2.1 de l'annexe à la décision °2019-1386 rappelle également ce mécanisme de prolongation, sans mise en concurrence, au-delà de cette durée initiale de 15 ans.

Or, il résulte de l'article I.10 de l'annexe à la décision de l'ARCEP que **la redevance due au titre de l'autorisation d'utilisation des fréquences par le titulaire n'est prévue que pour la durée initiale de la convention, à savoir quinze ans.**

Le II de l'article 13-3-5 du décret n°2007-1532 du 24 octobre 2007 relatif aux redevance d'utilisation des fréquences confirme en effet qu'une nouvelle redevance sera déterminée après 15 ans :

*Le cas échéant, la redevance exigible au titre de la période de prolongation de cinq ans, prévue par l'arrêté du 30 décembre 2019 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,5 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre, **sera fixée** en tenant compte des avantages prévisibles de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation et des modifications des conditions d'utilisation notifiées par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse à ce même titulaire.*

Elle sera communiquée au titulaire au moins deux ans avant la date d'expiration de l'autorisation.

Il résulte de ces dispositions que le dispositif spécifique à l'attribution des fréquences de la bande 3,4-3,8 GHz autorise une prolongation de la durée initiale de la convention, avec modification des conditions de mise en concurrence initiale, sans nouvelle mise en concurrence, ce qui est contraire aux dispositions relatives à la concurrence.

Section 3- LE NON-RESPECT D'UNE DECISION DU CONSEIL DE L'EUROPE

La disposition 1815 (2011) prévoit plusieurs dispositions en matière d'exposition aux champs électromagnétiques⁶⁸.

Par cette proposition, l'Assemblée parlementaire émet plusieurs propositions afin de réduire leur impact avec notamment l'application du principe «ALARA» (*as low as reasonably achievable*), c'est-à-dire du niveau le plus bas qu'il soit raisonnablement possible d'atteindre. Il est également recommandé d'attendre d'avoir des preuves scientifiques et cliniques solides avant d'intervenir pour prévenir des risques.

Elle incite à « *prendre toutes les mesures raisonnables pour réduire l'exposition aux champs électromagnétiques, notamment aux radiofréquences émises par les téléphones portables* » et propose « *de fixer un seuil de prévention pour les niveaux d'exposition à long terme aux micro-ondes en intérieur, conformément au principe de précaution, **ne dépassant pas 0,6 volt par mètre**, et de le ramener à moyen terme à 0,2 volt par mètre, »*

Cependant, il a été établi par l'ANFR que le rayonnement de la 5G sera bien au-delà de ces seuils de sécurité. Il est inscrit dans un rapport de l'ANFR de 2019 que :

En revanche, l'exposition est plus forte dans le faisceau. Avec un terminal, et pour une durée de téléchargement de 150 secondes d'un fichier de 10 Go, l'exposition moyenne sur six minutes a été mesurée à 3,9 V/m à 150m du site radioélectrique 5G. Pour un téléchargement en continu pendant six minutes (cas hypothétique, car le terminal recevrait alors en 6 mn l'équivalent de 24 Go, soit plus que certains forfaits mensuels 4G), l'exposition atteint 6,5 V/m. Avec la 5G, le niveau d'exposition dépend donc du volume de données délivrées et, par conséquent, des usages.⁶⁹

Il ressort de ces éléments qu'une étude sanitaire avant le déploiement de la 5G était et reste plus que nécessaire pour en connaître les effets sur la santé.

⁶⁸ <http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-fr.asp?fileid=17994>

⁶⁹ <https://www.anfr.fr/controle-des-frequences/exposition-du-public-aux-ondes/comite-national-de-dialogue/synthese-2019/les-evolutions-technologiques/>

CHAPITRE II Erreur de droit

Section 1- RAPPEL DES PRINCIPES

La base légale est le fondement juridique de la décision. Le manque de base légale consiste à rattacher l'acte à un texte ou à une règle qui ne peut pas le justifier légalement.

Indépendamment du regard qu'elle porte sur une situation de fait, il appartient à l'autorité d'appliquer correctement à cette situation la règle de droit servant de fondement à ses actes et de l'interpréter sans rien retrancher, ni ajouter qui serait contraire à la loi⁷⁰.

