

**Le pouvoir d'ordonnement
des communes en présence
d'une police spéciale**

Focus sur l'exploitation des antennes GSM



ARNAUD RANSY CONSEILLER



AMBRE VASSART CONSEILLER

SALVADOR ALONSO MERINO CONSEILLER'

L'implantation et l'exploitation des réseaux de téléphonie mobile font l'objet de vifs débats et constituent l'un des sujets pour lesquels la commune est régulièrement interpellée. L'inquiétude suscitée par les effets possibles des ondes électromagnétiques sur la santé et le nombre croissant d'antennes installées sur le territoire ne sont pas étrangers à ce phénomène.

DANS UN CONTEXTE EXTRÊMEMENT polémique où s'affrontent des prises de positions idéologiques fortes, les pouvoirs locaux naviguent en eaux troubles. C'est pourquoi l'Union des Villes et Communes de Wallonie, en collaboration avec le Gouvernement, a organisé une journée d'étude, en avril 2012, afin d'exposer, le plus objectivement possible, les notions techniques ainsi que les impacts sanitaires et économiques de l'exploitation des réseaux GSM.

Le présent article s'inscrit dans la lignée de cette journée d'étude et vous propose d'examiner les prérogatives qu'ont les communes en vertu de leur pouvoir de police administrative générale (ci-après PAG).

L'objet posé, nous examinerons cette problématique en deux temps, chacun constituant une section propre.

La première partie traitera de ce que l'on pourrait appeler la théorie générale de la police administrative. Nous exposerons

ainsi son champ d'application et les règles qui sous-tendent son exercice. Cette partie aura donc une portée plus large et ne s'occupera pas spécifiquement des antennes GSM.

La deuxième analysera la marge de manœuvre des communes en matière d'implantation d'antennes GSM. Cette deuxième partie est articulée en deux phases temporelles. D'une part, nous déterminerons la compétence des communes avant l'adoption du décret de 3 avril 2009 et, d'autre part, vous l'aurez compris, après l'adoption dudit décret.

Théorie générale de la police administrative

Comme point de départ de notre étude, nous proposons de définir tout d'abord ce que recouvre la police administrative générale. Cet élément est important puisque, nous le verrons ultérieurement, notre postulat repose sur le fait que seul le pouvoir de PAG permet aux communes d'agir en matière d'antennes relais de téléphonie mobile. Il faut donc déterminer l'objet de notre étude avec concision.

La police administrative générale: définitions

La police administrative générale n'est, en soi, pas définie légalement. Ce concept s'est développé au fil des années par la pratique et la doctrine.

À cet égard, on retiendra la définition élaborée par J. Dembour qui considère que la PAG « est l'ensemble des compétences qui sont attribuées par ou en vertu de la loi aux autorités administratives et leur permettant de limiter l'exercice des droits fondamentaux, au besoin en utilisant la contrainte, en vue du maintien ou, si nécessaire, du rétablissement de l'ordre public [matériel] »².

Cette définition identifie quatre critères pour que l'adoption d'une norme juridique puisse être rattachée à la police administrative générale:

1°- l'exercice de la compétence doit être attribué par une loi ou en vertu d'une loi. Concrètement, la commune ne possède un pouvoir normatif sur base de la PAG que dans les limites d'une norme juridique qui lui attribue expressément cette faculté. En l'espèce, les pouvoirs de PAG se fondent traditionnellement sur l'article 135, par. 2, de la nouvelle loi communale (ci-après NLC) et doivent en

conséquence s'exercer dans les conditions édictées par cet article;

2°- l'attribution à une autorité administrative;

3°- la possibilité de limiter les droits et libertés des citoyens;

4°- la compétence en vue de maintenir l'ordre public matériel.

La notion d'ordre public matériel est éminemment importante puisqu'elle détermine le champ d'application de la PAG. Ce champ d'application n'est pas défini clairement par la nouvelle loi communale, mais les contours y sont esquissés.

En cette matière,
les pouvoirs locaux
naviguent
en eaux troubles

À cet égard, l'article 135, par. 2, NLC prévoit que « les communes ont pour mission de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics. [...] ». Conformément à cet article, la doctrine et la jurisprudence considèrent traditionnellement que l'ordre public est constitué de trois piliers, à savoir la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques.

