

Les moratoires cantonaux romands liés à la 5G

MÉMOIRE

présenté

par

Maxime Meier

sous la direction de

Dr. Stéphane Bondallaz

Lausanne, le 2 juin 2022

Table des matières

TABLE DES MATIÈRES	I
BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ABRÉVIATIONS	XIV
I. INTRODUCTION	1
A. AVANT-PROPOS	1
B. LE DÉPLOIEMENT DE LA 5G	2
1. REMARQUES LIMINAIRES	2
2. SUR LE PLAN NATIONAL	2
3. L'UTILISATION ACTUELLE LIÉE À LA 5G	3
4. LES TYPES D'AUTORISATIONS LIÉES À LA 5G.....	4
II. LES MORATOIRES CANTONAUX ROMANDS	5
A. HISTORIQUE	5
B. LES TYPES DE MORATOIRES CANTONAUX	5
1. VAUD.....	5
2. GENÈVE	6
3. NEUCHÂTEL	8
4. JURA	9
5. VALAIS	10
6. FRIBOURG	10
C. ANALYSE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES MORATOIRES CANTONAUX	11
1. INTRODUCTION	11
2. LES COMPÉTENCES CANTONALES	11
a. <i>De la primauté du droit fédéral</i>	11
b. <i>La compatibilité d'une législation cantonale sur la 5G avec les compétences fédérales</i>	13
3. LE DROIT DES TÉLÉCOMMUNICATIONS.....	14
a. <i>Du mandat constitutionnel à la Loi sur les télécommunications</i>	14
b. <i>La place du droit des télécommunications avec une législation cantonale concernant la 5G</i>	17
4. LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT	18
a. <i>Du mandat constitutionnel à la Loi sur la protection de l'environnement</i>	18
b. <i>L'Ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant</i>	19
c. <i>Les immissions idéales en vertu du Code civil</i>	20
d. <i>La place du droit de l'environnement face à une législation cantonale concernant la 5G</i>	22
5. LE DROIT DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE LA POLICE DES CONSTRUCTIONS.....	23
a. <i>Du mandat constitutionnel à la loi sur l'aménagement du territoire</i>	23
b. <i>La planification territoriale</i>	25
(i) Les modèles admis par la jurisprudence	26
(ii) La zone réservée.....	27
c. <i>Les dispositions d'esthétique ou d'intégration</i>	28
6. LE DROIT DE LA PROTECTION DE LA NATURE ET DU PAYSAGE	30
a. <i>Du mandat constitutionnel à la Loi sur la protection de la nature et du paysage</i>	30
(i) La protection prévue par le droit de la protection de la nature et du paysage.....	30
(ii) La protection des monuments historiques	31
(iii) La protection liée aux marécages	31
b. <i>La place du droit de la protection de la nature et du paysage avec une législation cantonale concernant la 5G</i>	32
D. DES REMÈDES À L'INCONSTITUTIONNALITÉ ET À L'ILLÉGALITÉ	33
1. DU CONTRÔLE PRÉJUDICIEL	33
2. DU CONTRÔLE ABSTRAIT	33
3. DU CONTRÔLE CONCRET	34

III.	LA POSSIBILITÉ D'UN MORATOIRE FÉDÉRAL	36
A.	HISTORIQUE	36
1.	LES OUTILS CITOYENS.....	36
2.	LES OUTILS À DISPOSITION DES CANTONS.....	36
B.	LES POSSIBILITÉS RESTANTES EN VUE DE L'INTRODUCTION D'UN MORATOIRE FÉDÉRAL	37
IV.	CONCLUSION	39
ANNEXE		41

Bibliographie

Ouvrages

Les présents ouvrages sont cités en note de bas de page, sauf indications contraires, avec le nom de famille du ou des auteurs (si le nombre d'auteur est supérieur à 3, un seul est mentionné) suivi de la ou des pages topiques accompagné éventuellement du paragraphe.

AEMISEGGER Heinz/MOOR Pierre/RUCH Alexander/TSCHANNEN Pierre, *Commentaire pratique LAT : Autorisation de construire, protection juridique et procédure*, Genève - Zurich - Bâle 2020.

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Genève - Zurich - Bâle 2003.

BONDALLAZ Stéphane, *La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications : analyse critique et plaidoyer pour un système en droit suisse*, Zürich 2007.

BOULAZ, David, *La protection du paysage, Etude de droit fédéral et vaudois*, Berne 2017.

BOVAY Benoît, *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne 2015.

BRULHART Vincent, *Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l'exemple de la téléphonie mobile*, in Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (édits), *Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève - Zurich - Bâle 2020.

EIGENMANN Antoine/ROUSSIANOS Leila, *Les antennes de téléphonie mobile – aspects de droit privé*, in DC 2004 p. 96, Fribourg 2004.

ESPACE-SUISSE, *Inforum n°4/12*, Berne 2012 (cité : ESPACE-SUISSE-INFORUM).

