

Eugénie AMRI

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II
Magistère de Juriste d'affaires-DJCE, Master II droit des affaires
2010 - 2011

**La responsabilité du fait des antennes relais
de téléphonie mobile et le principe de
précaution**

**SOUS LA DIRECTION DE MONSIEUR LE PROFESSEUR DENIS
MAZEAUD**

L'université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – Economie – Sciences Sociales, n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

« La peur est la passion des esclaves »

Patrick Henry¹

¹ Patrick Henry, Discours à la Convention de Ratification de la Constitution, 7 juin 1788

SOMMAIRE

| | |
|---|-----------|
| SOMMAIRE..... | 4 |
| INTRODUCTION..... | 6 |
| CHAPITRE 1 : LES ENJEUX..... | 9 |
| Section 1- Les enjeux philosophiques : de l'éthique au droit..... | 9 |
| §1/ Une notion ancienne..... | 9 |
| §2/ La conception contemporaine..... | 10 |
| §3/ Les dérives de la précaution..... | 10 |
| Section 2- Les enjeux économiques et sociaux : le marché clé de la téléphonie mobile ou l'inévitable mise en place d'antennes relais de téléphonie mobile..... | 11 |
| Section 3- Les enjeux juridiques..... | 14 |
| §1/ La teneur du principe de précaution..... | 14 |
| §2/ Les conséquences du principe de précaution sur la responsabilité civile..... | 15 |
| CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DES ANTENNES RELAIS SUR LE FONDEMENT DU PRINCIPE DE PRECAUTION..... | 17 |
| Section 1- Des textes incertains..... | 17 |
| §1/ Les textes généraux sur le principe de précaution..... | 18 |
| §2/ Les textes propres aux antennes relais de téléphonie mobile..... | 20 |
| Section 2- Le chaos et le désordre jurisprudentiel..... | 22 |
| §1/ L'approche du juge judiciaire..... | 22 |
| I. L'approche torturée du juge judiciaire..... | 22 |
| A/ Au fond..... | 22 |
| B/ En référé..... | 30 |
| II. Justification de l'approche du juge judiciaire..... | 33 |
| A/ L'approche favorable à une responsabilité du fait des antennes relais..... | 33 |
| B/ La lecture du contexte scientifique et du principe de précaution..... | 34 |
| §2/ L'approche du juge administratif..... | 35 |
| I. Une approche défavorable au principe de précaution et favorable aux opérateurs..... | 35 |
| A/ Au fond..... | 35 |
| B/ En référé..... | 38 |
| II. Justification de l'approche du juge administratif..... | 39 |

| | |
|--|----|
| A/ L'approche rigoureuse du juge administratif..... | 39 |
| B/ La lecture du contexte scientifique et du principe de précaution..... | 40 |

CHAPITRE 3 : L'EXONERATION DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DES ANTENNES RELAIS : ARGUMENTS PRATIQUES DE MISE EN ECHEC DU PRINCIPE DE PRECAUTION.....42

Section 1- Eviter la condamnation, en cas de contentieux, sur le fondement du principe de précaution.....43

| | |
|---|----|
| §1/ Préférer le juge administratif au juge judiciaire..... | 43 |
| I. La réponse du juge judiciaire sur son incompétence..... | 43 |
| II. Les arguments permettant de contester la compétence du juge judiciaire..... | 44 |
| §2/ Former une question prioritaire de constitutionnalité..... | 48 |
| §3/ Invoquer les principes généraux du droit communautaire..... | 49 |
| §4/ Causes d'exonérations de la responsabilité du fait des antennes relais..... | 50 |
| I. Le principe de précaution..... | 50 |
| II. La théorie de la préoccupation..... | 51 |
| §5/ L'influence possible de la jurisprudence supranationale..... | 52 |
| §6/ Un nécessaire appel au juge judiciaire français..... | 53 |
| I. L'appel de la doctrine..... | 53 |
| II. L'appel des juges et des médecins..... | 55 |
| §7/ Invoquer le respect de l'obligation d'information par l'opérateur..... | 56 |

Section 2- Arguments post contentieux : que faire en cas de condamnation ?.....57

| | |
|--|----|
| §1/ Engager la responsabilité de l'Etat..... | 57 |
| §2/ La voie du lobbying et de la pression politique..... | 62 |
| CONCLUSION..... | 65 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 66 |

INTRODUCTION

« Impossibilium nulla obligatio ». « A l'impossible nul n'est tenu ». Cette maxime reflète le sentiment qui vient à l'esprit quand on analyse de manière exhaustive le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile au regard du principe de précaution. Et pourtant, elle semble ne pas s'appliquer aux opérateurs de téléphonie mobile. Ces derniers sont bel et bien tenus à l'impossible. En effet, s'ils sont d'un côté obligés de mettre en place un réseau d'antennes relais de téléphonie mobile, ils se voient de l'autre condamner au démantèlement de celles-ci par les tribunaux.

Tout débute avec le principe de précaution. « On ne prend jamais suffisamment de précautions », « deux précautions valent mieux qu'une », « trop de précaution nuit », « dans le doute abstiens-toi ». Autant de maximes qui font de la précaution une notion ancienne et ancrée dans les mœurs. La fable de la cigale et la fourmi de Jean de la Fontaine évoquait déjà un comportement de prévoyance et de prévision. On ne se laisse pas prendre au dépourvu. Cette notion banalisée a repris de sa superbe dans le milieu des années quatre-vingt dix, devenant avec l'affaire de la vache folle une expression populaire jusqu'à être invoquée aujourd'hui dans les domaines les plus hétérogènes. Sa reconnaissance suprême tient à sa prise en compte par le droit, le principe de précaution ayant été saisi par le droit.

Le principe apparaît ainsi en droit international avec la déclaration de Rio de 1992. Au niveau communautaire, le Traité de Maastricht, déjà, pose ce principe aujourd'hui régi par l'article 191 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. Quant au droit interne, il a été intégré en tant que principe général devant inspirer la législation relative à la préservation de l'environnement. La loi relative au renforcement de la protection de l'environnement dite Loi Barnier a ainsi incorporé le principe de précaution à l'article L 200-1 du Code rural, désormais codifié à l'article L 110-1 du Code de l'environnement. Il est par ailleurs contenu dans l'article 5 de la charte de l'environnement de 2004, laquelle a été intégrée par le Conseil Constitutionnel au bloc de constitutionnalité par plusieurs décisions². Le Conseil a de plus affirmé la valeur constitutionnelle des articles 5 et 7 de la charte, par une décision du 19 juin 2008. Le Conseil d'Etat, enfin, a reconnu la valeur constitutionnelle de la charte, par une décision du 3 octobre 2008 Commune d'Annecy³.

² Cons. 24 mars 2005, 28 avril 2005 et 7 juillet 2005

³ CE 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, Lebon p.322

Aujourd'hui au croisement des questions de santé publique et d'environnement, le principe de précaution né en matière d'environnement s'applique désormais à la protection de la santé humaine. A cet égard, il trouve une particulière acuité et fait particulièrement débat dans un contentieux particulier sur lequel se concentrera la présente étude : le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile.

La mise en place d'un réseau d'antennes relai, pour assurer les communications hertziennes sur l'ensemble du territoire national est une obligation (qualifiée même d'« obligation de service public » par le Conseil d'Etat⁴) qui incombe aux opérateurs de télécommunications et qui se matérialise par une licence de l'administration les autorisant à réaliser et exploiter un réseau. La méconnaissance de cette obligation les expose à des sanctions pécuniaires qui peuvent aller jusqu'au retrait de la licence. De plus, les opérateurs doivent non seulement déployer, mettre en place ce réseau mais également le maintenir en état, sous peine des mêmes sanctions. Les opérateurs de télécommunications autorisés en France (France Télécom-Orange, S.F.R, Bouygues Telecom et Free) ont donc réalisé un maillage du territoire national par des dispositifs d'antennes relai qui, assurant la transmission d'ondes radioélectriques, génèrent elles-mêmes un champ électromagnétique dont l'intensité ne doit pas dépasser une valeur d'exposition fixée par un décret du 3 mai 2002⁵. Concrètement, une antenne relais est composée d'une ou plusieurs antennes, qui sont obligatoirement installées en hauteur sur un support, d'équipements radio et de transmission, de matériel électrique. Il existait en 2008 environ 50 000 antennes relais en France si bien que la quasi intégralité de la population française se trouverait couverte. Les autorisations (ou déclarations selon l'importance de l'installation) de construire requises portant les unes sur des propriétés privées, les autres sur le domaine public, ont été contestées devant le juge administratif mais aussi devant les juridictions civiles. Il s'agira alors d'étudier les deux contentieux.

Le principe de précaution est devenu un repère médiatique, convoqué dans le débat public dès qu'il est question de la gestion collective d'un risque⁶. Il n'est pas un mois sans qu'il ne

⁴ CE 20 avril 2005, Société Bouygues Télécom, Lebon 1139, AJDA 2005. 1191.

⁵ Décret no 2002-775 du 3 mai 2002 pris en application du 12o de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications et relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques émis par les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication ou par les installations radioélectriques

⁶ Assemblée Nationale, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, Rapport d'étape sur l'évaluation et la mise en œuvre de l'article 5 de la charte de l'environnement, juin 2010.

s'inscrive au cœur d'une controverse dans laquelle, souvent fétichisé, il suscite soit les louanges soit, de manière plus fréquente qu'auparavant, les critiques. En cela il est devenu un sujet de société, une problématique sociétale que l'on ne peut ignorer. Le principe de précaution, dans l'hypothèse particulière des antennes relais, constitue une réponse du droit aux incertitudes de la science : en cela il est intéressant. Mais les enjeux dépassent le droit et la science et sont en réalité multiples : philosophiques, économiques et sociaux. C'est bien là le problème. Le contentieux qui fait rage depuis quelques années à propos des antennes relais de téléphonie mobile est véritablement caractérisée par l'incertitude et c'est cette incertitude qu'il s'agit ici de tenter de fixer.

Dès lors, il convient de prendre toute la mesure du principe de précaution et de la responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile : quels sont les enjeux juridiques de la reconnaissance du principe de précaution en matière d'antennes relais ? Dans quelle mesure est-on aujourd'hui responsable du fait des antennes relais de téléphonie mobile, notamment sur le fondement du principe de précaution et quelles sont les causes d'exonération possibles ?

Il s'agira d'étudier les enjeux de la reconnaissance d'un tel principe de précaution en matière d'antennes relais de téléphonie mobile (chapitre 1) avant d'étudier la responsabilité du fait des antennes relais en droit positif, sur le fondement de ce principe (chapitre 2) pour enfin voir quels sont les arguments permettant de mettre en échec ce principe de précaution et d'éviter une telle responsabilité (chapitre 3).

Ce mémoire ne se veut pas que recherche, analyse et discussion du droit positif. Dans une conception plus dynamique, il tente de donner des arguments aux opérateurs de téléphonie mobile mettant en échec le principe de précaution qui selon nous, dans l'hypothèse très particulière des antennes relais, est excessif et beaucoup trop lourd de conséquences. Si les enjeux et le droit positif sont ici étudiés c'est pour ensuite d'autant mieux éviter une responsabilité du fait des antennes relais ou s'en exonérer.

CHAPITRE 1 Les enjeux d'une responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile

Les enjeux de l'admission d'une responsabilité du fait des antennes relais, loin d'être seulement juridiques (section 3), sont aussi philosophiques (section 1) et économiques et sociaux (section 2).

Section 1- Les enjeux philosophiques : de l'éthique au droit

Avant d'être une notion contemporaine (§2) aux dérivés certaines (§ 3), la précaution est d'abord une notion ancienne (§ 1).

§1/ La précaution, une notion ancienne

Le principe de précaution s'inscrit dans une lignée philosophique remontant au principe politique de sagesse énoncé par Aristote. La notion de précaution est issue du verbe latin *preaevare*, littéralement « prendre garde ». Elle désigne une attitude face au danger et constitue un acte effectif de prudence. La prudence est ainsi conçue dans la philosophie antique comme une vertu générale dont la précaution serait la conséquence effective.⁷ La notion latine de prudence fait écho à la notion grecque de *phronésis*, vertu collective, pouvant pallier les effets d'un manque de sagesse, qui se trouve au cœur de la philosophie d'Aristote. Celui-ci voit dans la prudence un point de jonction entre éthique et politique. La philosophie humaniste du XVI^{ème} siècle reprend également la vertu de prudence pour l'opposer au progrès de la science. A partir du XVII^{ème}, « la science conçue comme pouvoir » se substitue à la prudence dans l'élaboration des choix politiques et voue cette dernière « à n'être qu'une sotte vertu dans un monde auquel la démarche scientifique passe pour maîtriser les événements »⁸.

Le principe de précaution connaît un renouveau avec la pensée de Hans Jonas⁹: celui-ci propose une éthique de l'anticipation et introduit la notion de devoir envers les générations futures, en appelant à notre responsabilité morale, à l'heure où il y a une transformation même de l'agir humain, à l'heure où l'*homo faber* a pris le pas sur l'*homo sapiens*. Cependant, la philosophie de Jonas conduit à l'appauvrissement économique tandis que le principe de

⁷ C. Coutel, *Précaution, philosophie et droit*, Dr. Env. 7-8/2001, p.172.

⁸ J-J Salomon, *Pour une éthique de la science : de la prudence au principe de précaution*

⁹ H. Jonas, *Le principe de responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, 1979.

précaution se veut principe d'action, destiné à accompagner le développement économique et non principe d'abstention remettant en question notre mode de vie. En effet, ce qui est sous-jacent au travail de Jonas, c'est fondamentalement une critique de l'attitude scientifique en général, du matérialisme, conduisant à une véritable mystique de la nature.

§2/ La notion contemporaine de précaution

Le principe de précaution apparaît comme le fruit d'une appréhension nouvelle du progrès. Fondamentalement contemporain, il répond au scepticisme ou à la crainte que peut susciter l'élargissement des possibilités scientifiques et technologiques. Exprimant une demande sociale d'encadrement des risques liés à l'incertitude des savoirs, il témoigne d'une prise de conscience quant au caractère irréversible des dommages que les activités humaines peuvent causer à l'environnement et à l'homme. Il vient imposer la prise en compte de considérations tirées de la protection de l'environnement, de la santé ou plus généralement de la sécurité humaine dans notre modèle de développement. Les innovations techniques sont ainsi vues comme portant en elles autant de promesses que de menaces rompant avec la culture traditionnelle du progrès qui ne tenait pas véritablement compte des externalités négatives générées par la technique. Cette prise de conscience est peut-être salutaire mais la précaution n'est pas exempte de toute critiques.

§3/ Les dérives de la précaution

Le principe de précaution conduit à faire en sorte que sans une nouvelle prudence, le progrès sera refusé. La logique de précaution devient ainsi une condition d'acceptabilité sociale du risque. C'est le coût social de l'innovation. Nous nous condamnons à vivre dans un univers toujours plus marqué par le risque, par la virtualité du risque et à être esclave de nos propres peurs. Notre société devient une société malade de la peur.

De plus, le principe de précaution instaure un cercle vicieux. Le pilotage de ce principe s'inscrit nécessairement dans un contexte émotionnel collectif sensible, fondé sur la représentation d'une menace naissante aux contours indéfinis qui au total peut conduire à des inquiétudes plus intenses que les craintes relatives à des risques bien identifiés et avérés, fussent-ils graves. Dans ce contexte, prendre une mesure de précaution tend mécaniquement à légitimer l'hypothèse du risque et rend plus difficile le fait d'expliquer au public que l'on gère

un risque qui demeure malgré tout hypothétique. Il conviendrait donc relativiser l'importance de ce principe liberticide, anxigène, très lié à notre époque post moderne, qui s'appuie sur le mythe du risque zéro et nous fait finalement la « promesse macabre pour une société figée, anémiée, et finalement décadente¹⁰ » entraînant paralysie et immobilisme. Tout l'enjeu du principe de précaution est de faire en sorte qu'il soit principe d'action et non d'inaction.

Enfin, le principe se présente comme une philosophie globale de la responsabilité, faisant du droit de la responsabilité la sanction d'une morale. Il permettrait une sorte de régénération d'un droit de la responsabilité, à nouveau focalisé sur la sanction des conduites des auteurs de dommages plus que sur la protection des victimes. Il s'agit de sanctionner des formes de prise de risques, avant même qu'aucun dommage ne soit réalisé. C'est donner au droit de la responsabilité une fonction qui lui a été jusqu'à présent étrangère. La référence philosophique fait du principe un pont entre l'éthique et le droit : on passe d'une éthique de la précaution à un droit de la responsabilité, de l'éthique au droit mais l'éthique ne peut pas devenir un droit. Est ce en effet la fonction du droit que d'intégrer l'éthique ?

Section 2- Les enjeux éco et sociaux : le marché clé de la téléphonie mobile ou l'inévitable mise en place d'antennes relais de téléphonie mobile

Le secteur de la téléphonie mobile français représente 1% du PIB et 22 milliards d'euros d'investissements depuis l'an 2000. Les revenus issus de la téléphonie mobile représentent 4,7 milliards d'euros¹¹. Le secteur a connu une envolée au cours des 15 dernières années : 500.000 clients en 1992 contre 51,7 millions en 2007 et 21 milliards d'euros de chiffre d'affaires en 2006¹². On dénombrait 61,5 millions d'abonnements mobile en France (nombre de cartes SIM en service) au dernier trimestre 2009, soit une hausse de 6% par rapport à 2008¹³. Le taux de pénétration du mobile est ainsi proche de 92 % en France¹⁴. Le mobile est même plus utilisé que le fixe en France : pour la première fois, le total des communications sur téléphone portable (24 milliards de minutes) a dépassé celles des téléphones fixes (23,9 milliards de minutes) au troisième trimestre 2007. Cette hiérarchie rejoint celle des

¹⁰ F. Rome, « Haro sur le principe de précaution ! ». Recueil Dalloz, 2010, N°17.

¹¹ Sources ARCEP, INSEE, et Sia Conseil

¹² Résultats de l'observatoire économique de la téléphonie mobile commandée auprès des cabinets d'études IDATE Consulting & Research et Coe-Rexecode.

¹³ Source ARCEP mai 2010

¹⁴ Source ARCEP 2009

revenus, puisque ceux du mobile dépassent ceux du fixe depuis septembre 2003, grâce aux SMS notamment¹⁵.

Les chiffres parlent d'eux-mêmes. L'enjeu économique du secteur de la téléphonie mobile est conséquent. Les antennes relais de téléphonie mobile sont donc une réelle nécessité lorsque l'on constate un taux de pénétration du marché de 92%. Appliquer le principe de précaution de façon excessive et démanteler les antennes de téléphonie mobile ne serait donc pas une décision sans conséquences économiques. Il y a une réelle menace qui pèse sur la croissance économique française du fait de l'importance du secteur de la téléphonie mobile aujourd'hui en constante expansion. Au-delà des risques purement économiques, il y a un risque pour l'innovation : le principe de précaution risque d'inhiber toute innovation.