Chacune de ces notions peut être définie comme suit:

- la sécurité publique est l'absence d'accidents ou de risques d'accidents causant des dommages aux personnes et aux choses;
- la salubrité publique est l'absence de maladies ou de risques de maladie;
- la tranquillité publique est l'absence de désordres et de troubles.

La police administrative spéciale

Nous l'avons vu, la police administrative générale règle de façon globale les atteintes à l'ordre public. Les polices administratives spéciales (ci-après, PAS) adoptées par le législateur encadrent, quant à elles, de manière précise certaines activités. Il existe de nombreux exemples de PAS; on peut notamment citer la police de l'environnement ou de l'aménagement du territoire.

À l'instar de la PAG, la loi ne définit pas précisément ce que recouvre la notion de PAS. La doctrine définit, quant à elle, la PAS de manière négative et s'exprime comme suit: « toute police qui n'est pas générale est spéciale, soit parce qu'elle poursuit un objectif étranger à l'ordre public matériel, soit parce qu'elle ne poursuit qu'une de ses composantes, soit parce qu'elle ne régit que certaines activités »³.

Concours de polices

La présence de diverses polices, qu'elles soient générales ou spéciales, implique potentiellement que celles-ci s'appliquent concurremment l'une par rapport à l'autre. On dénomme généralement cette situation un concours de polices. Cette situation requiert une certaine articulation des polices et, dans certains cas, exige la résolution de conflits.

À nouveau, il nous semble opportun, tout d'abord, de définir les contours de la notion de concours de polices. À cet égard, M. Von Kuegelgen indique que « le concours de polices s'analyse comme une situation dans laquelle une même question ou un même fait est régi concurremment par différentes polices distinctes. Ces mesures peuvent très bien se compléter, soit qu'elles régissent des aspects différents de la situation ou du fait concerné, soit qu'elles en régissent un même aspect mais sans incompatibilité entre leurs effets respectifs »⁴.

Cette définition confirme de manière très claire que tout concours de polices n'est pas en soi conflictuel. Il nous semble toutefois primordial, dans chaque cas de concours de polices, de se poser la question de l'articulation entre les polices différentes en présence. L'articulation des polices répond à des principes plus ou moins différents selon l'espèce. À cet égard, il faut distinguer les différents types de concours qui peuvent se présenter.

À cet égard, la doctrine identifie traditionnellement trois types de concours: le concours entre polices générales, entre une police générale et une police spéciale ou bien encore entre polices spéciales⁵.

Concours entre polices générales

Le concours entre polices générales s'observe couramment mais est rarement conflictuel, sans doute parce que les polices générales concourantes émanent majoritairement, voire quasi exclusivement, de la même autorité.



Les conflits ne sont cependant pas inexistantes et prennent typiquement leur source dans une mauvaise exécution des règles de technique législative. À ce titre, l'autorité compétente peut omettre d'abroger expressément un règlement à la suite de l'adoption d'un nouveau règlement traitant du même objet que le premier, ou bien encore une ordonnance peut renvoyer à un mauvais article à la suite d'une modification législative.

Il ne faut pas trop rapidement conclure que les deux normes sont inconciliables entre elles. En effet, certains conflits ne demeurent qu'apparents.

Le praticien du droit ne sera en présence d'un conflit que si à tout le moins deux normes en vigueur diffèrent dans leur contenu, mais règlent le même objet.

À ce titre, un règlement communal qui interdit de consommer de l'alcool sur la voie publique sur tout le territoire rentre-t-il en conflit avec une ordonnance autorisant cette même consommation dans un quartier précis à l'occasion d'un événement?

On comprend bien l'intention du conseil communal d'interdire en général la consommation d'alcool sur la voie publique, tout en l'autorisant cependant

dans le centre à l'occasion des fêtes du 15 août ou des fêtes de Wallonie, par exemple. Cependant, dans les faits, les contenus des règlements diffèrent. En réalité, ils s'opposent et créent, à notre sens, un conflit qui devra se résoudre en faisant appel aux principes d'interprétation des normes juridiques.