En conséquence, sont notamment entachées d'erreur de droit, les décisions fondées sur des motifs non prévus par la loi, celles qui, plus largement, manifestent une interprétation inexacte de la règle et celles qui dénaturent les pouvoirs conférés à l'autorité.

Imposer une condition non prévue par la loi et contraire à la règle applicable, qu'il s'agisse de la loi ou d'un règlement, constitue une erreur de droit.

Au même titre une autorité administrative commet une erreur de droit en ne respectant pas une condition prévue par la loi.

Section 2- APPLICATION DES PRINCIPES AU CAS PARTICULIER

Les erreurs dans l'appréciation du droit ont conduit l'ARCEP à prendre une décision illégale.

Comme il a été dit précédemment, le Président de la République s'est engagé envers les administrés en général et envers la Convention citoyenne en particulier à soumettre l'ensemble des propositions « sans filtre » soit au vote du Parlement, soit à référendum, soit à application réglementaire directe.

Le fait de ne pas avoir suivi la proposition faite par la Convention sur ce point, d'autant plus qu'elle ne faisait pas l'objet d'un des trois jokers annoncés par le Président, cette attitude peut être assimilée à une promesse non tenue pour laquelle la responsabilité de l'administration peut être retenue.

⁷⁰ CE, 28 mai 1954, Barel et a.

Ce principe doit s'appliquer dans le contentieux pour excès de pouvoir.

En effet, dès lors que le Président a pris cet engagement, venant ajouter une obligation dans l'ensemble des domaines qui seraient concernés par les propositions de la Convention, l'autorité en charge de la procédure de la 5G aurait dû s'abstenir de toute formalité sur le sujet dès la publication du rapport final de la Convention le 21 juin 2020.

Il aurait fallu qu'elle entreprenne de récolter les données nécessaires pour les études d'impact sur la santé, ce qui d'ailleurs relève de ses nouvelles prérogatives fixées par la loi mais qu'elle ignore consciencieusement⁷¹.

Conformément à ses obligations, l'ARCEP aurait dû s'abstenir d'agir sur le dossier de la 5G dès la publication du rapport de la Convention citoyenne et conformément aux engagements pris par le Président sur la soumission de l'ensemble des propositions, moins trois du fait de ses jokers. Elle a de ce fait, commis une erreur de droit.

Ces différentes erreurs d'appréciation de l'exactitude du droit ont influé sur les décisions, faisant de celles-ci des actes illégaux. La nullité des décisions s'impose pour ces violations délibérées du principe de réalité.

⁷¹ Au point que le Président de l'ARCEP se déclare dans ses attributions complètement « agnostique » que la question sanitaire posée par la 5G <https://www.arcep.fr/nos-sujets/parlons-5g-toutes-vos-questions-sur-la-5g.html#c25118>

CHAPITRE III Erreur d'appréciation des faits

Section 1 - LE DOUBLE CADEAU AUX OPERATEURS TELEPHONIQUES (OU A CERTAINS D'ENTRE EUX ?)

L'article L2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) prévoit

que « la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation ».

L'article I.10 de l'annexe à la décision de l'ARCEP en date du 21 novembre 2019 (n° 2019-1386) prévoit précisément, s'agissant des charges financières en lien avec l'utilisation de fréquence dans la bande 3,5 GHz que :

I.10.1 Redevance d'utilisation des fréquences

La redevance due au titre de la durée initiale de quinze ans de l'autorisation d'utilisation des fréquences par le titulaire est prévue par les dispositions du décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 modifié [par le décret n°2019-1592].

En particulier, le titulaire doit s'acquitter, dans les conditions prévues par ce décret, de la part fixe de la redevance qui dépendra du résultat de la phase d'attribution des blocs de 50 MHz, de la phase d'attribution des blocs de 10 MHz et de l'enchère de positionnement.

L'article 13-3-5 du décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 modifié prévoit ainsi que cette redevance se compose d'une part fixe et d'une part variable. Un prix de réserve d'un bloc de 50 MHz a été fixé par l'arrêté du 30 décembre 2019 à hauteur de 350 millions d'euros.