En doctrine, certains ont bien pris la mesure de ces considérations économiques. Ainsi, si Philippe Kourilsky et Geneviève Viney¹⁶ s'accordent sur le fait qu'il faut encourager chez tous les décideurs le respect d'une attitude de prudence, encore faut-il la maintenir dans un cadre qui le rende praticable. Ainsi, ils proposent une définition souple du principe de précaution, plus souple que les définitions de la charte de l'environnement ou du code de l'environnement, qui tienne réellement compte des préoccupations économiques : « 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 Etats. 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 suggestions sur les mesures envisagées pour le traiter. Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut être à tout moment révisé ». Les textes actuels sur le principe de précaution prennent en compte les considérations économiques mais de façon très limitée. Ainsi l'article 5 de la charte de l'environnement est silencieux quant aux

¹⁵ Source ARCEP janvier 2008

¹⁶ Rapport au Premier Ministre de G. Viney et P. Kourilsky « Le principe de précaution ». Doc. Fr, éd. Odile Jacob 2000

contraintes économiques tandis l'article L 110-1 du Code de l'environnement se contente de parler de « coût économiquement acceptable ».

Le paradoxe veut pourtant que les Français soient toujours plus nombreux à utiliser un téléphone mobile et que le nombre moyen de minutes consommées par abonné ne cesse d'augmenter. D'un point de vue sociologique, le téléphone portable est devenu un véritable phénomène de société. Certains élus, notamment en zone rurale, n'hésitent plus à considérer comme un service public ou du moins d'intérêt général. Certes, les éventuels risques sanitaires liés aux ondes émises font de façon incessante l'objet de rapports, recommandations, arrêtés, chartes et autres décisions administratives et jurisprudentielles. Certes, de plus en plus d'associations s'opposent à installation d'une nouvelle antenne quand elles ne requièrent pas le démontage des antennes existantes. Cependant, avec l'apparition des services de téléphonie de 3^{ème} génération – bientôt de la quatrième génération qui se développe déjà- le nombre d'antennes relais déployées sur le territoire français va s'accroître. Plus que jamais l'intérêt économique sera au centre des débats compte tenu du coût des licences pour les opérateurs qu'ils supportent dans un contexte économique difficile. Et certains praticiens de conclure qu' « aussi longtemps que l'état des recherches ne fera pas apparaître un risque pour la santé des populations, il semble dorénavant acquis que les autorités publiques ne prendront pas de mesures coercitives à l'encontre des opérateurs de téléphonie mobile¹⁷ ».

Enfin, ne nous leurrions pas. Tous ces équipements sont nécessaires à la vie moderne. On peut alors douter du caractère du préjudice d'angoisse invoqué, du risque sanitaire, qui ne l'oublions pas n'est que potentiel, incertain et non avéré, ce d'autant que les plaignants sont aussi, bien souvent, bénéficiaires de ces équipements, étant utilisateurs de téléphone portable. Nul n'ignore que la téléphonie mobile est désormais un outil quotidien et indispensable. Si les études sur les téléphones portables certifient que ceux-ci sont bien porteurs de risques, celles sur les antennes relais quant à elles ne relèvent pas de risque avéré. L'hypothèse n'est pas la même. Il s'agit de ne pas tout confondre. Une antenne relai n'est pas un téléphone portable. De plus, la nocivité des antennes est sans commune mesure avec l'utilisation des téléphones

¹⁷ V. KOSTRZEWSKI PUGNAT, Téléphonie mobile, environnement et santé : bilan d'une coexistence sous le contrôle du juge, Etude, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales N°23, 2 juin 2003, 1527, p.729.

portables. Un téléphone portable émet environ 15 volts par mètre en moyenne tandis qu'une antenne entre 0,05 et 20 volts par mètre en fonction de sa proximité, de son orientation et de l'heure de la journée. « L'énergie radioélectrique reçue des stations de base mêmes proches est considérablement plus faible que celle absorbée lors de l'utilisation d'un mobile du fait dans ce dernier cas de la proximité du téléphone vis-à-vis de la tête de l'utilisateur¹⁸ ». Le bilan des coûts et des avantages semble conduire à ne pas considérer le risque potentiel qui entoure les antennes relais.

Section 3- Les enjeux juridiques

Le principe de précaution est lourd d'enjeux quant à la responsabilité civile (§2). C'est pourquoi il convient d'en cerner la teneur (§1).

§ 1/ La teneur du principe de précaution

En doctrine, plusieurs conceptions du principe s'opposent. Tout l'intérêt du présent mémoire sera de tenter dans le cadre du droit positif de cerner la valeur du principe de précaution dans un contentieux particulier, celui des antennes relais. Il y a des certitudes et des incertitudes.

Concernant les incertitudes d'abord, le principe est parfois vu comme un principe d'inspiration, utilisé jusqu'à maintenant pour étendre la notion de faute tandis que certains auteurs veulent lui donner une force autonome, à part entière. Entre principe normatif, directeur ou principe autonome, il s'agira de voir dans quel sens le législateur et les juges ont tranché.

Concernant les certitudes désormais, une conception raisonnable et une conception excessive du principe s'opposent. Dans la première, il ne faut seulement agir lorsque le risque est avéré. Dans la seconde, on peut agir même en cas de risque hypothétique. C'est cette dernière qui est retenue en matière d'antennes relais de téléphonie mobile. La perception du risque suffit pour justifier l'application du principe de précaution.

Enfin, concernant le risque, là encore deux conceptions existent : la première, radicale, conduit à envisager le risque le plus grave. Cette conception est alors irréaliste, dangereuse en ce qu'elle risque d'aboutir à une paralysie de l'activité économique. La seconde minimaliste

¹⁸ Arguments de l'appelant dans CA Versailles, 14^{ème} ch., 4 février 2009 n° 08/08775

fait que le risque doit être le plus probable possible et de nature à entraîner des dangers graves et irréversibles pour être pris en compte. La conception du principe de précaution la plus répandue aujourd'hui est une conception intermédiaire selon laquelle le risque devrait être suffisamment crédible et admis par une partie significative de l'opinion scientifique au moment de la prise de décision. La jurisprudence démontre que ce n'est pas toujours le cas et que l'on s'oriente parfois vers une conception radicale et plus sévère.

§ 2/ Les conséquences du principe de précaution sur la responsabilité civile

A titre liminaire, il convient de noter que le modèle du principe de précaution est anticipatif. Il comble les limites des modèles curatifs basé sur la réparation du dommage et préventif basé sur un risque avéré et probabilisable. A cet égard, la précaution doit donc être distinguée de la prévention.

Il convient d'analyser le principe et la responsabilité pour faute et sans faute avant de voir que la reconnaissance d'un principe de précaution autonome serait lourde de conséquences sur la responsabilité civile.

Le principe de précaution et la responsabilité subjective pour faute.- Le principe contribue à étoffer la notion de faute : la notion de précaution est prise en compte par le juge dans l'appréciation du comportement au regard du devoir général de prudence et de diligence. L'acceptation moderne de la précaution implique la prise en considération de risques potentiels donnant ainsi lieu à la création d'obligations renforcées, enrichissant ainsi le contenu de la faute. La prise en compte du principe de précaution par le législateur a conduit à l'élargissement du contenu des obligations de sécurité et d'information qui pèsent sur les décideurs privés.

Le principe de précaution et la responsabilité fondée sur le risque.- Le régime de responsabilité sans faute, fondé sur le risque, favorise la victime qui n'a pas à rapporter la preuve d'une faute. Le simple fait d'exposer autrui à un risque est générateur de responsabilité. Encore faut-il pour celui qui s'en prévaut établir existence d'un dommage certain. Le principe de précaution s'articule mal avec ce mécanisme de responsabilité objective qui ne donne pas lieu à réparation en cas de simple risque de dommage, alors qu'en

matière de précaution, le dommage n'est pas certain. Il s'agit seulement d'un risque de dommage.

Le principe de précaution, fondement autonome.- Sous l'influence du principe de précaution, des perspectives d'introduction d'une fonction préventive de responsabilité civile apparaissent.

La responsabilité a une fonction classiquement indemnitaire. La logique est celle de la réparation du dommage. La responsabilité civile a en effet pris depuis la fin du XIX^{ème} siècle un caractère fortement indemnitaire. Cela sous entend que tout est réparable et donc réversible. Le principe de précaution interviendrait au contraire pour prévenir l'irréparable et serait créateur d'obligations à mettre en œuvre en amont de tout dommage, conférant à la responsabilité civile, une nouvelle fonction, une fonction de précaution.

Cette nouvelle fonction n'est pas sans conséquences sur les conditions de la responsabilité. Il s'agirait d'une responsabilité non plus seulement tournée vers la réparation des dommages passés mais aussi vers élimination de nouveaux dommages, graves, irréversibles, notamment dans le domaine écologique. Le principe de précaution conduirait ainsi à l'élargissement de la notion de dommage réparable.

Alors que la responsabilité est un mécanisme a posteriori de sanction d'un dommage, il s'agit, en matière de précaution, d'éviter un dommage a priori dans l'hypothèse de risque potentiel de dommages graves et irréversibles, à l'égard desquels la réparation n'aurait pas ou peu de sens.

Par ailleurs, le dommage réparable doit être classiquement certain, personnel et direct. Or le principe de précaution est souvent invoqué au soutien d'intérêts collectifs, notamment l'environnement ou la santé humaine. Une nuance toutefois ici puisque dans hypothèse qui est la nôtre des antennes relais de téléphonie mobile, les critères d'un dommage personnel et direct sont bien remplis bien que le dommage soit incertain, potentiel et non certain. Il semble que la faute de précaution devienne un nouveau fondement de responsabilité, en raison de la nature du dommage pouvant donner lieu à réparation. Il s'agirait alors d'ajouter à l'article 1382 du Code civil un alinéa qui rendrait chacun responsable d'un comportement d'abstention en présence d'un risque, non seulement non réalisé, mais dont il n'est pas certain qu'il existe et se réalise jamais.

La responsabilité civile a certes développé une fonction de prévention mais elle n'offre pas de garanties suffisantes lorsqu'il s'agit de traiter de risques incertains. « La distinction entre le risque potentiel et le risque avéré fonde la distinction parallèle entre précaution et prévention¹⁹ ».

La précaution vient ainsi combler un vide lorsque les règles classiques de la responsabilité civile ou administrative et la prévention atteignent leurs limites. Il semble ainsi pouvoir constituer un principe politique fort d'autant plus qu'il se veut principe d'action et non d'abstention, accompagnant les développements économiques mais aussi scientifiques. Instrument utile de gestion des risques, il serait également de nature à renforcer de nombreux dispositifs existants comme le principe de proportionnalité, le droit à l'information ou l'obligation de prudence. Les juges parlent d'ailleurs à propos du principe de précaution d'un « devoir de prudence²⁰ ».

On le voit le principe de précaution est un principe prometteur, un « principe d'espoir²¹ ». Cependant, au regard du droit positif, tant des textes que de la jurisprudence, on verra qu'il s'agit plus en réalité d'un « principe d'incertitude²² ».

CHAPITRE 2 : La responsabilité du fait des antennes relais sur le fondement du principe de précaution

Pour appréhender la responsabilité du fait des antennes relais sur le fondement du principe de précaution, il convient d'analyser d'abord les textes, qui se révèlent incertains (section 1) avant d'étudier la jurisprudence, chaotique (section 2).

Section 1- Des textes incertains

Il est utile d'envisager d'une part les textes généraux sur le principe de précaution (§1) et d'autre part les textes propres aux antennes relais de téléphonie mobile (§2).

¹⁹ P. KOURILSKY et G. VINEY, Rapport au Premier Ministre de G. Viney et P. Kourilsky « Le principe de précaution ». Doc. Fr, éd. Odile Jacob 2000

²⁰ TGI Créteil, 11 août 2009, n° 09/658, ord.réf., Puybaret c / SA Orange France.

²¹ Michelle Gobert, conclusion d'un colloque sur la dignité

²² Michelle Gobert, conclusion d'un colloque sur la dignité

§1/ Les textes généraux sur le principe de précaution

La définition constitutionnelle.-

L'article 5 de la Charte de l'environnement dispose que « 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'attribution, 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 des dommages ».

Quatre conditions ressortent de cette définition : il faut un dommage incertain en l'état des connaissances scientifiques, qui affecte de manière grave et irréversible l'environnement, qui impose aux seules autorités publiques, d'adopter des mesures provisoires et proportionnées.

Une condition a posé des difficultés : l'obligation, nous dit le texte, pèse sur les seules autorités publiques chargées de délivrer les autorisations requises. Le principe de précaution ne semble donc s'adresser qu'aux personnes publiques mais il s'adresse en réalité, indirectement, aux personnes privées. L'application de principe par les personnes privées est évidemment subordonnée à l'intervention préalable des autorités publiques. Il contraint les décideurs publics à veiller à leurs propres activités. Par le biais de l'adoption de dispositions législatives et réglementaires, les autorités publiques imposent aux personnes privées les mêmes précautions et s'assurent qu'elles les observent effectivement. En d'autres termes, les décideurs publics répercutent les obligations liées à la précaution sur les personnes privées et c'est dans cette mesure seulement que le principe s'applique à ces dernières. Les personnes privées sont celles dont les activités génèrent un risque pour autrui. Ainsi, le principe s'applique aux industriels et donc aux opérateurs de téléphonie mobile.

Il convient de souligner que dans la charte de l'environnement, l'article 5 est le seul à être d'application directe puisque pour tous les autres articles, il est précisé que ces dispositions s'appliquent dans les conditions et limites prévues par la loi. Le principe de précaution est donc ici appréhendé comme un véritable principe autonome.

La définition du code de l'environnement.-

L'article L 110-1 II 1° du Code de l'environnement dispose que « le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques

du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

Des critères sont ainsi fixés par cette définition : il faut une situation d'incertitude, un dommage grave et irrésistible, ce dommage doit être fait à l'environnement, et enfin le coût des mesures de précaution doit être économiquement acceptable.

L'énoncé du Code de l'environnement ne définit pas un principe autonome comme c'est le cas pour la définition constitutionnelle mais qu'un principe directeur ne pouvant trouver effet que « dans le cadre des lois qui en définissent la portée ».

Quand on confronte les deux textes, des éléments communs apparaissent en dépit de ces divergences de portée et on peut relever quatre conditions du dommage : il doit s'agir d'un risque de dommage à l'environnement, une incertitude scientifique pèse sur sa réalisation, le dommage encouru doit être grave et avoir un caractère irréversible. Les deux définitions parlent de dommage affectant l'environnement. La pratique et la doctrine se sont alors demandées si le principe était limité à l'environnement ou pouvait aller au-delà. L'environnement est le domaine réservé du principe de précaution, son champ d'application y est a priori limité mais son extension a été admise au domaine de la santé et de la sécurité alimentaire. Il trouve ainsi à s'appliquer dans le cadre des antennes relais de la téléphonie mobile. Il s'est produit un glissement qui fait de ce principe un principe pouvant être mis en œuvre dans d'autres domaines que l'environnement. Autre point important, il s'agit de faire du principe de précaution, dans les deux définitions, un principe procédural obligeant les auteurs de la décision à mettre en œuvre des procédures d'évaluation.

En dépit de ces éléments communs, ces définitions soulèvent des difficultés et font du principe de précaution une norme juridique incertaine. Le juge doit en effet mettre en œuvre le principe de précaution au regard de la définition constitutionnelle et de celle du Code de l'environnement. Or, ces textes ne sont pas identiques. De plus, leur portée normative n'est pas la même, l'un étant un principe autonome, l'autre seulement un principe directeur.

« Une fois écrit, le texte échappe au législateur et tombe entre les mains du juge²³ » Il conviendra de voir dans quelle mesure l'incertitude qui naît des textes se retrouve ou non dans la jurisprudence.

§2/ Les textes propres aux antennes relais de téléphonie mobile

Après avoir étudié les textes relatifs au principe de précaution, il convient de se pencher sur les textes propres aux antennes relais qui devront se concilier avec le principe de précaution. Le texte majeur en la matière est le décret du 3 mai 2002 mais il faut également tenir compte des règles d'urbanisme et du code des postes et des télécommunications.

Le décret du 3 mai 2002- Les dispositions ne concernent pas directement les communes ou les maires mais visent surtout à imposer des obligations aux opérateurs de téléphonie mobile²⁴. Ce décret fixe les valeurs limites que ne doivent pas dépasser les niveaux d'exposition du public aux champs électromagnétiques²⁵. Il précise les règles de calcul en tenant compte de l'ensemble des équipements actifs dans un lieu donné : il ne suffit pas que chaque équipement respecte les niveaux d'émission fixés. Il faut prendre en compte l'environnement électromagnétique dans lequel s'insère l'équipement²⁶. Le respect de ces valeurs limites est présumé dès lors que les niveaux d'exposition émis par les équipements sont inférieurs aux niveaux de référence²⁷. Pour justifier du respect de ces dispositions, les exploitants doivent établir un dossier attestant qu'ils ont pris toutes les mesures de manière à limiter l'exposition du public émis par leur équipement²⁸. A noter que l'article 5 alinéa 2 du décret prévoit une disposition spéciale pour les installations situées dans un rayon de 1000 mètres des établissements scolaires crèches ou établissements de soins. Dans ces hypothèses, le dossier mentionné devra préciser les actions engagées pour assurer une exposition du public au champ électromagnétique « aussi faible que possible en préservant la qualité du service rendu ». Mais il ne s'agit pas d'un principe d'interdiction en ces lieux là.

²³ Y.Jegouzo, « le principe de précaution et les juges », in : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, octobre 2009.

²⁴ Article 1 du décret du 3 mai 2002

²⁵ Article 2 du décret du 3 mai 2002

²⁶ Article 3 du décret du 3 mai 2002

²⁷ Article 4 du décret du 3 mai 2002

²⁸ Article 5 du décret du 3 mai 2002

Afin de mettre un terme à la multiplication des mesures unilatérales édictées par les maires et de favoriser la concertation dans l'intérêt mutuel des administrés et des opérateurs, de nombreuses villes ont négocié des chartes de bonne conduite. Ces chartes visent à encadrer l'implantation des antennes sur le territoire. La charte conclue entre la mairie de Paris et les trois opérateurs le 20 mars 2003 servira sans doute de référence au niveau national. L'innovation majeure réside dans la définition du niveau maximal d'exposition aux ondes. Les opérateurs s'engagent à des seuils d'exposition très en deçà des seuils réglementaires français.

Les règles issues du droit de l'urbanisme- Les maires, sans qu'il s'agisse d'une obligation spéciale, peuvent exercer un contrôle sur l'installation de ces antennes lorsqu'elles nécessitent des autorisations d'urbanisme. Ce sont les articles L421-1, R421-1 et R422-2 du Code de l'urbanisme qui fixent les règles en matière d'autorisation d'urbanisme pour l'installation des équipements de téléphonie mobile.

En vertu de ces articles, ne sont soumis ni à permis de construire, ni à déclaration de travaux, les poteaux et pylônes d'une hauteur inférieure ou égale à 12 mètres au dessus du sol, les antennes dont aucune dimension n'excède 44 mètres et dans le cas où l'antenne comporte un réflecteur, lorsque aucune dimension de ce dernier n'excède un mètre.

Sont soumis à déclaration de travaux mais non à permis de construire les ouvrages techniques dont la surface hors œuvre brute ne dépasse pas 100m², les poteaux et pylônes de plus de 12 mètres et les antennes dont la dimension excède 4 mètres. Ces travaux demeurent soumis au permis de construire dès lors qu'ils sont envisagés sur un immeuble inscrit à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques. Les installations d'antennes n'étant pas réalisées pour le compte de l'Etat, de la région, du département ou de leurs établissements publics, la compétence relative à ces déclarations de travaux ou de permis relève dans les communes où le plan local d'urbanisme a été approuvé du maire au nom de la commune et dans les autres communes du maire au nom de l'Etat. Les modalités de publicité de cette déclaration sont les mêmes pour les déclarations et permis de sorte que les intéressés peuvent le cas échéant faire valoir leurs droits.