La situation idéale serait bien entendu de prévenir le plus possible les situations de conflits. Nous recommandons à cet égard que les autorités se réfèrent, en cas de doute lors de la rédaction d'un règlement, au guide de technique législative du Conseil d'État publié sur son site internet⁶.

Concours entre polices spéciales

L'occurrence de ce type de concours est nettement plus élevée que dans la première espèce ou, à tout le moins, fait l'objet de plus de jurisprudence.

De ce fait, le Conseil d'État et la doctrine ont développé au fil du temps des principes afin d'articuler les différentes normes répondant à un objet spécial. Ainsi, deux principes sont mis en avant en matière de concours de polices spéciales: il s'agit, d'une part, du principe de cumul de polices et, d'autre part, du principe d'indépendance des polices.

La règle du cumul implique qu'en présence de deux ou plusieurs polices spéciales qui règlent un même fait, le conflit qui surgirait ne se résout pas, sauf exception légale, au regard de la règle *lex specialia generalibus derogant*⁷.

Concrètement, l'application de ce principe implique que les différentes mesures édictées en vertu des polices spéciales s'imposent au fait réglementé.

Ainsi, un particulier qui entend construire un bâtiment en vue d'y héberger dix bovins, et ce à moins de 125 mètres d'une zone d'habitat, sera soumis à tout le moins à deux polices spéciales.

En effet, ce type d'activité exige l'obtention préalable d'un permis d'urbanisme pour la construction de l'infrastructure (Cwatupe, art. 84) et, par ailleurs, une déclaration environnementale puisque l'activité est reprise en classe 3 dans la nomenclature des établissements classés au sens du décret du 11 mars 1999 sur le permis d'environnement.

En pratique, le particulier devra donc effectuer deux actes distincts pour répondre à toutes les exigences légales; d'une part, il devra introduire une demande de permis



d'urbanisme et, d'autre part, il devra faire une déclaration environnementale auprès de la commune.

Dans notre premier exemple, le particulier doit donc lui-même effectuer le lien entre les différentes polices. En revanche, dans certains cas, le législateur crée ce lien. Le permis unique constitue sans doute l'exemple le plus remarquable. Si nous reprenons notre exemple et que, au lieu de dix bovins, l'éleveur entend en héberger 200, dans ce cas l'exploitation de l'activité est soumise à l'obtention d'un permis d'environnement et d'urbanisme. Cette double exigence de permis est réglée en une seule fois par application de la procédure de permis unique⁸. À côté du principe de cumul s'applique également le principe d'indépendance. Ce dernier principe, appelé aussi principe d'autonomie, se rapporte non plus à l'acte administratif mais bien à la compétence de l'autorité en charge de délivrer les actes nécessaires à l'exploitation d'un projet.

De ce principe, l'autorité compétente en vertu d'une police spéciale déterminée ne peut faire valoir dans son appréciation des considérations fondées sur l'absence ou la présence d'une autre réglementation spéciale.

Il en découle par exemple que la commune, pour déterminer l'étendue des obligations en matière d'assainissement des eaux d'un propriétaire, ne pourrait pas interpréter le terme « habitation » contenu dans le Code de l'eau au regard des dispositions du Cwatupe.

La commune ne pourrait en outre pas refuser un permis d'environnement au motif qu'un projet n'est pas soumis à l'obtention d'un permis d'urbanisme, et ce même si la commune craint que le projet ne porte atteinte à la bonne urbanisation du territoire.

Ces deux principes sont généralement présentés comme ne s'appliquant qu'en matière de concours de polices spéciales. Il nous semble toutefois que ces deux principes s'appliquent indistinctement du type

de concours de polices auquel l'autorité est confrontée.

Concours entre polices spéciale et générale

De manière générale, la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'en présence d'une police spéciale complète, précise et détaillée, la commune ne peut exercer sa compétence d'ordonnement fondée sur l'article 135 NLC.

Le Conseil d'État a clairement exprimé cette opinion, notamment dans son arrêt n° 187.717 du 4 novembre 2008 en ces termes : « *la compétence communale d'adopter des mesures de police générale peut être exclue quand une législation de police spéciale constitue un corps de règles complètes, précises et détaillées* ».