Il résulte de l'analyse du communiqué de presse du 1^{er} octobre 2020 que la partie fixe de la redevance issue du dernier tour des enchères est égale au prix de réserve pour les blocs de 50 MHz.

Cette redevance qui doit correspondre, en droit, aux avantages de toute nature, procurés au titulaire de l'autorisation, ne saurait être satisfaisante en l'espèce. En effet, dans le cadre du troisième appel d'offre pour l'attribution des fréquences pour la 4G, datant d'à peine 2 ans, le gouvernement avait déjà privilégié l'effort d'investissement des opérateurs à travers des obligations de couverture du territoire ambitieuses, plutôt que qu'un critère financier⁷².

⁷² Communiqué de presse de l'ARCEP du 2 octobre 2018 sur l'attribution des fréquences pour la 4G - <https://www.arcep.fr/actualites/les-communiques-de-presse/detail/n/couverture-mobile.html>

Ce cadre de négociation appelé « New Deal Mobile » était présenté par l'ARCEP comme permettant un « *changement d'ambition sans précédent en matière de couverture mobile du territoire* ». Une prolongation de la validité des attributions de fréquences a été faite auprès de chacun des opérateurs⁷³.

Cela est sans compter les objectifs de couverture qui étaient définis dans le premier appel d'offre pour l'attributions des fréquences 4G et qui prévoyaient une couverture de 98% pour 2023⁷⁴.

Il n'y avait pas de « changement d'ambition sans précédent » entre 2011 et 2018 mais seulement une difficulté pour les opérateurs à tenir les engagements pris en 2011. Le gouvernement a ainsi choisi de prolonger la validité des attributions de fréquences pour les soulager.

La prolongation de la durée des autorisations n'a cependant pas été la seule main tendue envers les opérateurs.

En plus de ce geste en 2018, l'ARCEP n'a pas réalisé d'enchère pour cette prolongation mais a fixé le prix de la redevance elle-même **sans faire jouer la concurrence**, selon une formule mathématique savante en application du décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007⁷⁵.

L'ARCEP a donc prolongé la durée d'exécution des opérateurs sur lesquels ils s'étaient engagés en connaissance de cause en 2011 et a utilisé une méthode de fixation du montant de la redevance allant à l'encontre de sa mission de garantie de la concurrence loyale.

Elle a ainsi clairement œuvré en faveur des opérateurs, sans prise en compte de l'intérêt général et encore moins d'une optique de valorisation du domaine public hertzien.

En arrangeant les opérateurs vis-à-vis des obligations qu'ils avaient prises lors de l'attribution des fréquences 4G et en limitant l'effet de la méthode des enchères dans le cadre de la 5G, l'ARCEP a ainsi clairement favorisé les opérateurs au détriment de l'intérêt général.

⁷³ <https://www.arcep.fr/actualites/les-communiqués-de-presse/detail/n/new-deal-mobile-1.html>

⁷⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000024169996/>

⁷⁵ https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/18-0684.pdf

Section 2 - LA DEFINITION DE LA DATE DE LANCEMENT DES ENCHERES

Initialement, le lancement des enchères était prévu pour le mois d'avril 2020. Mais à la suite de la période de confinement, l'ARCEP les a renvoyées à septembre 2020.

Oui mais voilà, la France serait en retard, très en retard même en comparaison avec certains de ses voisins européens (pièce n°4) ce qui explique la marche forcée de l'ARCEP sur cette procédure à mener coûte que coûte.

Pourquoi autant de précipitation alors que les principales obligations pour les opérateurs pour 2020 ont été annulés ?

Pourquoi ne pas reporter les enchères à une période plus propice comme cela a été le cas pour ADP⁷⁶ afin de valoriser au mieux le patrimoine français hertzien ?

La procédure n'a pas été lancée en prenant en compte les intérêts de toutes les parties, il n'a encore une fois été question que des intérêts des opérateurs au dépend d'une gestion raisonnée des deniers publics dans une période de carence avérée d'argent public et pour une durée minimale de quinze ans.

Une comparaison européenne s'impose.