Les dispositions du Code des postes et des télécommunications.- Elles s'imposent aux opérateurs de téléphonie mobile. Tout d'abord, l'utilisation des fréquences est soumise à

autorisation²⁹. De plus, les opérateurs ont une obligation de couverture³⁰. Enfin, est créé une agence nationale des fréquences³¹.

Section 2- le chaos et le désordre jurisprudentiel.

Le désordre, l'insatisfaction vient de ce que la même question « le principe de précaution peut-il conduire à limiter l'implantation des antennes relais au-delà de ce qu'impose la réglementation actuelle » (i.e. le respect du décret du 3 mai 2002) reçoit deux réponses différentes selon le juge auquel elle est soumise.

Le juge judiciaire a tendance à répondre par l'affirmative tandis que le juge administratif rendra une réponse le plus souvent négative. L'installation par un opérateur d'une antenne relais de téléphonie mobile est donc susceptible d'être appréhendée par les deux ordres de juridictions. Ce sont ces appréhensions qu'il convient d'étudier, d'abord devant le juge judiciaire (§1) puis devant le juge administratif (§2).

§1/ L'approche du juge judiciaire

I. L'approche torturée du juge judiciaire

Le juge judiciaire sera compétent au fond dès lors qu'il s'agit d'un travail privé portant atteinte à la jouissance par un justiciable d'une propriété privée et constituant un trouble anormal de voisinage. En référé, le justiciable pourra soutenir que le projet d'installation constitue un dommage imminent ou que les travaux sont à l'origine d'un trouble manifestement illicite sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile.

A/Au fond

Devant le juge civil, un contentieux fondé sur le trouble anormal de voisinage occasionné par l'existence des antennes relais s'est développé ces dernières années. Jurisprudentielle, autonome, indépendante des articles 1382 et 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, la théorie du trouble anormal de voisinage permet à la victime de solliciter une réparation alors même que l'exploitant de l'installation de téléphonie mobile litigieuse n'a commis aucune

²⁹ Article L41-1 du Code des Postes et Télécommunications

³⁰ Article L42-1 du Code des Postes et Télécommunications

³¹ Article L43 du Code des Postes et Télécommunications

faute. Selon le Vocabulaire Juridique³² « constitue un trouble de voisinage le dommage causé à un voisin qui, lorsqu'il excède les inconvénients ordinaires du voisinage, est jugé anormal et oblige l'auteur du trouble à dédommager la victime, quand bien même ce trouble serait inhérent à une activité licite et qu'aucune faute ne pourrait être reprochée à celui qui le cause ». Cette théorie trouve à s'appliquer lorsque plusieurs conditions sont réunies : le trouble est réel, avéré, il présente un caractère de gravité qui excède inconvénients normaux du voisinage. L'appréciation du trouble se fait *in concreto*.

Cette théorie fait l'objet d'une application assez inégale en jurisprudence. On peut distinguer les décisions selon cinq approches : tout d'abord, les premières refusent le trouble anormal mais manquent de rigueur quant aux conditions du trouble anormal. Ensuite, les deuxièmes refusent là encore de reconnaître un trouble mais sont plus convaincantes en ce qu'elles refusent d'assimiler le risque incertain au trouble. De plus, certaines acceptent le trouble anormal en adoptant une interprétation souple de la théorie du trouble anormal. Un dernier type de décision est apparu avec l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles de 2009³³ : un pas supplémentaire est franchi. Reste, au regard de la jurisprudence récente, à voir si ce n'est pas la fin de l'âge d'or du principe de précaution.

Décisions refusant le trouble anormal de voisinage et le principe de précaution mais à la portée fragile en raison du manque de rigueur quant aux conditions du trouble anormal.-

Certains juges adoptent une position stricte : ils rejettent les demandes de personnes vivant à proximité des antennes au regard de l'absence de preuve d'un trouble anormal de voisinage. Ils déduisent du respect du décret du 3 mai 2002 l'absence de trouble anormal de voisinage. Ainsi en est-il de la Cour d'Appel d'Aix en Provence³⁴ qui a réformé le jugement de première instance³⁵ qui avait décidé qu'il « il ne peut être imposé à un voisin contre son gré l'exposition à un risque même hypothétique avec la seule alternative de devoir déménager s'il se refuse à assumer ce risque ». La Cour a adopté cette position du fait de « l'absence de risque sanitaire établi » par le dépassement des seuils établis. De même, le tribunal de grande

³² G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant

³³ CA Versailles, 14^{ème} ch., 4 février 2009, n°08/08775

³⁴ CA Aix en provence 15 sept 2008 SA Bouygues Télécom c /M et Mme Gautier

³⁵ TGI Toulon 20 mars 2006 M et Mme Gautier c/Société Bouygues Télécom

instance de Lyon³⁶ a rejeté la demande après avoir constaté que certes l'antenne était située à moins de 100 mètres d'une école mais que les normes fixées par le décret de 2002 applicable aux antennes relais avaient été respectées. Le tribunal de grande instance de Grenoble³⁷ est venu confirmer le raisonnement de la juridiction lyonnaise.

Ces décisions sont autant d'exemples démontrant que le juge judiciaire peut refuser le trouble anormal de voisinage et le principe de précaution. Cependant, ces décisions constituent des arguments fragiles en cas de contentieux. En effet, les conditions du trouble anormal de voisinage ne sont pas respectées puisqu'un tel trouble est classiquement indépendant du respect de la réglementation en vigueur. Or, précisément, dans ces décisions, le juge lie l'absence de trouble anormal au respect du décret de 2002. Dès lors, ces décisions souffrent d'infirmité dans la mesure où les conditions du trouble anormal ne sont pas appliquées dans toute leur rigueur. Le juge assimilant le caractère anormal du trouble au non respect du décret de 2002 se méprend sur les critères du trouble anormal. Ainsi donc, si ces décisions peuvent être utiles en cas de contentieux pour les opérateurs, il convient de garder à l'esprit leur fragilité.

Ces décisions nous enseignent enfin, quant au principe de précaution, qu'il n'a pas à s'appliquer dès lors qu'il y a une incertitude sur l'innocuité du produit.

Décisions refusant le trouble anormal et le principe de précaution mais qui ont une plus grande autorité en ce qu'elles respectent les conditions de la théorie et refusent d'assimiler le risque incertain au trouble.-

La qualification juridique du trouble exige un minimum de certitude. Certains juges refusent ainsi de faire du risque incertain un trouble au sens de trouble anormal de voisinage. Le risque incertain ne peut constituer un trouble. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Bourgoin Jallieu³⁸ a-t-il considéré que la preuve n'était pas rapportée que l'installation d'une antenne générerait un trouble anormal en raison de l'existence d'un risque sanitaire. Le jugement s'appuie sur le fait qu'il n'existe aucun consensus scientifique reconnaissant la nocivité des antennes. Cette position a été également celle du Tribunal de grande instance d'Avignon³⁹: le principe de précaution est une « notion dont l'écho médiatique est inversement proportionnel

³⁶ TGI Lyon 15 sept 2009 n°09/7835, ch.urg., Besson c/ SA Bouygues Telecom.

³⁷ TGI Grenoble, 19 fév 2009, n° 07/00312, JurisData N°010729

³⁸ TGI Bourgoin Jallieu 30 juin 2009, n° 07/204, Amatucci c / SA Bouygues Telecom.

³⁹ TGI Avignon 16 juin 2009, n° 07/02026, ch.1 sect. 3, Boualouan c/ SA Bouygues Telecom.

à sa consistance juridique » et conduirait à « rejeter la mise en œuvre de toute avancée technologique dès lors qu'elle ne sera pas précédée de la démonstration de son innocuité ».

Ces décisions qui refusent le trouble anormal en présence d'un risque incertain sont des arguments forts dans la mesure où les conditions de la théorie du trouble anormal de voisinage sont respectées. Quant au principe de précaution, il ressort de ces décisions que le principe de précaution ne peut avoir pour effet de soumettre une personne privée à des normes plus élevées que les normes en vigueur

En bref, ces deux premiers types de décisions sont favorables aux opérateurs en ce qu'elles refusent le trouble anormal et le principe de précaution. On remarquera que ces décisions écartent de façon explicite ce principe, ce qui donne d'autant plus d'autorité et de force au refus de ce principe.

Décisions qui acceptent le trouble anormal mais fragiles en ce qu'elles adoptent une interprétation souple de la théorie du trouble anormal : le début de la jurisprudence polémique.-

Certains ont adopté une interprétation souple de la théorie des troubles anormaux et acceptent de l'appliquer au cas des antennes relais considérant que les risques incertains peuvent constituer des troubles anormaux. Ainsi la Cour d'appel d'Aix en Provence⁴⁰ a pu considérer que même incertain, le risque doit être considéré comme un trouble anormal en ce qu'il est impossible de démontrer l'innocuité des antennes. Cette décision est assez fragile en cas de contentieux car elle ne respecte pas les conditions classiques de la théorie du trouble anormal de voisinage. Le trouble doit être certain dans la théorie classique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le juge transforme ici la théorie, opérant un déplacement du trouble en amont vers le risque et son incertitude qui doivent être pris en compte. Il s'agit ici d'un argument fragile car le risque incertain est assimilé au trouble. De plus, on remarquera que cette décision de la Cour d'appel date de 2004. En 2008, celle-ci a rendu une décision rejetant le trouble anormal et le principe de précaution en l'absence de risque sanitaire établi. Il semble donc que cette jurisprudence soit à manier avec précaution. Cette jurisprudence étant a priori défavorable aux opérateurs, du fait de son incertitude, elle leur devient favorable et peut être utile à relever en

⁴⁰ TGI Grasse 17 juin 2003, Commune de la Roquette-sur-Siagne c/ Société SFR, Juris Data n°2003-221749 confirmé par CA Aix en Provence, 8 juin 2004, Société SFR c/ Commune de la Roquette sur Siagne, D.2004.2678

cas de contentieux en démontrant que lorsque le juge accepte la théorie du trouble anormal, il l'interprète de façon trop souple et ne respecte donc pas le droit.

La jurisprudence est allée encore plus loin en ce qu'elle a considéré que le risque en matière d'antennes relais est non plus incertain, hypothétique mais bien certain. C'est le fameux arrêt du Tribunal de grande instance de Nanterre⁴¹ qui inaugure le début d'une jurisprudence polémique qui va trouver sa consécration avec l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles. Les faits sont habituels. La société Bouygues Télécom implante une antenne relais sur le territoire d'une commune du département du Rhône. Plusieurs personnes à proximité de la dite antenne ont saisi le TGI aux fins de voir condamner sous astreinte la société à enlever les installations litigieuses et à leur payer diverses sommes. Les demandeurs se fondaient principalement sur la théorie du trouble anormal de voisinage du fait que la présence d'une antenne relais constituait un trouble dommageable du à une exposition à un risque de dommage sanitaire. Le jugement ne manque pas de surprendre. L'argumentation tient en 5 paragraphes. Le juge relève d'abord que la discussion scientifique reste ouverte et permet à chacun de nourrir son point de vue. Ensuite, si les troubles de santé constatés chez certains, soupçonnés chez d'autres constituent un préjudice dont le lien avec la proximité des antennes reste à démontrer, le risque de troubles, à distinguer des troubles est lui certain. De plus, la société ne démontre ni l'absence de risques ni le respect d'un quelconque principe de précaution. Et d'affirmer qu'exposer son voisin contre son gré à un risque certain et non pas hypothétique constitue un trouble anormal de voisinage, pour dans un dernier paragraphe rappeler que la concrétisation de ce risque par des troubles de santé avérés constituerait un trouble distinct.

La solution fait droit à la requête des personnes indiquant résider à moins de 100 mètres d'un pylône supportant l'antenne relai litigieuse, condamne l'opérateur à l'enlèvement sous astreinte de l'installation mais également au versement d'une indemnité au titre de la crainte vécue par les demandeurs.

Des enseignements peuvent être tirés de la lecture des motifs et sont autant de pistes utiles en cas de contentieux. Ainsi, on peut déduire du deuxième paragraphe du jugement que pour éviter une condamnation l'opérateur doit insister sur le fait que le lien de causalité n'est pas démontré. Sur le troisième paragraphe, une lecture a contrario nous amène à penser que

⁴¹ TGI Nanterre, 8^{ème} ch. , 18 sept 2008, n°07/02173

l'opérateur doit de lui-même démontrer l'absence de risque des antennes relais et le respect du principe de précaution et qu'ainsi il évitera toute condamnation. Cela est contestable quant au droit de la preuve : il y a ici un renversement de la charge de la preuve puisqu'il appartient au défendeur de faire la preuve négative de ce que son installation technique n'est pas dangereuse. Deux arguments peuvent donc être mis en avant : cette solution est d'abord contestable en ce qu'elle permet un renversement de la charge de la preuve. Cette décision ne devrait pouvoir faire jurisprudence. Quand bien même le juge entendrait l'appliquer au mépris du respect des règles de la preuve du Code civil, les opérateurs pourraient opposer par une lecture a contrario des motifs qu'ils ont respecté le principe de précaution et ont démontré l'absence de risques, ne pouvant donc être condamnés.

Des incohérences ont été soulevées en doctrine à propos de cet arrêt. Ainsi l'expression « risque certain » pose problème⁴². Le Vocabulaire juridique⁴³ définit le risque comme un événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation ou à la date de sa réalisation. Parler de risque certain est donc une *contradictio in adjecto*.

Le pas franchi par l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 février 2009⁴⁴.

On en arrive enfin au fameux arrêt de la Cour d'appel de Versailles, l'arrêt emblématique sur le principe de précaution qui paradoxalement, contrairement à que la doxa s'imagine, ne le consacre pas. Cette décision n'a pas manqué de cristalliser les opinions : « pollution scientifique et culturelle mais aussi juridique⁴⁵ », « machine à faire explorer le droit », « la mécanique diabolique⁴⁶ » a-t-on lu à propos du principe de précaution. Le quotidien *Le Figaro* a même titré « antennes relais : la triste victoire des « marchands de peur » ». La Cour confirme l'arrêt du tribunal de grande instance de Nanterre mais réduit l'indemnité due aux demandeurs. Elle rappelle d'abord que le respect des normes, la licéité de l'activité et son utilité pour la collectivité ne suffisent pas à eux seuls à écarter un trouble sur le fondement de la théorie des troubles anormaux. Elle affirme ensuite étrangement que l'antenne relais en cause émet dans les limites fixées en France mais au-delà de ce qui est permis dans d'autres pays européens. Vient enfin le considérant majeur : « Si la réalisation du risque reste

⁴² J-F FELDMAN, Le trouble voisinage du principe de précaution, Recueil Dalloz 2009 n°20

⁴³ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant

⁴⁴ CA Versailles, 14^{ème} ch, 4 février 2009 n°08/08775

⁴⁵ J-F FELDMAN, Le trouble voisinage du principe de précaution, Recueil Dalloz 2009 n°20

⁴⁶ J-F FELDMAN, Le trouble voisinage du principe de précaution, Recueil Dalloz 2009 n°20

hypothétique, l'incertitude sur l'innocuité d'une exposition aux ondes émises par les antennes relais (...) peut être qualifiée de sérieuse et raisonnable de telles sortes qu'il y a une crainte légitime constitutive d'un trouble de caractère anormal ». « La cessation du préjudice moral résultant de l'angoisse créée et subie du fait de l'installation sur la propriété voisine de cette annexe relai impose d'ordonner son démantèlement ». La société Bouygues Télécom a donc causé un trouble anormal de voisinage et conséquemment elle a ordonné l'enlèvement des installations litigieuses.

L'analyse de la portée d'un arrêt si emblématique est ici particulièrement importante.

L'arrêt, se fondant là encore sur la théorie des troubles anormaux de voisinage, se situe dans le mouvement d'extension de la théorie. Un degré est franchi ici : c'est le risque d'un risque qui est pris en compte et non le risque d'un dommage certain. Alors que le trouble ou le préjudice doit toujours être certain, en l'espèce il résulte d'un risque non prouvé, hypothétique. De plus, alors que la théorie exige une manifestation de ses effets et que son caractère anormal réside dans son intensité et autres paramètres de lieu et circonstances, en l'espèce, la simple crainte légitime touchant à la santé est constitutive de trouble anormal. La Cour exprime une nuance par rapport à ce qu'avait jugé le tribunal de grande instance de Nanterre, qui s'était quant à lui fondé exclusivement sur le risque et non sur la crainte légitime de celui-ci. Est abandonné le critère de l'exposition à un risque certain sur la santé retenue en première instance pour y préférer la crainte légitime touchant à la santé

La Cour se fonde explicitement sur la théorie des troubles anormaux de voisinage. Bien loin de consacrer formellement le principe de précaution, même s'il est au cœur des débats, elle ne s'y réfère qu'incidemment pour rappeler différentes études scientifiques. Dans ses considérants essentiels, l'arrêt ne se réfère absolument pas au principe de précaution de manière explicite. Cet arrêt emblématique serait-il alors réellement un arrêt de principe? On peut douter de sa portée quant au fondement particulier du principe de précaution. Cependant, grâce à ce principe que la Cour conçoit de manière extensive, elle peut concevoir le trouble de voisinage de manière extensive. Le principe n'est donc pas la fin mais un moyen au service de la théorie du trouble anormal du voisinage. Le principe n'est donc pas reconnu en lui même mais au travers d'une théorie qu'il sert. La Cour ne fait que se servir du principe de précaution pour assouplir les conditions de la théorie du trouble anormal de voisinage.

Il convient de noter que ces décisions qui acceptent le trouble anormal de voisinage et sont donc défavorables aux opérateurs ne se réfèrent pas explicitement au principe de précaution

alors que les décisions qui refusaient le trouble écartaient explicitement ce principe. L'heure n'est donc pas à la consécration jurisprudentielle du principe de précaution.

La fin de la saga de la responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile ?-

On peut se demander si l'argumentation de la Cour d'appel de Versailles a véritablement été entendue. La position qu'elle entend initier dans la droite ligne du tribunal de grande instance de Nanterre ne semble pas être suivie. S'acheminerait-on vers un démantèlement non plus des antennes relais mais du principe de précaution ?

Le Tribunal de grande instance de Bourgoin Jallieu⁴⁷ estime que le principe de précaution s'impose aux Etats et non aux particuliers : c'est la première fois qu'une telle affirmation est faite. Il ne peut pas avoir pour effet de soumettre une personne privée à des normes plus élevées que celles en vigueur. De plus, il a estimé qu'en l'absence d'explications sur l'origine et le financement des études invoquées des micro ondes et des lignes hautes tension ne lui permettaient pas de conclure à l'existence d'un risque certain. Dès lors, le tribunal prend véritablement le contrepied de l'arrêt de Versailles.