La haute juridiction poursuit néanmoins son raisonnement en y apportant un tempérament et considère « *que cette exclusion ne se produit toutefois que dans l'espace d'intersection de l'ordre public général et de l'ordre public spécial en question et dans le cas où les mesures de police spéciale permettent de faire face au risque d'atteinte à l'ordre public général; qu'ainsi une habilitation spécifique n'est pas requise pour admettre l'intervention complémentaire de la police générale si la mesure de police générale peut se justifier par la nécessité de sauvegarder un aspect de l'ordre public général que la police spéciale en question ne permet pas de garantir* »⁹.

Deux éléments de cet arrêt doivent être mis en évidence.

Premièrement, l'exclusion de la PAG n'a donc pas lieu uniquement lorsque ces deux polices traitent du même objet. Encore faut-il que les deux polices se rencontrent sur un aspect précis.

Il a notamment été jugé par le Conseil d'État dans son arrêt du 13 juin 2002, n° 107.824 qu'« *une habilitation spéciale n'est pas requise si la mesure de police générale, attribuée aux communes par l'article 135 NLC, peut se justifier par la nécessité de sauvegarder un aspect de l'ordre public général qui n'est pas couvert par la police spéciale en question, fut-elle complète dans son champ d'application* »¹⁰.

Secondement, le Conseil d'État affirme clairement que, en présence d'une atteinte à l'ordre public malgré l'adoption d'une police spéciale, l'autorité de police en charge de restaurer cet ordre public conserve sa compétence d'agir.

Pouvoir d'ordonnancement des communes en matière d'antennes GSM

Eu égard aux considérations exposées ci-dessus, une question reste à trancher : quel est concrètement le pouvoir de la commune lorsqu'elle entend réglementer l'exploitation et/ou l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile ? Peut-elle adopter un règlement communal en cette matière ?

La réponse à cette question était relativement aisée avant l'entrée en vigueur du décret du 3 avril 2009 relatif à la protection contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les rayonnements non ionisants générés par des antennes émettrices stationnaires, d'autant plus que le Conseil d'État, notamment dans une affaire qui opposait la commune de Marchin à un opérateur de téléphonie mobile, y avait répondu par l'affirmative de manière précise¹¹. Les faits faisant l'objet de la décision étaient les suivants.

La commune avait adopté un règlement sur la base de l'article 135, par. 2, NLC en vue d'encadrer l'exploitation des antennes GSM, et ce au motif qu'elle craignait les effets néfastes sur la santé.

Sur recours de l'opérateur de téléphonie mobile, le Conseil d'État a affirmé que le conseil communal agit légalement lorsqu'il adopte un règlement pour réglementer l'exploitation des antennes GSM sur son territoire et qu'il prend appui sur

l'article 135, par. 2, NLC pour ce faire, à la condition toutefois que cette mesure soit adoptée dans un objectif de préservation de l'ordre public¹².

Avec l'adoption du décret du 3 avril 2009 susmentionné, la question de la compétence d'ordonnancement en matière d'antennes GSM se pose à nouveau avec acuité.

Nous l'avons détaillée ci-dessus, la compétence de la commune peut s'exercer pleinement en matière de maintien de l'ordre public en l'absence d'une police spéciale complète, détaillée et précise. En l'espèce, l'exploitation des antennes GSM constitue une activité de classe 3 au sens du permis d'environnement. Ce classement opéré par le décret du 3 avril 2009 implique selon nous qu'il existe bien une police spéciale précise, complète et détaillée qui encadre l'exploitation des antennes de téléphonie mobile. En effet, le Conseil d'État qualifie en ce sens la police des établissements classés. On ne voit quel motif pourrait invoquer le Conseil d'État pour réserver un sort tout particulier à ce type d'établissement.

En présence d'une police spéciale, la commune doit apprécier *in concreto* si le décret lui permet de préserver l'ordre public. Dans l'affirmative, la commune perd la faculté d'agir sur base de ses pouvoirs de police administrative générale. Dans le cas inverse, la commune conserve sa compétence d'adopter des normes en cette matière.

Quelle est la marge de manœuvre des communes ?