Pays	Habitants	Prix enchères 5G (en €)	Spectre à attribuer	Ratio Prix /habitant	Ratio Prix (en millions) / MHz
Italie	60 360 000	6 500 000 000	200 MHz	107,69	32,5
Allemagne	83 020 000	6 550 000 000	420 MHz	78,90	15,5
France	66 990 000	2 786 000 000	310 MHz	41,59	8,9

ALLEMAGNE - Les enchères 5G 3,4-3,7 GHz (300 MHz) et 2 GHz (2 x 60 MHz) se sont terminées en juin 2019 et ont rapporté **6,55 milliards d'euros** à l'Allemagne. Les opérateurs (Deutsche Telekom, Vodafone Allemagne, Telefonica et 1&1 Drillisch) se sont engagés auprès de l'autorité régulatrice à couvrir 97% des foyers de chaque Land d'ici fin 2022. En juin 2020, le pays compte 10 000 stations de base (couple émetteur/récepteur) sur l'ensemble de son territoire, selon l'Observatoire européen de la 5G.

⁷⁶ <https://www.publicsenat.fr/article/politique/coronavirus-le-gouvernement-ecarte-dans-l-immediat-la-privatisation-d-adp-181259>

ESPAGNE - Le processus d'attribution du spectre de la bande 3,4 et 3,6 GHz a eu lieu dès 2016. L'enchère pour la bande 3,6 et 3,8 GHz s'est terminée en juillet 2018, rapportant 437,6 millions d'euros. La vente aux enchères de 700 MHz initialement prévue pour mars, puis pour mai 2020, reportée en raison du Covid à une date non précisée. Sur les trois opérateurs ayant acheté des fréquences, seul Vodafone exploite commercialement la 5G depuis le 15 juin 2019.

ITALIE – Les enchères comprises entre 700 MHz et 3,5 GHz ont eu lieu en octobre 2018. Le même mois, l'Royaume-Uni a mis sur le marché le spectre 26 GHz, devenant le premier pays européen à proposer cette fréquence. Vodafone a proposé ses premières offres commerciales en mars 2019. Les cinq lots de spectre 26 GHz ont permis de lever 167,3 millions d'euros. Les fréquences 700 MHz ont généré globalement 2,04 milliards d'euros. L'enchère du spectre 3,6-3,8 GHz a atteint plus de 4 milliards d'euros. Au total, les attributions de fréquences ont **rapporté 6,2 milliards d'euros au gouvernement italien**.

Il peut d'ailleurs être intéressant de rappeler le montant tiré de l'attribution des fréquences dans le cadre de la 4G : 3,6 milliards d'euros alors que le prix de réserve était fixé à 2,5 milliards⁷⁷, soit 80 millions d'euros le MHz, avant les enchères de positionnement.

Enfin, une autre cause peut être évoquée et qui pourrait pousser l'ARCEP à entamer cette procédure en faveur des opérateurs avant la fin de l'année, et plus particulièrement, avant le 21 décembre 2020. Cette date est celle de l'application du code européen des communications électroniques prévu par la directive 2018/1972. Comme toute directive européenne, elle ne peut intégrer l'ordonnancement juridique français sans passer par une transposition en droit interne. Il est notamment prévu à l'annexe I B.3 que les autorisations générales s'appliquant au service de communications électroniques pourront être assorties de :

Mesures visant à protéger la santé publique contre les champs électromagnétiques générés par les réseaux de communications électroniques conformément au droit de l'Union, en tenant le plus grand compte de la recommandation 1999/519/CE.

Le droit européen rappelle ainsi les obligations de prise en compte des impacts sanitaires et environnementaux déjà existantes tout en leur donnant une force supplémentaire d'être érigées en conditions d'attribution des autorisations générales.

La poursuite de la procédure d'enchères en septembre 2020 (en pleine 2^{ème} vague d'épidémie !) a été néfaste pour les intérêts de l'Etat dans l'attribution d'une ressource rare que sont les fréquences, faisant ainsi une mauvaise gestion de son patrimoine comme en démontre les expériences passées et les expériences de nos voisins européens.