La Cour d'appel de Chambéry, plus récemment, le 4 février 2010, un an tout juste après la Cour d'appel de Versailles, par un arrêt for bien ciselé rejette une demande de démantèlement d'une antenne relai. Après avoir rappelé que la réglementation fixant les seuils d'émission des antennes relais se fonde sur le principe de précaution et qu'aucun consensus n'est apparu depuis quant au risque que génèreraient les antennes relais, la Cour retient que « le juge judiciaire n'a en conséquence aucune légitimité pour remettre en cause une réglementation qui a été arrêtée en fonction des données actuelles de la science et qui a fixé des seuils qui intègrent le principe de précaution ». Et la doctrine de se jeter dans la brèche ouverte : « L'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Versailles le 4 février 2009 ne fait donc pas jurisprudence. Cela nous semble heureux⁴⁸ ». « L'arrêt Lagouge rendu à Versailles, début 2009, demeure pour l'instant isolé⁴⁹ ».

⁴⁷ TGI Bourgoin Jallieu 30 juin 2009, n° 07/204, Amatucci c / SA Bouygues Telecom.

⁴⁸ Cyril Bloch, La semaine juridique, édition générale n°41, 11 octobre 2010, 1015 responsabilité civile.

⁴⁹ Philippe Stoffel Munck, La semaine juridique, 11 avril 2011.

Un jugement remarqué du Tribunal de grande instance de Nevers⁵⁰ a tout de même tenté de tirer conséquence du principe de précaution, mais c'est pour être aussitôt désavoué par une impressionnante série d'arrêts. Ce jugement a tout d'abord été infirmé en appel⁵¹. De plus, pas moins de cinq autres cours d'appel ont parallèlement rejeté les actions fondées sur l'incertitude quant à l'innocuité des ondes émises par les antennes, aussi bien sur le fondement du principe de précaution que sur celui des troubles anormaux de voisinage. Ainsi en est-il de la Cour d'appel de Bastia⁵² qui juge que « l'exigence de proportionnalité [inhérente au principe de précaution] s'oppose, au regard de l'incertitude actuelle de ce risque et de l'intérêt corrélatif du public qui s'attache à la couverture de l'ensemble du territoire national par le réseau de téléphonie mobile », à une mesure conduisant au démantèlement de l'antenne. La Cour ajoute que « pour les mêmes raisons (...), il n'y a pas lieu de considérer que l'installation de nouvelles antennes-relais est constitutive d'un trouble de voisinage ». La Cour d'appel de Lyon⁵³ s'est elle aussi ralliée à cette position.

B/ En référé

La plupart des décisions en référé s'opposent à la recevabilité des actions relatives aux antennes relais en ce qu'elles ne permettent pas de démontrer la présence des conditions de l'article 809 du Code de procédure civile : il faut l'existence d'un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite. Ainsi, le tribunal de grande instance de Pau⁵⁴ a refusé de recevoir la demande en référé formée par des riverains vivant à proximité d'une antenne relais, rien ne démontrant qu'un dommage se réaliserait dans un avenir proche et tout démontrant que les normes relatives à l'émission et l'emplacement des antennes étaient respectées. « Il appartient au seul demandeur de démontrer l'existence d'un dommage imminent ». Le tribunal de grande instance d'Aix en Provence⁵⁵ a considéré que les demandeurs n'établissent pas le risque de trouble à l'environnement et à la santé. « Le principe de précaution ne saurait à lui seul caractériser l'existence d'un risque pouvant constituer un dommage imminent »

⁵⁰ TGI Nevers, 22 avr. 2010 : Resp. civ. et assur. 2010, comm. 275, obs. C. Sintez

⁵¹ CA Bourges, 6 janv. 2011 : JurisData n° 2011-001292 ; Comm. com. électr. 2011, comm. 38, nos obs

⁵² CA Bastia, 21 juill. 2010, n° 09/00709

⁵³ CA Lyon, 6e ch., 3 févr. 2011, n° 09/06433 : JurisData n° 2011-002705 ; Comm. com. électr. 2011, comm. 35

⁵⁴ TGI Pau, 10 juin 2009, n° 09/00169, GAICH c/ SA Orange France.

⁵⁵ TGI Aix, 9 juin 2009, n°09/00628, JurisData n°01075

Toutefois, certains juges de l'urgence ont pris des positions très contraires. Ainsi en est-il du tribunal de grande instance de Carpentras⁵⁶. S'appuyant sur des débats scientifiques laissant subsister « un questionnement tout à fait sérieux pourtant sur le danger potentiel présenté par ce type d'installation », le tribunal a considéré qu'il lui appartenait de « faire prévaloir le choix de la protection de l'intégrité physique des voisins et la prévention du risque sanitaire les concernant, plutôt que de tabler sur une croyance aveugle en la suffisance de normes non intangibles qui excluraient par elle mm toute possibilité de risque, ce qui n'est manifestement pas avéré à ce stade de la recherche scient ». Le tribunal a donc ordonné le démantèlement d'une antenne relais située à proximité d'habitations, relevant l'existence d'une « crainte légitime d'une atteinte directe à la santé des riverains constitutive d'un trouble dont le caractère anormal tient au fait qu'il porterait atteinte, une fois réalisé, à l'intégrité physique, sans qu'il soit à ce jour possible d'en mesurer toute l'ampleur ». Le tribunal de grande instance d'Angers⁵⁷ a considéré que le principe de précaution permet aux habitants exposés de se soustraire aux émissions de l'antenne relais et a fait défense à l'opérateur d'établir une antenne relais sur le clocher d'une église. Il considère que l'opérateur n'a pas donné toutes les informations requises aux voisins et que le projet ne permet pas de vérifier le respect de normes qu'il qualifie de laxistes ni de s'assurer des « précautions non érigées en réglementation stricte mais admises comme recommandations, relatives au bâtiment sensible que constitue l'école municipale voisine ». Le tribunal de grande instance de Créteil⁵⁸ a pour sa part estimé qu'il « appartient au juge judiciaire de faire respecter le principe de précaution, traduction du devoir de prudence vis-à-vis des tiers qui s'impose à tout sujet de droit. Le principe est expressément mentionné à l'article L110-1 texte que le juge judiciaire a le devoir d'appliquer ». Par ailleurs, « même si les connaissances scientifiques actuelles ne permettent pas de déterminer avec certitude l'impact exact des ondes électromagnétiques, il existe un risque qui ne peut être négligé de répercussions de ces ondes sur l'état sanitaire des habitants. Même si ces études ne sont pas concordantes sur la certitude du danger causé par les ondes émises par les antennes relais de téléphonie mobile, il existe un risque découlant de la propagation des ondes ». Le tribunal interdit donc l'installation d'une radio de télécommunication. Le principe de précaution semble ici être un principe d'inspiration car il contribue à étoffer notion de faute. L'appréciation est faite au regard du devoir général de prudence même s'il gagne légèrement en autonomie : auparavant la jurisprudence ne

⁵⁶ TGI Carpentras, 16 février 2009, n°08/00707

⁵⁷ TGI Angers, 5 mars 2009, n°08/00765

⁵⁸ TGI Créteil, 11 août 2009, n° 09/658, ord.réf., Puybaret c / SA Orange France.

mentionnait pas le principe de précaution en tant que tel. Il était traditionnellement inclus dans la notion de prudence et de diligence. Ainsi en est-il de la Cour d'appel d'Angers⁵⁹ qui estimait que le principe de précaution « n'est pas un principe juridique ». Il y a là une référence expresse au principe de précaution.

Bilan de la jurisprudence judiciaire.- Saisis d'actions fondées tant sur la théorie des troubles anormaux de voisinage que sur le principe de précaution, les juges judiciaires ont développé une jurisprudence discordante. Comme l'a très bien résumé le tribunal de grande instance de Carpentras⁶⁰ deux courants s'opposent.

Un premier courant estime que le principe de précaution a été suffisamment pris en compte lors de l'établissement des normes dans le décret du 3 mai 2002. Il exclut donc l'existence d'un risque pour la santé des populations vivant à proximité des antennes relais respectant ces normes et exclut donc tout trouble anormal de voisinage⁶¹. La simple référence au principe de précaution ne permet pas de caractériser un trouble anormal de voisinage ni une menace directe et réelle pour la santé⁶². Déjà des décisions étaient rendues en ce sens dès 2002⁶³. Le principe de précaution, « notion dont l'écho médiatique est inversement proportionnel à la consistance juridique » conduit à rejeter la mise en œuvre de toute avancée technologique qui ne serait pas précédée de la démonstration de son innocuité. Le juge serait ainsi conduit à contrôler et définir les limites de la science, mission que ne lui confère pas la loi⁶⁴.

Un second courant considère au contraire que le respect des seuils d'émission (qui sont supérieurs en France à ceux prescrits par d'autres pays européens) par l'opérateur, la licéité de son activité et son utilité pour la collectivité ne suffisent pas à eux seuls à écarter l'existence d'un trouble anormal de voisinage⁶⁵. On remarquera que la Cour d'appel d'Aix semble désormais relever du premier courant alors que ce n'était pas le cas initialement⁶⁶.

Sur le fondement qui est invoqué au soutien de ces décisions, c'est bien la théorie des troubles anormaux et non le principe de précaution qui ne l'est qu'officieusement. Ainsi, les opérateurs

⁵⁹ CA Angers 1^{ère} ch. A, 30 octobre 2001, n°97/01975

⁶⁰ TGI Carpentras, 16 février 2009, n°08/00707

⁶¹ TGI Lyon 15 sept 2009 n°09/7835, ch.urg., Besson c/ SA Bouygues Telecom.

TGI Bourgoin Jallieu 30 juin 2009, n° 07/204, Amatucci c / SA Bouygues Telecom.

⁶² CA Aix en provence 2 octobre 2009 :

⁶³ Déjà en ce sens CA Paris 7 mai 2002, N° 01-4367, Bourelly c/ Synd.copr. 80 av. V Hugo à Paris et CA paris 7 janvier 2004 n° 03-2301, 19^{ème} ch. A

⁶⁴ TGI Avignon 16 juin 2009, n° 07/02026, ch.1 sect. 3, Boualouan c/ SA Bouygues Telecom.

⁶⁵ CA Versailles 4 fév 2009, TGI Carpentras 16 février 2009, TGI Angers 5 mars 2009 et TGI Créteil 11 aout 2009, préc.

⁶⁶ CA Aix en Provence, 8 juin 2004, Société SFR c/ Commune de la Roquette sur Siagne, D.2004. 2678

ont peut-être plus à craindre devant le juge judiciaire l'application de cette théorie que l'invocation du principe de précaution.

Autre point important : il convient de relativiser l'importance de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 4 février 2009. Si en effet un pas a bien été franchi, plusieurs arrêts antérieurs étaient favorables aux opérateurs. De plus, les arrêts postérieurs et récents mettent à mal le principe de précaution et la reconnaissance d'un trouble anormal de voisinage. Sur le fond, les juges qui refusent le trouble anormal et le principe de précaution écartent explicitement ce dernier. Quant à ceux qui reconnaissent un trouble anormal de voisinage, ils ne se réfèrent pas pour autant au principe de précaution. Ils le contournent en assouplissant les conditions de la théorie du trouble anormal. La théorie du trouble anormal de voisinage se trouve ainsi « polluée »⁶⁷ par ce principe. La jurisprudence judiciaire évince le principe de précaution plus qu'elle ne le consacre : on peut s'étonner de la place occupée par le principe de précaution dans les différentes décisions. S'il est cité à plusieurs reprises, il ne constitue jamais le fondement direct des solutions précitées.

II. Justifications de l'approche du juge judiciaire

A/ L'approche favorable à une responsabilité du fait des antennes relais

Le juge se donne pour l'appréciation du trouble de voisinage l'angle d'appréciation le plus large. Qu'il s'interroge en référé ou qu'il examine au fond la réalité d'un trouble de voisinage, le juge ne s'interdit a priori de prendre en ligne de compte aucune catégorie de considération. Il prendra en considération aussi bien les éléments d'ordre général (contexte juridique, état des connaissances scientifiques) que les données locales. Il ne verra pas son raisonnement contraint par des critères énumérés à l'avance mais pourra accueillir toute considération soulevée par les parties. Le juge pourra donc plus facilement accueillir les arguments tirés du principe de précaution et d'ailleurs de l'incertitude scientifique et de la crainte qui en résulte pour les riverains d'antennes. Cet angle d'approche très largement ouvert est illustré par l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 février 2009⁶⁸. Pour conclure à l'existence d'un trouble anormal de voisinage, le juge ne s'arrête pas à la licéité de l'opération de travaux au regard notamment du décret de 2002 mais passe en revue l'état de la réflexion scientifique, laquelle conclut systématiquement à la nécessité de poursuivre les études pour en déduire que subsiste une incertitude sérieuse et raisonnable, suscitant chez les riverains une crainte

⁶⁷ J-F FELDMAN, Le trouble voisinage du principe de précaution, Recueil Dalloz 2009 n°20

⁶⁸ Ou encore CA Bordeaux 20 sept 2005

légitime, constitutive, précisément du trouble anormal de voisinage dès lors que cette crainte a pour objet la santé des personnes. La question n'a pas été à ce jour examinée par la Cour de cassation, la société Bouygues Télécom s'étant le 1^{er} avril 2010 désistée de son pourvoi contre l'arrêt d'appel.

B/ La lecture du contexte scientifique et du principe de précaution par le juge judiciaire.

Les juges judiciaires sont sensibles à l'incertitude qui entoure les données scientifiques actuelles sur les effets sanitaires des champs électromagnétiques. Ainsi, le tribunal de grande instance d'Angers⁶⁹ a-t-il pu souligner l'ancienneté (1999) de la recommandation européenne qui fonde la norme actuelle. Et de relever ensuite que d'autres Etats ou collectivités publiques ont adopté des seuils plus contraignants. Il en conclut, déplorant la faiblesse des informations fournies par l'opérateur et l'absence de toute démarche de concertation, que le projet d'installation méconnaît le principe de précaution et est susceptible de faire naître un dommage imminent, pour faire défense à l'opérateur de réaliser l'opération prévue. Quant au tribunal de grande instance de Créteil⁷⁰, tout en relevant que les études en la matière ne sont pas toujours concordantes, il tire de leur lecture le constat de l'existence d'un risque découlant pour les riverains de la propagation des ondes émises par les antennes. Ce risque est à l'origine d'un trouble manifestement illicite justifiant en référé l'interdiction de l'opération.

Si le juge judiciaire est compétent en matière d'antennes relais de téléphonie mobile, le juge administratif l'est aussi. En effet, ce dernier est compétent dès lors que cette opération est prévue par le droit de l'urbanisme qui la soumet selon la dimension de l'installation soit à un permis de construire soit dans le cas le plus fréquent à une déclaration de travaux ; dès lors également qu'elle suppose dans certains cas l'occupation d'une dépendance du domaine public. Les maires en vertu de leur pouvoir de police peuvent chercher à encadrer par des règlements administratifs de telles implantations. Dans ce cas, la voie du référé pourra être empruntée. De plus, en doctrine, certains auteurs⁷¹ ont remarqué un phénomène de déplacement du contentieux vers les juridictions administratives : il faut donc d'autant plus se pencher sur les arrêts rendus par le juge administratif.

⁶⁹ TGI Angers, 5 mars 2009, n°08/00765

⁷⁰ TGI Créteil, 11 août 2009, n° 09/658, ord.réf., Puybaret c / SA Orange France.

⁷¹ Y. GAUDEMET, Sur le contentieux des antennes relai : les champs électromagnétiques, nouvelle source de responsabilité ? Revue de droit d'Assas, janvier 2010.

I. Une approche défavorable au principe de précaution et favorable aux opérateurs de téléphonie mobile

La mise en œuvre du principe de précaution par le juge administratif par le biais du contrôle de la légalité des décisions administratives (A) mais également lorsqu'il est saisi en référé (B).

A/ Au fond

Le Conseil d'Etat estime d'une manière générale que le principe de précaution ne justifie pas l'interdiction des antennes de téléphonie mobile à proximité d'habitations. Les juridictions administratives maintiennent sur la question une attitude très réservée quant aux dangers invoqués et l'application du principe de précaution. Cette position est appliquée dans le cadre de contentieux concernant tant des décisions locales que des décisions réglementaires nationales.

Des décisions locales.-Le Conseil d'Etat a considéré que le principe de précaution ne peut légalement justifier une opposition à travaux⁷². Il a ainsi suspendu une décision d'un maire⁷³ qui s'était fondé sur le principe de précaution pour s'opposer à l'installation d'antennes relais de téléphonie mobile : il estime qu'il existe un doute sérieux sur la légalité de cette décision résultant des moyens tirés notamment de « l'erreur d'appréciation commise quant aux exigences de sécurités imposées ». La cour administrative d'appel de Lyon⁷⁴, dans ce mouvement, a annulé un arrêté du maire de Dijon interdisant d'installer une station de radiofréquences de téléphonie mobile dans certaines zones de sa commune.

Quant aux conventions d'occupation du domaine public, le Conseil d'Etat⁷⁵ a ordonné la suspension de la décision du Conseil général résiliant sur le fondement du principe de précaution la convention d'occupation du domaine public qu'il avait signé avec un opérateur

⁷² CE 30 déc 2002 Assoc des consommateurs

⁷³ CE 22 août 2002 SFR c Commune de Vallauris, n°245624

⁷⁴ CAA Lyon 17 juin 2004 Commune de Dijon n°02LY02333

⁷⁵ CE 19 mai 2003 S SPM Telecom

de téléphonie en vue de permettre l'implantation d'un bâtiment et d'une antenne. La Haute Juridiction rend donc des décisions favorables aux opérateurs dans le cadre de contentieux concernant des décisions de résiliation de convention d'occupation du domaine public.

Décisions réglementaires nationales.- Cette position concernant des décisions locales a été confirmée dans le cadre du contrôle de décisions réglementaires nationales : le Conseil d'Etat a refusé d'annuler un arrêté ministériel de novembre 2001⁷⁶ modifiant diverses autorisations d'établissement et d'exploitations de réseaux, estimant que cet arrêté n'était pas entaché d'une erreur manifeste dans l'appréciation des risques et ne comportait pas de mesures non proportionnées aux précautions qui s'imposent en cette matière. Il a également admis la légalité pour les mêmes motifs 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 télécommunications⁷⁷.

Ces jurisprudences semblent impliquer que dès lors que l'installation envisagée respecte les prescriptions du décret de 2002, les maires ne peuvent plus s'opposer aux déclarations de travaux préalables pour des raisons tirées de l'exposition à de tels champs magnétiques et plus largement, ils ne peuvent pas se fonder sur les risques pour la santé de la population qui résulteraient de ces équipements pour s'opposer aux déclarations de travaux préalables. De plus, la jurisprudence adopte une conception restrictive du pouvoir d'intervention du maire. Ainsi, les dispositions L2112-1 et L2112-2 du Code général des collectivités territoriales n'autorisent pas le maire en l'absence de péril imminent ou de circonstances exceptionnelles propres à la commune, à s'immiscer dans l'exercice de la police spéciale des télécommunications que l'article L32-1 II du Code des postes et communications électroniques attribue au seul ministre chargé des télécommunications⁷⁸. Le maire ne peut intervenir qu'en cas d'urgence ou de menace grave et imminente pour l'ordre, la sûreté, la tranquillité ou la salubrité publics : « aucun risque réel n'ayant été démontré quant aux effets sur la santé des populations de la présence des installations de relais de radiotéléphonie mobile, le principe de précaution ne saurait davantage justifier légalement l'édiction par le maire de mesures de police générale⁷⁹ ». La jurisprudence en évoquant le principe de

⁷⁶ CE 30 juillet 2003, Association Priartem, n°241992

⁷⁷ CE 11 juin 2004 Commune de St Maur des Fossés et autres, n°248443

⁷⁸ CAA versailles 19 oct 2006 confirmée par CAA Versailles 15 janvier 2009 N°07VE01770

⁷⁹ CAA Marseille 18 mai 2009 N° 07MA03722

précaution laisse cependant ouverte l'hypothèse où de nouvelles études nécessiteraient des conditions nouvelles, voire des interdictions, ce qui, à notre connaissance, n'est pas le cas actuellement.