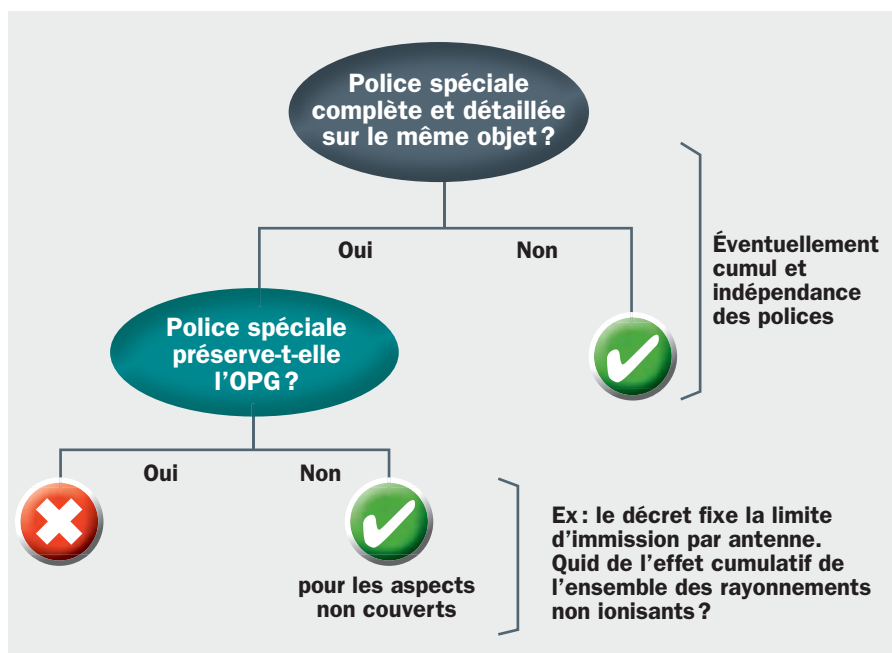
Une hypothèse devant être écartée a priori selon nous est de considérer que la commune pourrait agir en la matière en soutenant que le seuil d'immission de 3 volts par mètre (V/m) fixé dans le décret 3 avril 2009 n'est pas suffisant pour garantir le maintien de la salubrité publique, compte tenu des incertitudes qui entourent encore les effets à long terme des rayonnements électromagnétiques émanant des antennes GSM (principe de précaution).

En effet, cette limite de 3 V/m a été adoptée sur base d'une recommandation du Conseil supérieur de la Santé et est 200 fois plus stricte que celle préconisée par l'ICNIRP (International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection) qui, elle-même, était déjà pourtant 50 fois inférieure au seuil d'apparition d'effets des champs électromagnétiques.

Ce facteur de sécurité est destiné à compenser les incertitudes de la recherche scientifique en la matière et à offrir une protection supplémentaire aux personnes ayant des implants médicaux. On peut donc considérer qu'il rencontre le principe de précaution et exclut, en l'état actuel de la recherche scientifique, une mesure de police fixant une limite encore plus restrictive. Une telle mesure serait en effet difficilement conciliable avec le principe de proportionnalité (v. infra).

Passée cette question de l'opportunité de la limite d'immission, il reste que le décret du 3 avril 2009 laisse, selon nous, un espace d'action pour les communes en ce qu'il ne permet pas d'exclure tout atteinte à l'ordre public. Cette affirmation est illustrée par au moins deux aspects du décret.

Pour commencer, le décret fixe la limite d'immission par antenne sans pour autant limiter le champ électromagnétique total. Il ne permet dès lors pas de prendre en compte l'effet cumulatif de l'ensemble des rayonnements non ionisants émanant des antennes GSM ou d'autres sources



(émetteurs de radio, de télévision...) en interdisant toute nouvelle installation qui aurait pour effet d'accroître le champ électromagnétique total au-delà d'une certaine limite.

On pourrait donc envisager une action des communes à ce sujet, avec cette remarque toutefois que l'application d'une telle réglementation n'ira pas sans créer des difficultés, tant au niveau de la mesure du champ électromagnétique qu'au niveau de l'identification des responsabilités. Se posera également la question du choix de la limite à imposer: celle du décret (3 V/m) ou celle préconisée par l'ICNIRP (41,2 V/m)?

L'autre possibilité laissée par le décret d'agir sur base de la police générale réside dans le fait que la limite d'immission, telle qu'elle y est prévue, ne s'applique qu'aux lieux de séjour, à l'exclusion donc de la voie publique, des parcs, des terrasses...