⁷⁷ <https://www.arcep.fr/actualites/les-communiqués-de-presse/detail/n/larcep-publie-les-resultats-de-la-procedure-dattribution-des-licences-mobiles-4g-dans-la-bande-800.html>

Section 3 - L'IMPACT SUR LES MISSIONS DE L'ANFR

L'arrivée de la 5G aura des conséquences sur les mesures des fréquences réalisées par l'Agence nationale des fréquences (ANFR). Dans un point d'actualité d'avril 2020, cet organisme explique qu'un nouvel indicateur est mis en place pour observer l'exposition moyenne au trafic généré par la 5G.

Elle ajoute que « *Les hypothèses avancées pour définir cet indicateur seront confrontées aux mesures de l'exposition réalisées sur le terrain, lorsque les réseaux 5G seront en exploitation commerciale. L'indicateur sera ainsi affiné à partir des configurations réelles de trafic⁷⁸.* »

Comme le confirme cette publication du gendarme de l'exposition, le moyen de surveillance des fréquences n'a pas fait l'objet de simulations afin de disposer d'une méthode fiable pour prévenir toute atteinte et à la santé. Le test se fera donc à échelle réelle sur les administrés avec les conséquences qui découleront comme l'augmentation du niveau d'exposition de la population.

A partir de cette situation nouvelle et inconnue sur la mesure du champ électromagnétique de cette nouvelle technologie, l'ARCEP ne peut affirmer que le déroulé de la procédure d'attribution des fréquences est conforme au décret n°2002-775 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 puisque la mesure ne peut être faite avec certitude. Elle fait ainsi une mauvaise appréciation des faits en termes de mesure des fréquences, mettant ainsi en danger la santé des futurs utilisateurs et non utilisateurs de la 5G.

Le lancement de la procédure d'attribution s'est fait non seulement sans les études nécessaires en amont ni les modalités de surveillance une fois la technologie déployée. Il est sans conteste que l'ARCEP a commis, à de multiples reprises des erreurs dans l'appréciation des faits dans ce dossier.

78

<https://www.anfr.fr/toutes-les-actualites/actualites/lanfr-publie-un-rapport-de-mesures-sur-l'exposition-aux-ondes-des-experimentations-5g-et-presente-un-nouvel-indicateur-de-mesure-de-l'exposition/>

CHAPITRE IV Le détournement de pouvoir et de procédure

Dans son article consacré à cette question difficile⁷⁹, le professeur TIFINE nous met en garde

*il est très rare que le juge censure un détournement de pouvoir, **dès lors que celui-ci est suffisamment bien camouflé**. Cette difficulté tient au fait que l'illégalité repose non pas sur un élément matériel, mais sur un élément psychologique. Cet élément n'apparaît pas dans l'acte lui-même, mais dans les intentions de l'auteur de l'acte, ce qui pose un problème de preuve souvent insurmontable.*

§1 - Rappel des principes

Un acte apparemment régulier peut être censuré⁸⁰ s'il apparaît que l'auteur de l'acte a utilisé ses pouvoirs dans un but autre de celui pour lequel ils lui ont été conférés. Que ce soit dans l'intérêt personnel de l'auteur de l'acte ou pour favoriser⁸¹ ou pour nuire⁸² à d'autres intérêts privés.

Comme le note le professeur TIFINE :

*Il existe une hypothèse proche de celle du détournement de pouvoir qui est celle du **détournement de procédure**.*

Dans ce cas, l'administration utilise, pour arriver à un but précis, une procédure réservée par les textes à des fins autres que celles qu'elle poursuit, ce qui lui permettra d'éviter d'accomplir les formalités plus lourdes prévues par la procédure qui aurait normalement dû être utilisée.

§2 - Application des principes au cas particulier

L'intention d'éluder certaines formalités de procédure avant l'attribution des fréquences est d'autant plus flagrante que différents organismes en charge de l'étude des effets des ondes magnétiques, tels que l'ANSES, avaient lancé plusieurs alertes bien avant le lancement des enchères.

⁷⁹ Pierre Tifine, *Droit administratif français – Deuxième Partie – Chapitre 2, Chapitre 2 : Sanction du principe de légalité*, Revue générale du droit *on line*, 2013, numéro 4342 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4342)

⁸⁰ Conseil d'Etat *Pariset* du 26 novembre 1875, Rec. p.934, concl. David.