Attention à l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat quant au droit de l'urbanisme.- Le principe de précaution est-il applicable en matière d'urbanisme ? Sur cette problématique, il convient de faire attention à une évolution de jurisprudence très importante du Conseil d'Etat mais qui reste favorable aux opérateurs.

La jurisprudence traditionnelle, sur cette question, considérait que le principe de précaution n'étant pas dans le Code de l'urbanisme, il n'est donc pas applicable aux décisions prises en matière d'urbanisme⁸⁰. Cette position était justifiée par l'application de la théorie jurisprudentielle de l'indépendance des législations mais le Commissaire du Gouvernement avait bien mentionné que c'était une solution valable avant la Charte. Cette théorie faisait obstacle à ce que soit invoqué un principe de droit de l'environnement à l'encontre d'une autorisation ou décision régie par le seul Code de l'urbanisme. En 2010, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de faire un revirement de jurisprudence⁸¹. L'application du principe de précaution de l'article 5 de la Charte veille à prendre les mesures afin de parer à la réalisation du dommage. Il importe peu que des dispositions législatives ou réglementaires aient été prises pour faire application de ce principe. Le conseil juge ainsi que le principe de précaution s'applique même sans référence au droit de l'urbanisme et par conséquent à l'autorisation d'installer un pylône. Toutefois, en l'espèce, il estime que la preuve de la violation du principe de précaution n'est pas rapportée. En effet, le juge précise que la décision du maire, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques sur les risques pouvant résulter pour le public de son exposition aux champs électromagnétiques émis par les antennes relais, n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation en vertu de l'article 5 de la Charte. Cette décision met fin à la jurisprudence Bouygues par laquelle le conseil d'Etat avait jugé que le principe de précaution n'était pas applicable à une déclaration de travaux. Cette solution était inévitable à partir du moment où ce principe avait été constitutionnalisé par la Charte de l'environnement et doté d'une opposabilité directe. Mais la jurisprudence reste toujours aussi

⁸⁰ CE 29 oct 2003 ; CE 20 avril 2005 Société Bouygues Telecom, req. N°248233, AJDA 2005 1191

⁸¹ CE 19Juillet 2010 Association du Quartier les Hauts de Choiseul req. N°328687

favorable aux opérateurs puisque dans cette décision le Conseil annule le jugement de première instance et rejette le pourvoi.

B/ En référé

Sur le fondement de l'article L521-1 du Code de justice administrative, quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Sur la condition d'urgence et le principe de précaution, après une période d'hésitations et de contradictions, la jurisprudence est aujourd'hui unifiée sur la question. Le Conseil d'Etat estime que la condition d'urgence est remplie si l'exécution de la décision entraîne un préjudice grave et immédiat pour le requérant. Il a ainsi refusé de prononcer la suspension d'une décision du maire de Marseille mettant fin à l'autorisation d'occupation par SFR qui avait installé un relai de téléphonie mobile. En l'espèce, le préjudice n'étant pas grave et immédiat, il n'y avait pas d'urgence dès lors qu'il n'y avait pas de diminution de la couverture des services ou de leur qualité⁸². La condition d'urgence est ainsi remplie quand l'intérêt général demande une couverture suffisante du réseau. L'intérêt général qui s'attache à la couverture du territoire national par le réseau de téléphonie mobile est ainsi reconnu par le juge⁸³. De même, l'extension ou le maintien de la couverture du réseau est prise en considération au titre de l'urgence. En revanche, la seule amélioration d'un réseau existant ne constitue pas un critère d'urgence et ne permet pas d'obtenir la suspension de la décision d'un maire s'opposant à des travaux d'installation d'un pylône de téléphonie mobile⁸⁴.

⁸² CE 22 mai 2002

⁸³ CE 2 juillet 2008 SFR AJDA 2008. 1359

⁸⁴ CE 28 AVRIL 2004 SFR

II. Justifications de l'approche du juge administratif

A/ L'approche rigoureuse du juge administratif

L'approche du juge administratif est plus contrainte que celle du juge judiciaire. Il est le plus souvent contraint, ou se contraint lui-même, quant aux principes applicables.

Le contrôle des mesures de police (arrêtés des maires): un régime particulier de charge de la preuve.-

Le juge peut faire appel à une large palette de considérations. Cependant, dans ce type de contentieux, c'est la méthode retenue qui va finalement s'avérer défavorable au principe de précaution. En matière de police, la méthode exposée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933 consiste à exiger que l'autorité auteur d'une mesure de police fasse la preuve de la proportionnalité de celle-ci par rapport à l'atteinte aux libertés qu'elle engendre. La charge de la preuve repose ainsi sur l'autorité de police. C'est à elle de démontrer la nécessité de sa décision. En face, la liberté menacée se défend par sa seule existence. Qui dit preuve dit certitude : seuls des éléments bien établis peuvent avoir valeur de preuve. Or le principe de précaution s'attache précisément aux situations d'incertitudes. Il sera difficile de prouver qu'une mesure est nécessaire et proportionnée puisque le risque n'est pas précisément cerné. Il en résulte que le principe de précaution passera mal la barre du contrôle de proportionnalité alors que, face à lui, la liberté du commerce et de l'industrie a de forts arguments à faire valoir⁸⁵.

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

Le juge administratif connaît à titre principal du contentieux des antennes relais par le biais du droit de l'urbanisme. Or celui-ci encadre précisément les conditions dans lesquelles l'administration peut s'opposer à travaux. Le juge administratif a longtemps déduit que l'autorité administrative ne pouvait s'opposer aux travaux réalisés sur déclaration que motifs pris d'autres dispositions d'urbanisme ou de servitudes ou encore de règles nationales

⁸⁵ CE 2 juillet 2008 Société SFR AJDA 2008. 1359, Lebon p.260

d'urbanisme. Autrement dit les dispositions devaient être puisées dans le droit de l'urbanisme sans que puisse intervenir une préoccupation étrangère à ce droit, fut-elle d'application a priori transversale comme le principe de précaution. On l'a vu, cette position a subi néanmoins un infléchissement récent au terme duquel le juge administratif accepte de prendre en compte le principe de précaution⁸⁶. Il s'applique directement en droit de l'urbanisme et est ainsi d'application transversale. Le juge administratif a rapproché sa méthode de celle, ouverte, du juge judiciaire mais la décision récente rejetait tout de même le pourvoi et restait favorable aux opérateurs.

L'appréciation d'une antenne relai qualifiée d'ouvrage public.-

Le juge administratif a abandonné le principe de l'intangibilité absolue de l'ouvrage public pour admettre une « tangibilité mesurée » de l'ouvrage public. Dans un arrêt du 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes Maritimes, le Conseil d'Etat a pu préciser les conditions et les limites de la mise en œuvre du principe d'intangibilité : avant de décider s'il va ordonner la démolition, le juge doit d'abord voir si une régularisation appropriée est possible. Si tel n'est pas le cas, il doit alors prendre en considération les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et d'autres parts les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, à savoir si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive pour l'intérêt général. Ainsi, l'ouvrage public est protégé en considération des utilités que sert celui-ci et qui doivent être mis en balance avec l'exigence de légalité qui voudrait sa démolition.

B/ La lecture du contexte scientifique et du principe de précaution

La lecture du juge administratif est assez spécifique.

Tout d'abord, ainsi que le relève le Professeur Yves Jegouzo, le Commissaire du Gouvernement Aguila dans l'arrêt Société Bouygues indique qu'il ne s'agit pas d'exiger des opérateurs ou des agents économiques qu'ils apportent la preuve que leur action ne comporte aucun risque, considérant que le risque zéro n'existe pas. C'est bien cette attitude qu'adopte le juge.

⁸⁶ CE 19Juillet 2010 Association du Quartier les Hauts de Choiseul, req. N°328687

Autre caractéristique du juge administratif, celui-ci a bien donné à la disposition de l'article 5 de la Charte le sens dans lequel il avait été conçu : ce sont les autorités publiques qui mettent en œuvre le principe de précaution. Il censure de manière assez systématique les tentatives d'autorités non compétentes d'intervenir dans le domaine de précaution. Les décisions prises en matière d'antennes de téléphonies ont été censurées dès lors qu'on estimait qu'il existait une police spéciale appartenant à l'Etat dans ce domaine et donc que les autorités locales n'avaient pas à s'y substituer. Cette solution est à approuver car on peut difficilement concevoir que les normes imposées aux opérateurs varient d'une commune à l'autre.

Enfin, si le juge prend en compte les éléments scientifiques qui lui sont présentés, s'il est fortement engagé dans la prise en compte de ces éléments, il reste néanmoins prudent quant à leur autorité. Ainsi, le Conseil d'Etat a affirmé qu' « en l'absence d'éléments scientifiques nouveaux de nature à établir l'existence de risques sérieux pour la santé pub, le principe de précaution ne peut valoir « motif d'intérêt général » permettant la résiliation de la convention d'occupation⁸⁷ ». Dans un autre arrêt⁸⁸, le conseil ne relève pas d'éléments de nature à accréditer l'hypothèse en l'état des connaissances scientifiques, de risques pour la santé publique pouvant résulter de l'exposition du public aux champs électromagnétiques alors même que les documents pris en compte par le juge judiciaire de Versailles (étude Reflex, Rapport Bio initiative) étaient connus à la date de l'arrêt.

Les deux juges administratifs et judiciaires ont une lecture différente du principe de précaution lui-même et des exigences dont il est porteur. Le juge judiciaire relève qu' « aucun élément ne permet d'écarter péremptoirement l'impact sur la santé publique de l'exposition des personnes à des ondes ou des champs électromagnétiques⁸⁹ » tandis que le Conseil d'Etat se fonde sur « l'absence de risques graves et avérés⁹⁰ ».

Le juge administratif prend en compte des considérations de nature à contrebalancer le principe de précaution : ainsi dans un arrêt Saint Pierre et Miquelon, l'intérêt qu'il y a à acheminer des appels des bateaux en détresse est souligné pour justifier le maintien de l'antenne. L'intérêt d'une couverture du territoire, du réseau national ainsi que les obligations imposées à l'opérateur sont prises en considération. Et le Conseil de reconnaître en 2010 que la société Orange qui s'est engagée à couvrir le territoire national en téléphonie mobile

⁸⁷ CE 19 mai 2003 S SPM Telecom

⁸⁸ CE 2 juillet 2008 Société SFR AJDA 2008. 1359 ; Lebon p.260

⁸⁹ CA Versailles, 14^{ème} ch., 4 février 2009 n° 08/08775

⁹⁰ CE 2 juillet 2008 Société SFR AJDA 2008. 1359 ; Lebon p. 260

UMTS⁹¹ participe à la réalisation d'une mission reconnue par la loi comme de service public. Le juge judiciaire quant à lui a plutôt tendance à voir dans les engagements de couverture du territoire par UMTS souscrits par les opérateurs de simples engagements contractuels. Conséquemment, « l'invocation de pénales contractuelles n'apparaît pas appropriée à la problématique environnementale et de santé publique⁹² ».

En bref, l'étude du droit positif, des deux ordres de juridictions donne une fâcheuse et inquiétante impression de contradiction pouvant donner aux justiciables le sentiment que leur litige recevra une réponse différente selon le juge auquel il sera soumis. Les opérateurs de téléphonie mobile en sont conscients puisqu'ils fondent aujourd'hui leur stratégie contentieuse sur des conclusions d'incompétence du juge judiciaire, au profit du juge administratif, même dans des litiges où en l'absence de tout élément d'ouvrage public, de service public ou de domanialité publique, la composante de droit public est bien pauvre et dans lesquels la notion civiliste de trouble anormal de voisinage occupe une place centrale. Après avoir analysé la responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile et le principe de précaution en droit positif, les textes qui le contiennent et l'application qui en est faite par les différents juges, il s'agit désormais de donner divers arguments permettant de mettre en échec le principe de précaution.

CHAPITRE 3 : L'exonération de la responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile: arguments pratiques de mise en échec du principe de précaution

Nous verrons des arguments permettant d'éviter la condamnation sur le fondement du principe de précaution (section 1) avant de voir ceux qui, en cas de condamnation sur ce même fondement, permettront tout de même à l'opérateur de téléphonie mobile de diminuer le coût de sa condamnation (section 2).

⁹¹ Norme UMTS : Universal Mobile Telecommunications System- Norme pour la 3G

⁹² TGI Angers, 5 mars 2009, n°08/00765

Section 1- Eviter la condamnation, en cas de contentieux, sur le fondement du principe de précaution

§1 / Préférer le juge administratif au juge judiciaire.

On l'a vu, la jurisprudence administrative est plus favorable aux opérateurs téléphoniques que la jurisprudence judiciaire qui est quant à elle favorable à l'application du principe de précaution. En cas de contentieux, le conseil de base serait donc de tenter d'aller devant le juge administratif et non devant le juge judiciaire. L'opérateur de téléphonie mobile va donc d'abord devoir contester la compétence du juge judiciaire s'il veut pouvoir plaider devant le juge administratif

Il convient de voir quelle est la réponse du juge judiciaire lorsqu'une partie soulève son incompétence avant de voir les arguments permettant de contester cette compétence.

I. La réponse du juge judiciaire sur son incompétence

Les réponses varient selon le ressort et le degré de juridiction.

Le tribunal de grande instance de Créteil et de Lyon ont rejeté l'exception d'incompétence et se sont reconnus compétents. Le tribunal de Créteil⁹³ estime que le litige opposait des personnes privées à l'opérateur, autre personne privée, et avait pour objet, non pas l'autorisation administrative d'émettre sur le réseau hertzien mais le risque que faisait courir l'opérateur en implantant les antennes projetées à proximité immédiate des appartements des demandeurs. A contrario il faudrait donc centrer l'objet du litige dans les conclusions sur l'autorisation administrative et insister là-dessus. Le Tribunal de grande instance de Lyon⁹⁴ considère quant à lui que la demande ne visait pas à porter atteinte au domaine public hertzien mais seulement à supprimer ou déplacer un élément matériel qui est un ouvrage implanté sur un bâtiment privé. La compétence d'attribution des juridictions administratives concerne les litiges relatifs à la passation, à l'exécution et à la résiliation des contrats comportant

⁹³ TGI Créteil, 11 août 2009, n° 09/658, ord.réf., Puybaret c / SA Orange France.

⁹⁴ TGI Lyon 15 sept 2009 n°09/7835, ch.urg., Besson c/ SA Bouygues Telecom.

occupation du domaine public tandis qu'en l'espèce l'objet de la demande était relatif aux conséquences du choix fait par l'opérateur sans intervention de la puissance publique, de l'implantation de l'antenne litigieuse.

La stratégie à adopter est dès lors la suivante : il faut, en première instance devant le tribunal de grande instance insister sur l'autorisation administrative et l'enjeu de domaine public. Il convient alors de démontrer que l'objet du litige est cette autorisation administrative (tribunal de grande instance de Créteil) ou suppose l'intervention de la puissance publique (Tribunal de grande instance de Lyon). Si le tribunal rejette l'exception d'incompétence, en appel, l'opérateur pourra alors à nouveau soulever l'incompétence qui sera cette fois accueillie (voir infra). Cette stratégie est à conseiller dès lors que d'autres tribunaux de grande instance ont relevé l'importance du domaine public et des autorisations dans ces litiges : celui de Paris a estimé que la demande tendant à diminuer le niveau d'ondes d'une antenne constituait une atteinte aux conditions d'occupation du domaine public hertzien et aux autorisations données dès lors qu'elle aurait pour effet de réduire la zone de couverture de l'antenne⁹⁵.

En effet, **la Cour d'appel de Paris** a clairement affirmé son incompétence dans un arrêt du 26 mars 2009 Collectif de Montfermeil⁹⁶. Statuant sur une demande tendant à mettre hors service une antenne relais pour trouble anormal de voisinage, la Cour a déduit de plusieurs éléments la compétence exclusive du juge administratif, éléments qui sont autant d'arguments dans un litige pour démontrer l'incompétence du juge judiciaire et qui doivent donc servir de lignes directrices. Depuis cet arrêt, on observe le même renvoi des parties devant le juge administratif dans de nombreuses décisions. C'est ainsi au juge administratif d'apprécier la réalité et l'anormalité des troubles de voisinage allégués ainsi que les sanctions. Dès lors le contentieux de la responsabilité du fait des antennes relai ouvert devant le juge judiciaire trouverait son épilogue devant le juge administratif.

II. Les arguments permettant de contester la compétence du juge judiciaire.

Les arguments de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris affirmés dans l'arrêt ci-dessus donnent des arguments à celui qui veut contester la compétence du juge judiciaire.

⁹⁵ TGI Paris, 28 octobre 2009, N°07/02161, 1^{ère} ch. Sect. 1, Curien c/ Société Bouygues Telecom.

⁹⁶ CA Paris, 26 mars 2009, N°08-21837, 2^{ème} ch. B, SA SFR c/ SA Bouygues Telecom

L'autorisation administrative.- Tout d'abord, les textes régissant l'occupation du domaine public y compris hertzien de l'Etat (Code générale de la propriété des personnes publiques art L2111-17 et L2124-26 ; Code des postes et télécommunications L41-1) requièrent pour toute occupation ou utilisation une autorisation administrative dont les opérateurs doivent être titulaires. Il s'agit donc pour les opérateurs de faire valoir qu'ils exercent leur activité dans le cadre d'une autorisation d'occupation du domaine public hertzien et que le contenu relatif à cette autorisation relève du seul juge administratif.

Les conventions administratives d'occupation du domaine public.- Ensuite, les opérateurs peuvent également arguer que l'antenne litigieuse était installée sur le domaine public d'une commune en vertu de conventions d'occupation temporaire du domaine public conclues entre les opérateurs et la commune. Mettre hors service l'antenne relais aurait pour effet de priver sur la partie du territoire municipal couverte par cette station de tout objet les autorisations et conventions administratives obtenues par les opérateurs, ce qui relève de la compétence du juge administratif étant en cause des autorisations et conventions administratives.

La compétence de principe du juge administratif sur les autorisations et contrats comportant occupation du domaine public.- De plus l'article L2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques réserve au juge administratif les litiges relatifs aux « autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ». Cette compétence de principe ne se limite pas aux seuls litiges portant sur ces autorisations et conventions d'occupation du domaine public mais concerne plus largement « tout litige né de l'occupation du domaine public » selon la Cour d'appel de Paris.

L'application de la théorie du trouble anormal de voisinage par le juge administratif.- Pour renforcer la force de ces trois premiers arguments, le Tribunal de grande instance de Paris a estimé par ailleurs que le juge administratif reconnaît lui aussi la notion de trouble anormal de voisinage et est parfaitement en mesure d'en ordonner la cessation et la réparation. En effet les juridictions administratives connaissent depuis toujours la notion de trouble anormal de voisinage et sont ainsi compétentes pour trancher un litige sur ce point⁹⁷.