Rien n'empêcherait une commune, selon nous, de considérer que certains de ces lieux doivent également faire l'objet d'une protection particulière, en raison de l'intensité de leur fréquentation par exemple.

Partant du postulat que la commune dispose encore d'une compétence en cette matière, que ce soit dans les deux cas précités ou dans d'autres, il est essentiel que le règlement soit correctement motivé. Le principe de motivation matérielle des actes administratifs impose aux autorités administratives, dont la commune, de motiver leurs actes.

Afin de rencontrer ce principe, la motivation doit revêtir certaines caractéristiques: elle doit être exacte, pertinente et admissible.

À cet égard, nous remarquerons que le Conseil d'État a admis qu'« une autorité de police chargée de prévenir les atteintes à l'ordre public, doit prendre en considération non seulement les risques dont la réalité scientifique est prouvée, mais aussi les risques dont la réalité n'est pas encore établie avec certitude tout en faisant l'objet de controverses suffisamment sérieuses pour ne pouvoir être ignorés »¹³. Par cet arrêt, la motivation qui s'appuie sur le principe de précaution a été avalisée par le Conseil d'État.

Enfin, pour être parfaitement légal, le règlement devra par ailleurs respecter le principe de proportionnalité. En effet,



réglementer l'implantation ou l'exploitation d'antennes GSM constitue une limitation à la liberté d'entreprendre. Cet intérêt devra donc être mis en balance avec l'intérêt protégé, à savoir la santé humaine.

La jurisprudence considère dans ce cas que le fait de laisser un large pouvoir d'appréciation à l'autorité administrative pour adopter la décision la plus opportune à l'ensemble des circonstances pertinentes de chaque espèce remplit le critère de proportionnalité. Concrètement, le conseil communal avait délégué au collège la possibilité d'imposer des normes d'immission plus strictes, et ce au cas par cas.

Bien que nous pensions que la commune dispose encore d'une marge de manœuvre, elle doit s'interroger selon nous sur l'opportunité de la mesure en question. Les opérateurs ont une obligation de couverture qui leur est imposée. Par ailleurs, les besoins des citoyens sont croissants et donc l'implantation des antennes semble être inéluctable sans quoi un territoire pourrait ne pas être couvert par le réseau de téléphonie mobile.

En outre, plus l'antenne GSM s'implante loin, plus le téléphone émet d'ondes et plus les conséquences de son utilisation sont importantes ou potentiellement importantes pour la santé humaine.

Une mesure de restriction d'implantation des antennes doit donc être accompagnée de mesures de sensibilisation à l'utilisation du téléphone en soi, et ce afin d'éviter un effet pervers qui reviendrait à annihiler, voire à aggraver les conséquences sanitaires éventuelles.

¹ Conseiller à l'UVCW jusqu'au 31.8.2012.

² J. Dembour, *Les pouvoirs de police administrative générale des autorités locales*, Bruxelles, Bruylant, 1956, pp. 80 et ss.

³ A.-L. Durviaux, "Droit administratif: l'action publique", Larcier, Bruxelles, T.I, pp. 140 et ss.

⁴ M. Von Kuegelgen et R. Van Melsen, "Contours de la compétence régionale dans le domaine de la police des établissements dangereux, incommodes ou insalubres", A.P.T., 3/2007, pp. 189 et ss.

⁵ À. Duchatelet (sous dir.), "Ordre public", Politeia, Bruxelles, 2009, pp. 13 et ss.

⁶ http://www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=fr

⁷ M. Von Kuegelgen et R. Van Melsen, op. cit., pp. 190 et ss.

⁸ Décr. 11.3.1999, art. 81 et ss., sur le permis d'environnement.

⁹ C.E., KPN Orange Belgium sa, 4.11.2008, n° 187.717.

¹⁰ C.E., Mathieu, 13.6.2002, n° 107.824.

¹¹ Nous traitons à ce niveau uniquement de la compétence. Les questions concernant la motivation et notamment du principe de précaution seront examinées ultérieurement.

¹² C.E., KPN Orange Belgium sa, 4.11.2008, n° 187.717.

¹³ C.E., Mobistar, 25.10.2011, n° 215.982.