⁸¹ CE, 23 avril 1997, requête numéro 115523, *Commune des Gets* (Rec. p. 662). CE, 17 septembre 1999, requête numéro 176174, *Nasica et a.* (AJDI 2000, p. 131, note Hostiou) : est illégale l'opération d'expropriation visant à satisfaire exclusivement les intérêts privés d'un habitant de la commune concernée en permettant le désenclavement de sa propriété

⁸² TA Lille, 13 février 2017, requête numéro 1701245, *Association secours catholique* (JCP A 2017, 2015, obs. Untermaier-Kerléo) : l'arrêté par lequel le maire de Calais a autorisé ses services à occuper le domaine public communal pour poser une benne à matériaux devant l'un des accès desservant des locaux du Secours Catholique avait pour objet d'empêcher l'accès d'un camion transportant une construction modulaire destinée à compléter un dispositif de douches à destination des migrants. Il est entaché, en conséquence, d'un détournement de pouvoir.

Plutôt que de prendre en considération les alertes qui ne font que rappeler une procédure non respectée par l'ARCEP, cette dernière a tout fait pour amener au déploiement de la 5G avant son évaluation sanitaire.

Elle fait fi du principe de précaution qui impose la prise de mesures effectives et proportionnées.

Ce n'est donc pas la poursuite de l'intérêt général qui motive les actes contestés mais de déployer le plus vite possible la 5G dans des conditions plus que favorables aux opérateurs de téléphonie mobile.

Nous sommes donc clairement en présence d'un détournement de pouvoir justifiant la nullité des actes attaqués.

PAR CES MOTIFS

- Article 1^{er} - Déclarer les Requérants recevables en leur demandes
- Article 2 - Déclarer **nulle et de nul effet** les décisions n°2020-0329 et n°2020-1160.
- Article 3 - D'enjoindre à l'ARCEP de communiquer les décisions, procès-verbaux et rapports relatifs à l'attribution des fréquences pour la 5G suite aux enchères.
- Article 4 - D'annuler, en conséquence de la nullité des décisions n°2020-0329 et 2020-1160, les décisions n°2020-1254, n°2020-1255, n°2020-1256 et n°2020-1257 autorisant respectivement chaque lauréat de la procédure à utiliser les fréquences pour défaut de base légale.
- Article 5 - D'enjoindre à l'ARCEP de suspendre l'utilisation des fréquences jusqu'à la publication de résultats d'études sanitaires requises ainsi qu'un consensus du monde scientifique international à titre principal, ou à titre subsidiaire, d'attendre la levée des incertitudes reconnues sur ce déploiement de la 5G.
- Article 5 - D'ordonner à l'ARCEP de reprendre la procédure d'attribution des enchères au stade de l'enchère principale afin de faire respecter le jeu de la concurrence dans cette attribution des fréquences.
- Article 6 - Condamner l'ARCEP à payer aux requérants la somme de **1 (un) euro** au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

SOUS TOUTES RESERVES



Christophe Lèguevaques
Avocat au barreau de Paris
Docteur en droit

BORDEREAU DE PIECES COMMUNIQUEES

PIECES DE FOND

- P1 - Décision n°2020-0329 de l'ARCEP
- P2 - La décision n°2020-1160 de l'ARCEP
- P3 - Règlement intérieur ARCEP
- P4 - Carte sur le déploiement 5G
- P5 - Certificat médical CHU Grenoble
- P6 - Certificat médical du Docteur B...
- P7 - CA-Grenoble 10 mars 2020 D... c. ENEDIS

PIECES DE FORME - DEMANDEURS

100. PARTICULIERS

- P100 Mandat spécial D... Marie-Christine
- P101 Carte nationale d'identité D... Marie-Christine
- P102 Mandat spécial R... Muriel
- P103 Carte nationale d'identité R... Muriel
- P104 Mandat spécial RO... Isabelle
- P105 Carte nationale d'identité RO... Isabelle
- P106 Mandat spécial M... Nadia
- P107 Carte nationale d'identité M... Nadia
- P108 Mandat Spécial S... Patricia
- P109 Carte nationale d'identité S... Patricia

200. ASSOCIATIONS

- P200 Statuts association LEB (Liberté Environnement Bretagne)
- P201 Passeport RAOULT Joël
- P202 Mandat spécial LEB