⁹⁷ Notamment CE, 10 mars 1978.

La nature d'ouvrage public de l'installation.- Enfin, il s'agit de démontrer la nature d'ouvrage public de l'installation. Quatre conditions cumulatives ont été posées en jurisprudence : il doit s'agir d'un immeuble⁹⁸, qui doit être le résultat d'un travail de l'homme⁹⁹, qui est affecté à l'intérêt général¹⁰⁰ et enfin l'immeuble doit appartenir à une personne publique ou à défaut être l'accessoire d'un ouvrage public. Les trois premières conditions ne semblent pas poser problème. En effet, les deux premières conditions posées sont évidemment remplies par l'antenne relais, puisqu'elle constitue un immeuble par nature et qu'elle résulte du travail de l'homme. La troisième condition n'appelle pas plus de discussion : l'antenne relais est affectée à l'intérêt général, en ce qu'elle permet à la société d'exploiter un réseau de téléphonie mobile, activité reconnue d'intérêt général par le Conseil d'État dans deux arrêts du 13 novembre 2002 et du 19 mai 2003. En revanche, la quatrième condition peut soulever des difficultés dans la mesure où les opérateurs sont des personnes privées et non des personnes publiques. La question est ainsi de savoir si un immeuble remplissant les trois premières conditions mais appartenant à une personne privée peut recevoir la qualification d'ouvrage public.

Le Doyen Jean-Marie Aubry a pu distinguer 2 hypothèses.

La première est celle où l'ouvrage en cause est « incorporé matériellement dans un ouvrage public appartenant à une personne publique dont il devient une dépendance. Faisant corps avec cet ouvrage public, il sera, par application de la théorie de l'accessoire, également considéré comme un ouvrage public ». Cela est confirmé par l'avis contentieux de 2001 du Conseil d'Etat Adèle qui précise que si les ouvrages de France Télécom n'ont en principe plus la qualité d'ouvrages publics depuis la transformation de l'exploitant public en personne morale de droit privé, il en va autrement « pour ceux qui sont incorporés à un ouvrage public¹⁰¹ ». Il faut qu'existe ainsi un véritable lien physique entre l'ouvrage public propriété privée et un ouvrage public propriété publique auquel il est incorporé.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle « un bien immobilier appartenant à une personne privée (et non incorporée à un ouvrage public pour ne pas être dans l'hypothèse précédente) peut être qualifiée d'ouvrage public lorsqu'il est affecté à une destination d'intérêt général qui paraît impliquer l'application du régime de l'ouvrage public ». Et l'on peut citer comme illustration l'ouvrage propriété d'un concessionnaire et affecté au service public (Conseil

⁹⁸ CE 26 sept 2001 Département du Bas Rhin Lebon p.434, AJDA 2002 p.549

⁹⁹ CE 2 déc 1987 Compagnie Air inter Lebon p.393 ; AJDA 1988, p.156.

¹⁰⁰ CE 1^{er} oct 1971 Société Nouvelle foncière du Cap Ferret Lebon, p. 576

¹⁰¹ CE 11 juillet 2001, Adèle, Lebon p.372, AJDA 2002 p.266

d'Etat 20 Sept 1955) à propos d'une plaque tournante appartenant à la SNCF qui était alors une personne morale de droit privé¹⁰². Cette seconde hypothèse est peut-être remise en cause par l'avis contentieux de 2001. Le législateur a transformé France Télécom en personne privée « dont le fonctionnement relève sauf dispositions particulières contraires du droit privé » : il « a entendu mettre fin à la protection particulière dont bénéficiaient les biens de France télécom » mais dans un second temps, ceux des ouvrages incorporés à un ouvrage public tel qu'une voie publique et en constituant une dépendance demeurent des ouvrages publics. Ainsi, cet avis a d'une part posé un principe nouveau en refusant la qualification d'ouvrage public aux ouvrages de France Télécom, personne morale de droit privé mais confirmé une solution traditionnelle en réservant cette qualification aux installations constituant notamment des dépendances d'une voie publique. Cet avis contentieux peut faire l'objet d'au moins deux lectures. La première qui a été privilégiée par les commentateurs de l'avis consiste à y voir une prise de position de principe. Toute la jurisprudence affirmant que des ouvrages appartenant à des personnes privées et affectés à une destination d'intérêt général sont des ouvrages publics peut paraître frappée d'obsolescence. La seconde lecture consiste à limiter la portée de cet avis. Il n'est en effet pas interdit de la lire comme une prise de position d'espèce et de considérer, la rédaction de l'avis pouvant être significativement utilisée en ce sens, que la solution se justifie par la situation particulière de France Télécom et par la volonté de respecter la volonté du législateur. L'avis Adélie ne concernait que la situation très spécifique de la société France Télécom. Cet avis ne modifie donc nullement la jurisprudence antérieure : une personne privée peut être propriétaire d'un ouvrage public¹⁰³.

C'est cette lecture de l'avis que devront chercher à privilégier les opérateurs dans leurs conclusions en cas de contentieux. Dès lors, ceci étant exposé, il est à conseiller aux opérateurs de faire en sorte que l'installation d'antennes relais, les stations de base soient l'accessoire d'un ouvrage public afin que l'installation soit considérée comme un ouvrage public et relève de la compétence administrative. Ce dernier argument est le plus faible mais est tout de même à considérer. Le second argument permettant de faire d'une installation d'antenne relais un ouvrage public serait de se fonder sur la jurisprudence traditionnelle selon laquelle l'ouvrage affecté à une destination d'intérêt général implique l'application du régime de l'ouvrage public ainsi que cela a été consacré par l'arrêt de section du Conseil d'Etat du 30 septembre 1955 Caisse régionale de sécurité sociale de Nantes. Dans ce sens, l'on peut

¹⁰² CE sect. 30 septembre 1955, Caisse régionale de sécurité sociale de Nantes, Lebon p.459

invoquer la loi de 2005 sur les aéroports confirmant le caractère d'ouvrage public des ouvrages aéroportuaires repris par Aéroports de Paris pourtant transformé en société et donc personne morale de droit privé.

§2/ Former une question prioritaire de constitutionnalité

Ainsi que le prévoyait le Professeur Yves Jégouzo « l'exception d'inconstitutionnalité va ouvrir un champ tout à fait nouveau à l'application de la Charte et l'on peut être certain que parmi ceux de ses articles qui seront invoqués, l'article 5 sur la précaution aura un sort particulièrement glorieux ». Il est ainsi conseillé de former une question prioritaire de constitutionnalité tant le principe de précaution est porteur de risques juridiques (régime de sanction rétroactive, insécurité juridique, renversement de la charge de la preuve), autant de risques qui sont des arguments pour contester la constitutionnalité des dispositions contenant le principe de précaution. Nous rappellerons ici le mécanisme. Tout justiciable peut, depuis le 1er mars 2010, soutenir, à l'occasion d'une instance devant une juridiction administrative comme judiciaire, « qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », en application de l'article 61-1 de la Constitution. Les conditions dans lesquelles une telle question peut être posée au juge ont été organisées par la loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution qui a modifié l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et par le décret n° 148 du 16 février 2010. Selon l'article 23-2 de l'ordonnance précitée, la question est transmise au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation si trois conditions sont remplies. Ces mêmes conditions doivent être à nouveau réunies pour que la question soit ensuite transmise au Conseil constitutionnel. Tout d'abord, « la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». En l'espèce, il s'agira non de l'article 5 de la Charte de l'environnement mais seulement de l'article L 110-1 du Code de l'environnement. L'article 61-1 de la Constitution vise « une disposition législative ». La constitutionnalité de l'article 5 de la Charte de l'environnement ne pourra être contestée puisque celle-ci fait partie du bloc de constitutionnalité, l'article 5 a valeur constitutionnelle et qu'enfin il ne s'agit pas d'une disposition législative. Ensuite, cette disposition législative, selon l'ordonnance ne doit pas avoir « déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ». Cette deuxième condition pourrait soulever des difficultés. Si les *Sages* ont affirmé la valeur constitutionnelle

des articles 5 et 7 de la charte, par une décision du 19 juin 2008, ils ne sont pour cependant pas prononcés sur la conformité à la Constitution de l'article L 110-1 du Code de l'environnement d'après nos informations. Si tel était le cas, il appartiendrait alors aux requérants de démontrer qu'il y a eu des changements de circonstances. Ces changements de circonstances peuvent être de droit (chaos jurisprudentiel) ou de fait (nombre croissant de demande de démantèlement des antennes, développement de la 3G et de la 4G qui obligent les opérateurs à développer le réseau de téléphonie et sur lesquels pèsent donc plus d'obligations vis-à-vis de l'Etat, 92% de la population a aujourd'hui un téléphone portable ce qui impose de maintenir les antennes relais). Enfin, troisième et dernière condition, les requérants doivent démontrer que « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ». Il convient de préciser que le requérant peut contester la conformité d'une disposition législative d'une part au regard des droits et libertés garantis par la Constitution mais également au regard des engagements internationaux de la France.

§3/ Invoquer les principes généraux du droit communautaire

Il est utile en cas de contentieux d'invoquer les principes généraux du droit communautaire qui dans la hiérarchie des normes, sont certes en dessous de la Constitution mais prévalent sur les traités communautaires et la loi nationale. Dès lors, un principe général du droit communautaire permettra de remettre en cause les dispositions du Code de l'environnement mais non celles de l'article 5 de la charte de l'environnement qui a elle valeur constitutionnelle et a une valeur normative supérieure aux principes généraux.

Un principe peut s'avérer particulièrement utile : **le principe de proportionnalité** ainsi qu'il a été reconnu comme principe général du droit communautaire dans l'affaire Pfizer¹⁰⁴. Le juge communautaire vérifiera ainsi le caractère approprié et nécessaire de la mesure à l'aune de ce principe. L'affaire Pfizer concernait la santé animale. On se demandait en l'espèce s'il était légitime d'interdire certains antibiotiques en élevage. Le juge contrôle alors de façon extrêmement scrupuleuse si cette interdiction est vraiment nécessaire, s'il n'existe pas de mesure alternative moins contraignante et si la Commission a convenablement justifié une sorte de balance coûts/bénéfices en termes économiques et de santé publique.

Un autre principe peut être intéressant : **le principe de sécurité juridique**. Le principe de précaution met en danger des entreprises qui respectent la réglementation, ce qui n'est

¹⁰⁴ TPICE, 11 sept.2002, aff.T-13/99, Pfizer Animal Health SA c/Conseil

contesté par personne. Des entreprises ont ainsi investi en se fondant sur une prévision de la réglementation qui ne correspond pas à son interprétation par les tribunaux. Or le droit doit être prévisible. S'il ne l'est pas, il perd sa qualité et verse dans l'arbitraire. «Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles¹⁰⁵ ». Le Conseil d'Etat, qui rappelle que ce principe de sécurité «constitue l'un des fondements de l'Etat de droit», dégage deux approches : l'une formelle, l'autre temporelle. La sécurité juridique est d'abord garantie par la qualité de la loi mais également par la prévisibilité de la loi. Avec le principe de précaution, ce sont ces deux qualités qui font défaut. Le principe de sécurité juridique constitue un principe général du droit communautaire depuis un arrêt Bosch du 6 avril 1962 de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Il convient d'être attentif au fait que la CJCE a également qualifié le **principe de précaution** de principe général de droit communautaire¹⁰⁶: « le principe de précaution peut être défini comme un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques (...) le principe de précaution peut être considéré comme un principe autonome ». La consécration du principe de précaution en tant que principe général du droit communautaire lui confère une valeur supra législative, reconnue par le Conseil d'Etat¹⁰⁷. En cas de conflit entre ces principes généraux à la même valeur normative, on peut se demander lequel prévaudra.

§4/ Causes d'exonérations de la responsabilité du fait des antennes relais

I. Le principe de précaution

Le principe de précaution lui-même peut paradoxalement constituer une cause d'exonération de la responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile. En effet, en droit positif, devant le juge judiciaire, on a pu constater que souvent le trouble anormal est invoqué comme fondement des poursuites et non le principe de précaution lui-même ou alors implicitement.

¹⁰⁵ CE, rapport public 2006

¹⁰⁶ TPICE, 26 novembre 2002, Artegodan et TPICE 28 janvier 2003 Les Laboratoires Servier

¹⁰⁷ CE 3 déc 2001 Syndicat Nat de l'industrie pharmaceutique

Dans cette hypothèse, il s'agit de demander une application franche et entière du principe de précaution au juge afin de lui demander qu'il respecte les conditions posées par les textes. Cette idée a été soulevée par des praticiens. « En attendant une application du principe de précaution, la théorie du trouble anormal de voisinage devrait continuer à faire cesser les troubles et de manière extensive les risques de troubles certains tout en sachant que dans ce dernier cas, il y aurait lieu peut-être de brandir le principe de précaution comme cause exonératoire de responsabilité¹⁰⁸ ». Il s'agit ainsi de l'invoquer en défense pour insister surtout ses nécessaires limites qui sont contenues dans les textes et que le juge judiciaire ne semble pas prendre en considération aujourd'hui, quand le principe de précaution n'est invoqué qu'implicitement et que le fondement reste le trouble anormal de voisinage.

Le principe de précaution est plus favorable que les troubles anormaux de voisinage aux opérateurs de téléphonie mobile. Les conditions de fond des textes sont mesurées. D'abord, les textes prennent en considération les enjeux économiques. De plus, le dommage doit être grave et irrésistible. Enfin, les mesures doivent être proportionnées et raisonnables. Dès lors qu'est invoqué le principe de précaution, même implicitement, il faudrait alors respecter ces conditions. Le nombre de démantèlements d'antennes serait peut-être alors à la baisse.

II. La théorie de la préoccupation

La préoccupation est une cause d'exonération classique de la théorie des troubles anormaux de voisinage et peut être invoqué par un opérateur qui se voit assigner en justice sur le fondement de cette théorie. L'article L 112-16 du Code la construction et de l'habitation consacre cette exception de préoccupation, validée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité du 8 avril 2011. Il dispose que « les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales ou commerciales n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise à bail établi postérieurement à des activités les occasionnant, dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions

¹⁰⁸ Dalloz bien 2009 :Note M.Le Prat et L. Verdier. Environnement 2009 Comm. N°51.

législatives en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions ». La considération d'une préoccupation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La préoccupation peut être invoquée tant par l'opérateur à qui l'on reproche des troubles qui justifierait ainsi les troubles préexistants, soit par la victime du trouble qui veut s'opposer à la survenance de troubles dus à l'opérateur arrivant. La succession des événements a donc toute son importance ici. Cette cause d'exonération pourra être invoquée par les opérateurs lorsque la mise en œuvre de l'antenne relais serait antérieure à l'installation des requérants, qui s'estiment victimes d'un trouble anormal.

§5/ L'influence possible de la jurisprudence supranationale

L'étude de la jurisprudence supranationale est intéressante dans la mesure où le juge national peut être contraint aux vues de celle-ci d'évoluer. Plusieurs juridictions supranationales se sont prononcées sur le principe de précaution : des recours ont en effet été formés sur ce fondement devant l'Organisation Mondiale du Commerce, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne. Si une solution défavorable aux opérateurs de téléphonie mobile était rendue par la Cour de cassation (même si pour l'heure aucun pourvoi n'a été formé devant la Haute Juridiction, la société Bouygues s'étant désistée de son pourvoi), les opérateurs auraient alors tout intérêt à former un recours devant ces juridictions qui, nous allons le voir, ont une interprétation stricte du principe de précaution. Leur position a été synthétisée par Christine Noiville¹⁰⁹.

Tout d'abord, le principe de précaution est pour elles synonyme de rigueur scientifique. Dès lors, elles sont exigeantes en termes de méthode et de fond. Le principe est ensuite appréhendé comme un principe d'action, non comme un principe d'abstention : il ne doit pas freiner le développement économique et le progrès mais l'accompagner. Enfin, les conditions du principe de précaution posées par les textes sont strictement respectées et appliquées par le juge qui a bien pris la mesure de deux conditions majeures : le principe de proportionnalité et la pesée des intérêts en présence. Si l'on suit cette ligne donnée par la Cour de Justice de l'Union Européenne et sous une autre forme l'Organisation Mondiale du Commerce on voit que le principe de précaution n'affranchit ni de la nécessité ou de la possibilité de faire des

¹⁰⁹ C. Noiville, « le principe de précaution et les juges », in : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, octobre 2009.

choix ni de la démarche de bon sens qui consiste, pour faire ces choix, à peser les intérêts en jeu et à mener une analyse globale d'opportunités. L'interdiction n'est pas la seule modalité de mise en œuvre du principe de précaution. Parfois elle sera la seule modalité possible ou acceptable mais elle n'est pas obligatoire. Le juge judiciaire français devrait s'inspirer de cette conception mesurée, raisonnable et réaliste du principe de précaution. Cette position française est d'ailleurs critiquée. Ainsi, Christinne Noiville, directrice de recherche au CNRS, a-t-elle pu analyser que « les jugements récents rendus en France sur les antennes de téléphonie mobile constituent une espèce de régression parce qu'en se référant au principe de précaution indépendamment des exigences scientifiques et de proportionnalité, balises que la jurisprudence supranationale s'efforce de fixer, ces jugements contribuent à brouiller les pistes et à nous ramener à une sorte de Moyen Age du principe de précaution¹¹⁰ ». Le verdict est sévère. A bon entendeur...

§6/ Un nécessaire appel au juge judiciaire français.

Il convient d'appeler à la raison le juge judiciaire français. Le juge doit réagir. Cet appel est nécessaire. S'il trouve majoritairement des échos en doctrine (I), les juges et les médecins également appellent au changement (II). Ce sont autant d'argument en cas de contentieux pour une application mesurée et raisonnable loin de la position aujourd'hui chaotique du juge judiciaire.

I. L'appel de la doctrine

Les critiques doctrinales sont autant d'arguments devant un juge pour faire évoluer sa jurisprudence.

De la théorie du trouble anormal de voisinage au principe de précaution.- Le contentieux de la responsabilité en matière d'antennes relais et notamment de la responsabilité pour trouble anormal de voisinage est un contentieux que l'on n'attendait pas vraiment ainsi que le remarque le Professeur Yves Jegouzo. Le véritable problème, que met admirablement en lumière Mathilde Boutonnet, est le désordre créé par les juges qui se réfèrent au principe de précaution sans jamais vraiment l'appliquer, qui, à la place, utilise une autre théorie-la théorie

¹¹⁰ C. Noiville « le principe de précaution et les juges », in : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, octobre 2009.

des troubles anormaux de voisinage- mais la transforme. L'arrêt tant décrié de la Cour d'appel de Versailles n'applique pas le principe de précaution. Il applique les troubles anormaux de voisinage mais tout en se référant implicitement à ce principe. C'est à n'y plus rien comprendre. Il s'agit d'une évolution beaucoup trop aventureuse. A tel point que certains auteurs en viennent à rejeter le principe de précaution qui paradoxalement n'est pas appliqué par le juge judiciaire. « Au Moyen Age on brûlait les sorcières avec un principe de ce genre, sur le fondement de rumeurs et de terreurs collectives¹¹¹ » écrivent certains auteurs. Il faudrait ainsi revenir à l'orthodoxie juridique, arrêter de dénaturer la théorie du trouble anormal de voisinage. Il faut demander l'application du principe de précaution devant le juge judiciaire avec toutes les limites qu'il contient, en réponse à l'analyse de la jurisprudence judiciaire où l'on avait constaté un assouplissement de la théorie des troubles anormaux pour contourner l'application franche et directe du principe de précaution. La position du juge est critiquée en ce qu'à ne pas vouloir faire une application du principe de précaution, il en vient à prendre des décisions excessives sur le fondement de la théorie des troubles anormaux qu'il transforme totalement. Le risque de dérive est évident. Cet appel doit être d'autant plus entendu par le juge judiciaire que le principe de précaution dans sa conception juridique actuelle semble plus raisonnable en ce qu'il contient déjà des limites aux dérives. Ainsi impose-t-il aux personnes de prendre des mesures préventives destinées à éviter que les risques de dommage, d'une importante gravité et scientifiquement incertains ne se réalisent. Les risques sont incertains, certes, mais doivent tout de même être plausibles et les mesures proportionnées et provisoires. Le principe de précaution est « un instrument plus raisonnable que la théorie du trouble de voisinage ». Si le juge acceptait de vérifier le bien fondé des demandes concernant les risques liés aux antennes relais sur le fondement du principe de précaution, il aurait alors à s'assurer de la gravité du risque, de son degré de connaissance scientifique afin d'écarter tout risque trop incertain. Le principe de précaution pourrait véritablement jouer un rôle modérateur dans ces litiges. Plutôt que de faire une application contestable de la théorie du trouble de voisinage, il serait préférable d'appliquer le principe de précaution. Il reste donc à espérer que la Cour de cassation s'achemine plutôt vers une réelle autonomie du principe de précaution dans la résolution des litiges que vers une altération des conditions d'application de la théorie des troubles anormaux.

¹¹¹ Y. Jegouzo, le principe de précaution est opposable aux autorisations d'urbanisme, AJDA 2010, p.1453

Un juge judiciaire trop aventureux.- C'est ici l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 février 2009 qui est contesté. Les juges font preuve d'une certaine audace en renvoyant dans une sorte d'*obiter dictum* aux réglementations en vigueur à l'étranger pour appuyer leur décision. Ils relèvent ainsi l'exemple d'autres pays qui « n'est pas de nature à faire taire les craintes que peuvent ressentir les pers vivant à proximité d'une antenne relais qui certes émet dans les limites réglementaires fixées en France par le décret de 2002 mais au-delà de ce qui est permis dans plusieurs autres pays européens ». Il s'agit d'une remise en cause judiciaire de la libre appréciation, par les pouvoirs publics, des mesures nécessaires à la protection de la santé. Condamner une société de téléphonie mobile, comme l'a fait la Cour d'appel, reviendrait à faire supporter à celle-ci la responsabilité d'une réglementation qui ne serait pas considérée comme satisfaisante par les juges. On reproche à l'opérateur de n'avoir pas usé de normes d'émissions bien au deçà des normes actuellement en vigueur en France. Les juges considèrent ainsi qu'une entreprise qui respecte parfaitement la réglementation est néanmoins répréhensible pour n'avoir pas respecté une réglementation étrangère plus stricte. Une telle position du juge judiciaire met en danger des entreprises qui respectent la réglementation. Des entreprises ont investi en se fondant sur une prévision de la réglementation mais celle-ci ne correspond pas à son interprétation par les tribunaux. Par cette position, le juge judiciaire fait perdre au droit sa qualité essentielle de prévisibilité et verse dans l'arbitraire. Par cette position, les juges outrepassent leur fonction.

II. L'appel des juges et des médecins.

Les juges eux-mêmes en appellent à la raison. Ainsi, le tribunal de grande instance d'Avignon¹¹² a rendu un jugement sévère à l'égard du principe de précaution, « notion dont l'écho médiatique est inversement proportionnel à la consistance juridique » ; notion qui conduit ainsi à rejeter la mise en œuvre de toute avancée technologique qui ne serait pas précédée de la démonstration de son innocuité. Le juge serait conduit à contrôler et définir les limites de la science, mission que ne lui confère pas la loi. L'Académie nationale de médecine a dénoncé par une décision du 5 mars 2009 une « erreur scientifique » affectant les décisions rendues par le Tribunal de grande instance de Carpentras et la Cour d'appel de Versailles, observant qu'aucun risque sanitaire suite à une exposition aux ondes n'a encore été prouvé. Il

¹¹² TGI Avignon 16 juin 2009, n° 07/02026, ch.1 sect. 3, Boualouan c/ SA Bouygues Telecom.

faut s'inquiéter de l'utilisation intempestive du principe de précaution et de son interprétation plus subjective que scientifique.

Ainsi donc, le juge judiciaire a semble t'il dépassé son office, notamment avec l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles. La séparation des pouvoirs, pierre angulaire de notre démocratie, impose au juge un devoir de loyauté à l'égard du législateur, et l'empêche d'effectuer le travail à sa place. Il faut laisser au législateur, dépositaire de la souveraineté nationale, le soin d'amender, réformer, rapporter ou ajouter au droit positif, dans un domaine aussi politique que le principe de précaution et les antennes relais. Si un débat est nécessaire, il doit être porté dans l'hémicycle ! Si une évolution doit avoir lieu, elle ne peut qu'émaner des urnes ! Il est enfin possible de rappeler cet enseignement prodigué par Socrate, après avoir été condamné à boire la ciguë : « Le juge, disait-il, n'est pas institué pour faire largesse du droit, mais pour juger, non pour se montrer complaisant, mais pour appliquer le droit d'après les lois ».

§7/ Invoquer le respect de l'obligation d'information par l'opérateur

Les opérateurs peuvent se fonder sur l'obligation d'information pour échapper à la responsabilité du fait des antennes relais. C'est d'ailleurs ce que semble indiquer la jurisprudence. Ainsi, le tribunal de grande instance de Nanterre dans l'arrêt du 18 septembre 2008 (qui donnera lieu au fameux arrêt de la cour d'appel de Versailles) consacre un des cinq paragraphes du jugement à l'argument selon lequel la société est condamnée car elle « ne démontre ni l'absence de risques ni le respect d'un quelconque principe de précaution ». On peut déduire de cela, par une lecture a contrario, que l'opérateur doit de lui-même démontrer l'absence de risque des antennes relais et le respect du principe de précaution et qu'ainsi il évitera toute condamnation. Si l'opérateur démontre qu'il a informé sur le risque, qu'il a pris les mesures nécessaires, dès lors il ne pourra plus se voir condamné. La prise en compte du principe de précaution par le législateur a nécessairement conduit à l'élargissement du contenu des obligations de sécurité et d'information qui pèsent sur les décideurs privés. L'obligation d'information s'impose tout particulièrement dans le domaine des champs électromagnétiques où les risques pour la santé humaine sont encore inconnus : Le tribunal d'instance de Montpellier¹¹³ le relève également : la société SFR en tant que professionnelle se devait d'informer son cocontractant simple particulier au sujet des incidences de l'installation d'antennes relais sur la santé humaine.

¹¹³ TI Montpellier 5 déc 2000, n°2660/2000 RG N°11-00-000359

Même si cela est contestable au regard du droit de la preuve notamment, il est donc de l'intérêt des opérateurs de se livrer à un inventaire exhaustif des risques associés, à une expertise scientifique et sociale. Il en va de leur intérêt d'analyser les risques, d'informer les usagers que s'ils souhaitent utiliser leur téléphone portable les antennes relais de téléphonie mobile sont indispensables. L'information mais aussi sa communication sont ici des données clés pour les opérateurs s'ils veulent éviter des litiges. Au regard de l'obligation d'information, dès lors que l'information est complète, le consommateur engage sa responsabilité par le choix de sa propre acception au risque. Le seul problème est ici que les antennes relais sont imposées. Les usagers, les consommateurs n'ont pas le choix. L'opérateur peut alors invoquer son obligation de couverture du réseau qui répond à l'intérêt général mais aussi à celui des consommateurs. Il paraît alors difficile pour des consommateurs de demander la condamnation d'un opérateur qui œuvre pour leur satisfaction, dans leur intérêt.

Section 2 Arguments post contentieux : que faire en cas de condamnation ?

Deux voies nous paraissent judicieuses si les opérateurs étaient condamnés du fait des antennes relais de téléphonie mobile : il leur est alors conseillé d'engager la responsabilité de l'Etat (§I), tout en n'oubliant pas que la voie du lobbying et de la pression politique, même s'il nous sommes alors en dehors de la sphère du droit, n'est pas à exclure (§II).

§ 1/ Engager la responsabilité de l'Etat

Avec le principe de précaution, avec la responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile, c'est la mission fondatrice de l'Etat moderne chargé d'assurer la sécurité des personnes et des biens qui se trouve ainsi placée au centre des interrogations : « la précaution, [c'est] une responsabilité de l'Etat¹¹⁴ ». Le législateur ne s'y trompe pas puisque l'article 5 de la Charte de l'environnement fait peser le principe de précaution sur les autorités publiques, donc sur l'Etat. Le principe de précaution est une affaire d'Etat : il vise les autorités publiques. La responsabilité engagée en matière de précaution doit d'abord être une responsabilité de l'Etat, qui, seul a le pouvoir de déclarer que telle activité relève d'une politique de précaution.

¹¹⁴ F. EWALD, La précaution, une responsabilité de l'Etat, Le monde, 11 mars 2000.

La responsabilité prioritaire de l'Etat du fait du principe de précaution.- En conséquence du caractère subordonné de l'intervention des personnes privées à l'intervention préalable des autorités publiques, les responsabilités sont partagées¹¹⁵. L'Etat demeure prioritairement responsable de l'application du principe de précaution. Dans les domaines où les décideurs privés sont indirectement visés par le principe de précaution, l'Etat répond en priorité des manquements au principe, dont le respect lui incombe dans le cadre de sa mission générale de gestion du risque. Les mesures peuvent être sanctionnées ou annulées par le biais de la responsabilité, aussi bien les carences de précaution que les excès de précaution. La responsabilité des pouvoirs publics peut directement être mise en cause s'ils n'ont pas pris les mesures qu'il faut. Les opérateurs de téléphonie mobile condamnés sur le fondement du principe de précaution pourront alors reprocher à l'Etat sa carence de précaution : les opérateurs de téléphonie sont condamnés car l'Etat n'est pas intervenu, car l'Etat n'a pas pris les précautions. Une mesure de précaution, prise par l'Etat ou que l'Etat s'est abstenu de prendre alors qu'elle était nécessaire, conduit nécessairement à porter atteinte à d'autres intérêts, notamment économiques. L'Etat peut également être responsable car en matière d'antennes relais il existe un régime d'autorisation administration où l'Etat est habilité à décider des conditions d'exercice d'une activité. Des affaires qui ont secoué le monde politico judiciaire nous le rappelle. Ainsi, concernant l'affaire de l'amiante¹¹⁶, le commissaire du gouvernement soulignait dans ses conclusions que « la puissance publique dispose bien d'un pouvoir propre, qui est un pouvoir de coercition et donc de police, qu'il lui appartient d'exercer au risque d'engager sa propre responsabilité ». Dans cette affaire, la responsabilité de l'Etat avait été engagée « pour sa carence dans la gestion du risque auquel la victime a été exposée ». Cependant, en l'espèce il s'agissait d'un risque avéré. Aussi la responsabilité n'était elle pas mise en cause sur le fondement d'un manquement au principe de précaution. Cette mission de l'Etat de prévention et de gestion des risques est régulièrement rappelée par la jurisprudence. De même, l'Etat a été jugé responsable dans l'affaire du sang contaminé en présence d'un risque sérieux mais incertain.

La responsabilité de la puissance publique.- Le principe de précaution s'adresse à la puissance publique. Le principe d'une responsabilité de la puissance publique du fait de

¹¹⁵ JurisClasseur Environnement et Développement durable, fascicule 125 : principe de précaution.

¹¹⁶ affaire de l'amiante CAA Marseille 18 oct 2001 Mini emploi et solidarités contre consorts Thomas

l'application de ce principe ne doit pas être exclu. Le principe de précaution n'est certes nullement posé comme un principe de responsabilité. Les sources textuelles confèrent seulement aux autorités publiques le pouvoir de prendre des mesures en présence de risques potentiels pour la santé ou l'environnement dans un contexte d'incertitude scientifique. Cependant, cela n'exclut pas pour autant la possibilité d'une responsabilité de l'Etat. Elle semble même naturelle car l'exercice d'un pouvoir juridique s'accompagne toujours d'une responsabilité elle-même juridique.

Quant au régime de la responsabilité, la responsabilité de la puissance publique est une responsabilité pour faute, sauf cas particulier de présomption de faute. Il appartient donc à la victime, en l'espèce aux opérateurs de téléphonie mobile, de prouver que l'Etat n'a pas bien apprécié un risque pourtant suspecté et identifié compte tenu des informations scientifiques disponibles ou qu'il a suspecté à tort l'existence d'un risque. La preuve ne devrait pas être difficile à rapporter compte tenu des diverses condamnations à l'encontre des opérateurs qui démontrent par elles même que si le risque est potentiel et incertain, il mérite d'être pris en compte dans la mesure où les tribunaux le considèrent légitime. Une dérogation est admise à ce régime de responsabilité pour faute. Il résulte en effet du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques que l'Etat peut encourir une responsabilité sans faute vis-à-vis des administrés ayant subi « un dommage anormal et spécial » du fait de l'application d'une loi ou d'une décisions administrative prise dans l'intérêt général. A charge alors aux opérateurs de démontrer ce dommage anormal et spécial.

La responsabilité de l'Etat du fait de l'obligation de couverture du service public imposé aux opérateurs.- Autre argument au soutien de l'engagement de la responsabilité de l'Etat, l'obligation de couverture du réseau de téléphonie mobile qui incombe aux opérateurs. Cette obligation résulte de l'article L42-1 du Code général des télécommunications. Plusieurs dizaines de milliers d'antennes relais ont été ainsi dispersées sur l'ensemble du territoire français pour respecter la réglementation qui impose de couvrir le territoire national, qui impose un maillage quasi complet. Les entreprises de téléphonie se retrouvent parallèlement, on l'a vu, sous le coup d'une multitude d'actions potentielles de la part des riverains. La situation est alors kafkaïenne : l'Etat a obligé les opérateurs à multiplier les antennes relais alors même qu'ils risquent d'être condamnés à répétition à cause de ces mêmes antennes. C'est sans compter sur le fait que les licences GSM renouvelées de certains opérateurs prévoient notamment qu'ils seront tenus d'assurer une couverture non plus de 90% mais de

98% de la population métropolitaine. Ainsi, selon la décision n°2007-1114 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 4 déc 2007, les conditions de renouvellement de l'autorisation accordée à la société Bouygues prévoient une couverture renforcée. L'autorisation expire au 8 décembre 2009. L'appel à candidature pour les licences de la 4G vient d'être lancé ce lundi 16 mai 2011. L'Etat va ainsi vendre de nouvelles fréquences qui sont d'importance stratégique. Cette technologie permettra de surfer sur son mobile avec un débit de 100 mégabits, identique à celui de l'Internet fixe. « Conscient d'être en position de force, le gouvernement impose ses conditions. Elles sont draconiennes. Les opérateurs doivent s'engager à couvrir 99,6% de la population en quinze ans. Et 90% de la population de chaque département devra être couverte en douze ans. Pour l'État, pas question de laisser les opérateurs se concentrer sur les zones très peuplées et donc très rentables. Deuxième démonstration de force, l'État a fixé un prix minimal de 2,5 milliards d'euros pour les fréquences, soit 500 millions d'euros de plus qu'attendu. «Il n'est pas question de brader ces fréquences», estime Éric Besson. Ce prix de réserve tient compte des spécificités des fréquences. Les quatre lots sur les bonnes fréquences (800 MHz) seront attribués pour un prix au minimum de 1,8 milliard tandis que 15 lots sur les moins bonnes (2,6 GHz) ont pour prix de réserve de 700 millions d'euros¹¹⁷. ».

Comment les opérateurs pourront ils respecter des obligations de couverture de plus en plus drastiques si la jurisprudence défavorable aux opérateurs de la Cour d'appel de Versailles était entérinée ? Les opérateurs n'ont alors d'autres choix que celui d'engager la responsabilité de l'Etat devant les tribunaux.

Le concept d'analyse des risques au soutien d'une responsabilité de l'Etat.- La Commission Européenne¹¹⁸ considère que la mise en œuvre du principe de précaution implique une analyse des risques qui comprend trois phases : d'abord l'évaluation des risques, ensuite la gestion des risque et enfin la communication sur le risque. En droit interne, aucune référence à la notion d'analyse des risques ne peut en revanche être trouvée dans les textes. L'article 5 marque cependant un progrès en ce qu'il évoque la « mise en œuvre de procédure d'évaluation des risques », phase d'évaluation des risques donc et l'« adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage », phase de gestion des risques cette fois, sans toutefois se référer au concept d'analyse des risques. Cette analyse des

¹¹⁷ Le Figaro, « Télécoms 2,5 milliards pour les licences 4 G », lundi 16 mai 2011

¹¹⁸ Doc.COM (2000)1 final, 2 février 2000, Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution

risques incombe pour la Commission à l'Etat. Si les opérateurs se voient condamner pour n'avoir pas démontré « l'absence de risque et le respect du principe de précaution », ils peuvent reprocher à l'Etat de n'avoir pas en amont fait cette analyse des risques qui lui incombe pourtant. L'évaluation des risques tout d'abord. Le principe de précaution implique que le risque potentiel soit préalablement évalué. L'évaluation peut être conçue comme une étape en vue de la rationalisation des risques. D'après la communication de la commission, l'évaluation doit comprendre quatre étapes successives : l'identification du danger (les agents susceptibles d'avoir des effets défavorables), la caractérisation du danger (détermination de la nature et de la gravité des effets défavorables), l'évaluation de l'exposition au risque (probabilité de l'exposition à l'agent étudié) et enfin la caractérisation du risque. En présence d'une expertise indépendante, fiable. Il faut un consensus quant à l'évaluation du risque car ce qui fait aujourd'hui défaut en matière d'antennes relais c'est la multitude et les incohérences des diverses expertises. Il faut que l'Etat mette en place une expertise. C'est à la puissance publique de garantir une expertise indépendante.

Les opérateurs peuvent ici reprocher à l'Etat de ne pas avoir suffisamment évalué le risque. La gestion des risques ensuite. Il appartient à chaque Etat de déterminer le « niveau approprié de protection sanitaire ». En matière d'antennes relais, l'Etat a bien fixé un niveau de risque acceptable via le décret du 3 mai 2002 qui fixe des normes de référence que les antennes relais ne doivent pas dépasser. Les opérateurs ne peuvent donc se fonder sur cette phase là pour engager la responsabilité de l'Etat sauf à considérer que du fait d'une mauvaise évaluation du risque dans la phase précédente, ce niveau de risque n'est pas le bon, ainsi que le suggère d'ailleurs la Cour d'appel de Versailles lorsqu'elle fait référence à des normes de référence de pays étrangers bien plus strictes et que les opérateurs en France devraient respecter alors même qu'ils n'y sont pas soumis.

La communication enfin. C'est peut-être lors de cette phase que les opérateurs trouveront le plus d'arguments pour engager la responsabilité de l'Etat. Cette phase est déterminante. En effet, sociologiquement, l'acceptation du risque par la population passe nécessairement par la transparence et le débat public, l'information sur le risque et la diffusion de cette information. Organiser un débat public, comme cela a été fait à propos des Organismes Génétiquement Modifiés serait par exemple une solution idéale. Le Rapport Viney Kourilsky suggère quant à lui la rédaction annuelle d'un rapport sur la précaution et la prévention, soumis au débat parlementaire, qui ferait le synthèse des expertises sur les risques. Les opérateurs peuvent alors reprocher à l'Etat de ne pas s'engager suffisamment dans le rôle qui est pourtant le sien

de communication et d'information de la population. S'il avait correctement rempli cette mission, il y a fort à parier que les discussions autour des antennes relais seraient moins houleuses et que les actions en justice diminueraient, le public ayant compris et mesuré l'importance de ces antennes relais pour la couverture du réseau de téléphonie mobile. L'Etat a tout intérêt à éviter une condamnation. En effet, si les opérateurs obtenaient satisfaction devant les tribunaux, il appartiendrait à l'Etat de les indemniser. L'Etat, c'est-à-dire les contribuables. Il n'était pas prévisible que le principe de précaution entraîne un accroissement des charges publiques¹¹⁹. Les retombées politiques seraient conséquentes...

§2/ La voie du lobbying et de la pression politique

Il ne faut pas s'y tromper : la question des antennes relais et du principe de précaution est une question éminemment politique, ou du moins aux enjeux politiques certains. Cela parce qu'il ne s'agit pas seulement d'une question juridique : c'est une véritable problématique sociétale. « Le droit perd sa fonction fondamentale de cohésion pour devenir un instrument de politisation généralisée de la société » a-t-on relevé en doctrine¹²⁰. Dès lors, il est de l'intérêt des opérateurs d'user du lobbying et de la pression politique. Ce n'est alors pas seulement la responsabilité de l'Etat qui est ici en cause. Une responsabilité politique est aussi engagée parce que de la conduite et de la réaction du gouvernement va dépendre le maintien de la confiance dans les opérateurs de téléphonie mobile. La responsabilité du gouvernement est de faire que cette incertitude ne se transforme pas en une défiance qui pourrait compromettre l'existence même d'une branche de l'économie française. Les opérateurs de téléphonie mobile ont ainsi besoin de l'engagement du gouvernement comme le citoyen a besoin de croire au gouvernement. Dans un univers politique, la médiation politique est essentielle. C'est cette carte là que les opérateurs ne doivent pas hésiter à jouer.

Pour preuve de l'importance politique de notre sujet, une question écrite d'un député a été adressée au Ministre de la santé et des sports le 26 octobre 2010¹²¹. Et ce dernier de répondre qu' « à ce jour l'expertise nationale et internationale ne conclut pas à l'existence de risques sanitaires liés à une exposition aux champs électromagnétiques émis par les antennes relais de téléphonie mobile. Cela a récemment été confirmé par l'agence nationale de sécurité sanitaire

¹¹⁹ J-F FELDMAN, Le trouble voisinage du principe de précaution, Recueil Dalloz 2009 n°20

¹²⁰ J-F FELDMAN, Le trouble voisinage du principe de précaution, Recueil Dalloz 2009 n°2

¹²¹ JO Assemblée nationale du 16 juin 2009, Question écrite N°52603

de l'alimentation, de l'environnement et du travail ». Preuve encore du caractère politique de la question, un *Grenelle des ondes* avait été instauré qui amena au décret du 3 mai 2002 et il y a peu, en mai 2009, une table ronde « radiofréquences, santé, environnement » a été organisée. Dans un communiqué du Premier Ministre du 9 mars 2009, on apprend ainsi que François Fillon souhaite que ce débat fasse la distinction entre les téléphones portables et les antennes relais. Selon lui, « bien que les expertises disponibles ne permettent pas de conclure sur le lien éventuel entre utilisation de téléphonie mobile et un risque de cancer », une approche de précaution paraît justifiée. En revanche, concernant les antennes relais, l'hypothèse d'un risque de santé pour les populations vivant à proximité des antennes relais ne peut être retenue en l'état actuel des connaissances scientifiques et compte tenu des faibles niveaux d'exposition autour de ces installations. Ce communiqué n'est d'ailleurs pas anodin en ce qu'il prend position sur un des arguments du pourvoi du tribunal de grande instance de Nanterre et la cour d'appel de Versailles : la distinction qu'il faut faire entre antennes relais et téléphones portables. En effet, les requérants assimilaient antennes relais et téléphones portables, ce que le présent communiqué condamne. Ainsi, les intimés qui s'estiment victimes d'un risque sanitaire évoquent comme argument la controverse scientifique autour des effets des ondes électromagnétiques liées à la téléphonie mobile amplifie le sentiment d'angoisse. Mais il ne s'agit pas de téléphonie mobile. Il s'agit d'antennes relais. L'appelant, la société Bouygues a d'ailleurs pris toute la mesure de cette confusion car elle invoque « une erreur de fait » concernant les rapports scientifiques sur le risque sanitaire : ces études sont contestables et contestées et en outre inopérantes car elles portent sur l'usage des téléphones portables et non sur les stations d'antennes relais. Un communiqué ministériel pour rappeler subtilement au juge qu'il s'est trompé ?

De cette table ronde, le Gouvernement a retenu plusieurs orientations : renforcement de l'information, concertation locale, expérimentations sur la baisse des niveaux d'exposition, rénovation du dispositif de contrôle des émissions. Un comité opérationnel présidé par le député François Brottes est chargé de réaliser les expérimentations concernant l'exposition du public et la concertation locale dont les premiers résultats sont attendus en 2011. Attendons. Mais la réponse semble claire : les pouvoirs publics, le gouvernement considèrent qu'il n'y a pas lieu de faire jouer le principe de précaution, en tout cas qu'il n'y a pas de risque. Les opérateurs doivent donc en appeler à la responsabilité du gouvernement et de la classe politique. Les juges judiciaires ne peuvent plus se permettre d'outrepasser leur office pour rendre des décisions hors du temps, qui ne sont pas en adéquation avec la réalité sociale,

politique et économique. Les opérateurs doivent en appeler aux pouvoirs publics pour négocier et faire admettre la présence d'antennes relais, pour que les actions en justice ne soient plus intempestives. Développer la concertation locale, user de la médiation, de la négociation. Les pouvoirs publics se doivent de remplir ce rôle. Dans cette logique, un guide des bonnes pratiques entre maires et opérateurs avait été établi en 2004 entre l'association française des opérateurs mobiles (AFOM) et l'association des maires de France. Un nouveau « guide des relations entre opérateurs et communes » a été publié en janvier 2008, l'objectif étant de rendre plus transparents et concertés les projets d'implantation d'antennes relais. Continuons. C'est cette voie là qu'il faut emprunter. Celle de la négociation, du lobby, de la discussion, pour éviter le « risque » de contentieux. Du « risque » potentiel des antennes relais pour la santé humaine au « risque » de contentieux, c'est là tout le miracle du politique. Les opérateurs ne doivent pas négliger cette possibilité d'autant plus que le Ministère de l'Ecologie et du développement durable lui-même, dans une communication¹²², a estimé que le principe de précaution intervient dans des situations bien particulières et exceptionnelles, l'essentiel des situations d'atteinte à l'environnement étant régies par le principe de prévention qui reste l'outil principal dans la gestion des risques ».

Le politique doit réagir. Les opérateurs ne sont pas plus responsables qu'un autre de ce risque « incertain », potentiel, que constituent les antennes relais. La responsabilité est solidaire. La précaution décrit une situation où une pluralité d'acteurs se trouve en relation. Une situation de précaution implique au moins : le producteur de risques, le régulateur, la victime, l'expert, le journaliste, ceux qui ont la tâche de mesurer, d'évaluer les risques comme d'en informer. Les opérateurs devraient alors pouvoir réclamer la responsabilité d'une société dans son ensemble. Car le procès des antennes relais de téléphonie mobile n'est pas le procès des opérateurs téléphoniques, c'est en réalité le procès d'une société qui a su trouver un bourreau idéal.

¹²² Communication de mars 2007 Fiches du ministère de l'écologie et du développement durable sur la charte de l'environnement

Conclusion.- Ainsi a-t-on vu dans quelle mesure les opérateurs de téléphonie mobile peuvent aujourd'hui être responsables du fait des antennes relais, notamment sur le fondement du principe de précaution. Ainsi a-t-on également vu des arguments permettant à ces mêmes opérateurs de pouvoir s'exonérer de leur responsabilité ou de se retourner contre l'Etat ou d'en appeler à la classe politique. Le problème majeur réside dans le fait qu'en matière de précaution les textes en font une norme incertaine, auquel il faut ajouter le désordre créé par la jurisprudence, le chaos jurisprudentiel, notamment devant le juge judiciaire où les opérateurs ont presque plus à craindre de la théorie du trouble anormal de voisinage que du principe de précaution lui-même. Le principe de précaution est donc une demi mesure : invoqué à demi mots, jamais proclamé, jamais consacré. On peut alors s'interroger. Pour clarifier la situation, pour que les opérateurs téléphoniques aient le droit à la sécurité juridique et à la prévisibilité du droit, ne faudrait-il pas que la Cour de cassation se prononce enfin ? Ne faudrait-il pas, sinon, une intervention législative ? Sans doute. Mais il serait peut-être préférable, et peut-être même plus sage, de modifier la Constitution pour supprimer la charte de l'environnement et le principe de précaution, décidément trop caractérisé par l'incertitude.

BIBLIOGRAPHIE :

OUVRAGES, MANUELS

G. Cornu, *Vocabulaire juridique*.

F. Ewald, C. Gollier, et N de Sadeleer, *Le principe de précaution*, Que sais je, PUF.

H. Jonas, *Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, 1979.

Réponses environnement, *le principe de précaution saisi par le droit, les enjeux socio politiques de la juridicisation du principe de précaution*, la documentation française.

J.J. Salomon, *Pour une éthique de la science : de la prudence au principe de précaution*.

REVUES

Les antennes relais de téléphonie mobile et le juge judiciaire, BRDA du 24 septembre 2009.

JurisClasseur Environnement et Développement durable, fascicule 125 : principe de précaution.

Jurisclasseur Civil, Fascicule 112 : le préjudice écologique. La notion de trouble anormal de voisinage.

Revue Lamy Droit civil 2009, avril 2009, n°59. *Antennes relais et troubles anormaux de voisinage : liaisons dangereuses*.

Petites affiches, 7 septembre 2009, n°178, p.7, Droit et risque.

Petites affiches, 9 décembre 2009, n°245, p6, Antennes relais : le point sur l'actualité récente.

ARTICLES

C. Bloch, Chronique, La semaine juridique édition générale n°41, 11 octobre 2010, 1015 responsabilité civile.

S. Bourillon, *le juge, les antennes relais et la santé publique*, AJDA 2009, p712

M. Boutonnet, *Quand le juge judiciaire hésite à appliquer le principe de précaution*, Recueil Dalloz 2004, p.2678.

- M. Boutonnet, *Le risque, condition « de droit » de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ?* Recueil Dalloz 2009 n°12.
- M. Boutonnet, *Les risques éventuels générés par les antennes relais de téléphonie mobile devant le juge civil*, Gazette du Palais, 24 novembre 2009, n°328, page 11
- C. Coutel, *Précaution, philosophie et droit*, Droit environnement 7-8/2001, p.172
- J.Dufau, *les ouvrages immobiliers de France Télécom n'ont plus la qualité d'ouvrages publics*, AJDA 2002, p.266
- J-F Feldman, *Le trouble voisinage du principe de précaution*, Recueil Dalloz 2009 n°20
- A Fontana, *l'antenne relai, les deux juges et le principe de précaution*, La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales n°44, 2 novembre 2010, 2332.
- Y. Gaudemet, *Sur le contentieux des antennes relai : les champs électromagnétiques, nouvelle source de responsabilité ?* Revue de droit d'Assas, janvier 2010.
- Y. Jegouzo et C. Noiville, « le principe de précaution et les juges », in : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Le principe de précaution : bilan de son application quatre ans après sa constitutionnalisation*, octobre 2009.
- Y. Jegouzo, *le principe de précaution est opposable aux autorisations d'urbanisme*, AJDA 2010, p.1453
- V. Kostrzewski Pugat, *Téléphonie mobile, environnement et santé : bilan d'une coexistence sous le contrôle du juge*, Etude, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales N°23, 2 juin 2003, 1527, p.729.
- M. Le Prat et L. Verdier, Dalloz biens 2009, Environnement 2009, comm n°51.
- B. Mallet Bricout et N.Reboul Maupin, Recueil Dalloz 2009, Panorama droit des biens mai 2008-juillet 2009
- V. Mansuy, *Le principe de précaution : un principe en quête de méthodologie ?* Environnement n°6, Juin 2004, étude 11.
- F. Melleray, *Incertitudes sur la notion d'ouvrage public*, AJDA 2005 p.1376.

F. Rome, « *Haro sur le principe de précaution !* » Recueil Dalloz 2010, n°17.

P. Stoffel Munck, *La semaine juridique*, 11 avril 2011.

P. Stoffel Munck, *La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais*, Recueil Dalloz 2009

F.G Trebulle, Recueil Dalloz 2009, *Panorama droit de l'environnement mai 2008-mai 2009*

G. Viney, Recueil Dalloz 2007, p.1542, *Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées*.

JURISPRUDENCES (par ordre de citation)

Cons. Const. 24 mars 2005, 28 avril 2005 et 7 juillet 2005

Cons. Const. 19 juin 2008

CE 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, Lebon p.322

CE 20 avril 2005, Société Bouygues Télécom, Lebon 1139, AJDA 2005. 1191.

CA Versailles, 14^{ème} ch., 4 février 2009 n° 08/08775

TGI Créteil, 11 août 2009, n° 09/658, ord.réf., Puybaret c / SA Orange France.

CA Aix en provence 15 sept 2008 SA Bouygues Télécom c /M et Me Gautier

TGI Toulon 20 mars 2006 M et Mme Gautier c/Société Bouygues Télécom

TGI Lyon 15 sept 2009 n°09/7835, ch.urg., Besson c/ SA Bouygues Telecom.

TGI Grenoble, 19 fév 2009, n° 07/00312, JurisData N°010729

TGI Bourgoin Jallieu 30 juin 2009, n° 07/204, Amatucci c / SA Bouygues Telecom.

TGI Avignon 16 juin 2009, n° 07/02026, ch.1 sect. 3, Boualouan c/ SA Bouygues Telecom.

TGI Grasse 17 juin 2003, Commune de la Roquette-sur-Siagne c/ Société SFR, Juris Data n°2003-221749

CA Aix en Provence, 8 juin 2004, Société SFR c/ Commune de la Roquette sur Siagne, D.2004. 2678

TGI Nanterre, 8^{ème} ch. , 18 sept 2008, n°07/02173

CA Chambéry 4 fév 2010

TGI Nevers, 22 avr. 2010 : Resp. civ. et assur. 2010, comm. 275, obs. C. Sintez

CA Bourges, 6 janv. 2011 : JurisData n° 2011-001292 ; Comm. com. électr. 2011, comm. 38, nos obs

CA Bastia, 21 juill. 2010, n° 09/00709

CA Lyon, 6e ch., 3 févr. 2011, n° 09/06433 : JurisData n° 2011-002705 ; Comm. com. électr. 2011, comm. 35

TGI Pau, 10 juin 2009, n° 09/00169, GAICH c/ SA Orange France.

TGI Aix, 9 juin 2009, n°09/00628, JurisData n°01075

TGI Carpentras, 16 février 2009, n°08/00707

TGI Angers, 5 mars 2009, n°08/00765

CA Angers 30 octobre 2001 n°97/01975

CA Aix en provence 2 octobre 2009 :

CA Paris 7 mai 2002, N° 01-4367, Bourely c/ Synd.copr. 80 av. V Hugo à Paris

CA paris 7 janvier 2004 n° 03-2301, 19^{ème} ch. A

CA Bordeaux 20 sept 2005

CE 30 déc 2002 Assoc des consommateurs

CE 22 aout 2002 SFR c Commune de Vallauris, n°245624

CAA Lyon 17 juin 2004 Commune de Dijon n°02LY02333

CE 19 mai 2003 S SPM Telecom

CE 30 juillet 2003, Association Priartem,n°241992

CE 11 juin 2004 Commune de St Maur des Fossés et autres, n°248443

CAA versailles 19 oct 2006

CAA Versailles 15 janvier 2009 N°07VE01770

CAA Marseille 18 mai 2009 N° 07MA03722

CE 29 oct 2003

CE 20 avril 2005 Société Bouygues Telecom, req. N°248233, AJDA 2005 1191

CE 19Juillet 2010 Association du Quartier les Hauts de Choiseul, req. N°328687

CE 22 mai 2002

CE 2 juillet 2008 n°310548 Société SFR AJDA 2008. 1359, Lebon p.260

CE 28 AVRIL 2004 SFR

TGI Paris, 28 octobre 2009, N°07/02161, 1^{ère} ch. Sect. 1, Curien c/ Société Bouygues Telecom.

CA Paris 26 mars 2009 n°08-21837, 2^{ème} ch.B, SA SFR c/ SA Bouygues Telecom.

CE, 10 mars 1978.

CE 26 sept 2001 Département du Bas Rhin, Lebon p.434, AJDA 2002 p.549.

CE 2 déc 1987 Compagnie Air inter, Lebon p.393 ; AJDA 1988, p.156.

CE 1^{er} oct 1971 Société Nouvelle foncière du Cap Ferret, Lebon, p. 576

CE 11 juillet 2001, Adèle, Lebon p.372, AJDA 2002 p.266
CE sect.30 septembre 1955, Caisse régionale de sécurité sociale de Nantes, Lebon p. 459
TPICE, 26 novembre 2002, Artegoda et TPICE 28 janvier 2003 Les Laboratoires Servier)
CE 3 déc 2001 Syndicat Nat de l'industrie pharmaceutique
TI Montpellier 5 déc 2000, n°2660/2000 RG N°11-00-000359
Affaire de l'amiante CAA Marseille 18 oct 2001 Mini emploi et solidarités contre consorts
Thomas
TPICE, 11 sept.2002, aff.T-13/99, Pfizer Animal Health SA c/Conseil

AUTRES :

Assemblée nationale, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, Rapport d'étape sur l'évaluation et la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution, juin 2010.

P. KOURILSKY et G. VINEY, Rapport au Premier Ministre de G. Viney et P. Kourilsky « le principe de précaution ». Doc. Fr, éd. Odile Jacob 2000

F. EWALD, La précaution, une responsabilité de l'Etat, Le monde, 11 mars 2000.

Doc.COM (2000)1 final, 2 février 2000, Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution

JO Assemblée nationale du 16 juin 2009, Question écrite N°52603

Premier ministre, 9 mars 2009, communiqué.

Communication de mars 2007 Fiches du ministère de l'écologie et du développement durable sur la charte de l'environnement

Dépêches Jurisclasseur, 27 avril 2009, 470 Ouverture d'une table ronde « radiofréquences, santé et environnement ».

Dépêches JurisClasseur, 10 mars 2009, 281, Téléphonie mobile et antennes relais : organisation d'une table ronde le 26 mars.