ESPACE-SUISSE, *Territoire & Environnement 3/2010*, Berne 2010 (cité : ESPACE-SUISSE-TE).

FAVRE Anne-Christine, *La constitution environnementale*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édits), *Verfassungsrecht der Schweiz Band III / Droit constitutionnel suisse Volume III, Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen / Organes constitutionnels Procédures Constitutions thématiques*, Genève - Zurich - Bâle 2020, p. 2121.

FAVRE Anne-Christine/JUNGO Fabia, *Chronique du droit de l'environnement - La protection contre le bruit et les rayons non ionisants*, in RDAF 2010 199ss.

GERBER Alexandra, *Téléphonie mobile dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: aspects de droit public*, in DEP 2004 p. 725.

GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2021.

GRIFFEL Alain, *Die Mobilfunktechnologie als Herausforderung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, in: Ruch Alexander (éd.), *Recht und neue Technologien*, Genève - Zurich - Bâle 2004.

GRIFFEL Alain, *Umweltrecht*, 2e éd., Zurich/St.Gall 2019 (cité : GRIFFEL Umweltrecht).

JUNGO Fabia, *Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse avec des perspectives de droit international et de droit européen*, Zurich 2012.

KELLER Peter M./ZUFFEREY Jean-Baptiste/FAHRLÄNDER Karl Ludwig, *Kommentar NHG / Commentaire LPN*, 2e éd., Zurich 2019 (cité : Commentaire LPN-AUTEUR, art. X N Y).

MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel/HERTIG RANDALL Maya/FLÜCKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse Volume I : L'Etat*, 4e éd., Berne 2021.

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques (édits), *Constitution fédérale – Volume I et II*, Commentaire romand, 1^e éd., Bâle 2021 (cité : CR Cst AUTEUR, art. X N Y).

MUELLER Jürg/AMMANN Basil, *Ce qu'un moratoire sur la 5G signifierait pour la Suisse*, Avenir Suisse, Zürich 2020.

PAPAUX Alain/CERUTTI Davide, *Introduction au droit et à la culture juridique - Volume 1*, Genève - Zurich - Bâle 2020.

PAPAUX Alain/CERUTTI Davide, *Introduction au droit et à la culture juridique - Volume 2*, Genève - Zurich - Bâle 2021.

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte, *Code civil II*, Commentaire romand, 1^e éd., Bâle 2016 (cité : CR CC II AUTEUR, art. X N Y).

REY Alexander, *Mobilfunkanlagen: Verhältnis von Bundesumweltrecht, Raumplanungs- und Baurecht, insbesondere Bauverfahrensrecht*, in DEP 2021 p. 153.

ROUSSIANOS Leila, *Développement des télécommunications : communes et opérateurs dans l'impasse ?*, in DC, Fribourg 2008.

WALDMANN Bernhard/ BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (édits), *Schweizerische Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité : BSK BV-AUTEUR, art. X N Y).

WASER Franziska, *La réduction de la zone à bâtir surdimensionnée selon l'art. 15 al. 2 LAT*, Zürich 2018.

WIEDLER Aurélien, *La protection du patrimoine bâti, Étude de droit fédéral et cantonal*, Berne 2019.

WITTWER Benjamin, *Bewilligung von Mobilfunkanlage*, 2e éd., Genève - Zurich - Bâle 2008.

ZUFFEREY Jean-Baptiste/SEYDOUX Matthieu, *Les procédures cantonales applicables à la mise en place de la technologie de la 5G des antennes de téléphonie mobile*, Fribourg 2021.

Références électroniques

Les références électroniques sont citées en note de bas de page, sauf indications contraires, avec le nom de famille du ou des auteurs ou de l'organe suivi de la ou des pages topiques accompagné éventuellement du paragraphe.

CANTON DU VALAIS, *Antennes 5G: il faut une coordination de toute urgence*
<https://vs.recapp.ch/viewer/detail/?uid=622aedf15fee2e49c8028006>
(consulté le 22 avril 2022) (cité : VS 2022).

CONFÉRENCE DES INSPECTEURS CANTONAUX DES FORÊTS, *Pratique d'autorisation d'implantation d'antennes de téléphonie mobile en forêt et à proximité de la forêt : Recommandations n°1 du 31 mars 2001*, disponible sous :
https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/fr/dokumente/wald-holz/fachinfo-daten/mitteilungsblattnr1.pdf.download.pdf/recommandations_n1.pdf
(consulté le 1^{er} avril 2022) (cité : CICF).

CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP), *Recommandations concernant l'autorisation d'installations de téléphonie mobile : modèle de dialogue et modifications mineures du 7 mars 2013*, Berne 2013, disponible sous :
<https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/dokumentation/stellungnahmen/2013/Recommandations%2Bconcernant%2B1%27autorisation%2Bd%27installations%2Bde%2Btelephonie%2Bmobile.pdf>
(consulté le 23 mars 2022) (cité : DTAP, recommandations 2013).

CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP), *Recommandations concernant l'autorisation d'installations de téléphonie mobile : modèle de dialogue et modifications mineures du 19 septembre 2019*, Berne 2019, disponible sous :
https://www.dtap.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/umwelt/DTAP_Recommandations_telephonie_mobile_19.09.2019.pdf
(consulté le 23 février 2021) (cité : DTAP, autorisation d'installations).

CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP), *Lettre aux membres de la DTAP : ORNI révisée et traitement des installations de téléphonie mobile du 17 décembre 2021*, Berne 2021, disponible sous :
https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/umwelt/FR_Schreiben_an_Kantone_neue_NISV_1.1.2022.pdf
(consulté le 23 avril 2022) (cité : DTAP, lettre 2021).

CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS CANTONAUX DES TRAVAUX PUBLICS, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT (DTAP), *Recommandations concernant l'autorisation d'installations de téléphonie mobile : modèle de dialogue et modifications mineures (cas bagatelles) du 4 mars 2022*, Berne 2022, disponible sous :
https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/umwelt/FR_BPUK-Mobilfunk-Empfehlungen_2022.pdf
(consulté le 10 mars 2022) (cité : DTAP, cas bagatelles).

ESSEIVA Denis, *ORNI et téléphonie mobile : la jurisprudence s'est multipliée*, *Journées suisses du droit de la construction*, disponible sous :

https://www3.unifr.ch/apps/baurechtstagung/ArchivesFiles/550_F_JDC.Esseivdef.pdf

(consulté le 3 septembre 2021).

ETAT DE FRIBOURG, *Réponses du Conseil d'Etat du 28 mai 2019 concernant les objets parlementaires suivant : Question 2019-CE-66, Déploiement de la téléphonie mobile 5G, principe de précaution, marge de manœuvre des communes ; Question 2019-CE-69, Information concernant les éventuelles atteintes de la 5G sur la santé ; Question 2019-CE-76, Un moratoire de la 5G ; Question 2019-CE-75, 5G – Installation d'antennes sur le sol communal ; Question 2019-CE-74, Protection des citoyens contre la 5G*, Fribourg 2019, disponible sous :

[HTTP://WWW.PARLINFO.FR.CH/DL.PHP/FR/AX-60D496FA4C843/FR_DEP_2019-CE-66_DPLOIEMENT_TLPNONE_MOBILE_5G.PDF](http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/fr/ax-60d496fa4c843/fr_dep_2019-ce-66_dploiement_tlpnone_mobile_5g.pdf)

(consulté le 25 septembre 2021).

ETAT DE VAUD, *Communiqué de presse : levée du gel des autorisations pour les nouvelles antennes de téléphonie mobile 5G, suite aux conclusions des projets-pilotes du 20 mai 2021*, Lausanne 2021, disponible sous :

<https://www.vd.ch/toutes-les-actualites/communiques-de-presse/detail/communiquellevee-du-gel-des-autorisations-pour-les-nouvelles-antennes-de-telephonie-mobile-5g-suite-aux-conclu/>

(consulté le 30 juin 2021) (cité : ETAT DE VAUD).

ETAT DE VAUD, *Réponse du Conseil d'Etat à l'interpellation Marc-Olivier Buffat et consorts 5G la fin du moratoire ? (21_INT_37)*, Lausanne 2021, disponible sous :

https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/fichiers_pdf/2017-2022/21_INT_37_TexteCE.pdf

(consulté le 15 avril 2022) (cité : ETAT DE VAUD, BUFFAT).

LEMATIN.CH, *5G: bientôt 50 oppositions par la même femme!*, disponible sous :

<https://www.lematin.ch/story/5g-bientot-50-oppositions-par-la-meme-femme-212610270483>

(consulté le 20 avril 2022).

NYBERG Rainer/HARDELL Lennart, *Scientists warn of potential serious health effects of 5G du 11 septembre 2017*, disponible sous :

<https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-29640-appel-scientifiques-5g.pdf>

(consulté le 15 mai 2021).

RADIO TÉLÉVISION SUISSE, *Le canton de Genève autorise à nouveau les antennes 5G*, disponible sous :

<https://www.rts.ch/info/regions/geneve/12159308-le-canton-de-geneve-autorise-a-nouveaux-antennes-5g.html>

(consulté le 15 avril 2022) (cité : RADIO TÉLÉVISION SUISSE, GE).

RADIO TÉLÉVISION SUISSE, *En Valais, les nouvelles antennes 5G n'auront pas à subir de gel*, disponible sous :

<https://www.rts.ch/info/regions/valais/10862006-en-valais-les-nouvelles-antennes-5g-nauront-pas-a-subir-de-gel.html>

(consulté le 29 avril 2022) (cité : RADIO TÉLÉVISION SUISSE, VS).

RÉPUBLIQUE DE GENÈVE, *Point presse du Conseil d'Etat du 28 avril 2021*, Genève 2021, disponible sous :

<https://www.ge.ch/document/24526/telecharger>

(consulté le 30 juin 2021).

RÉPUBLIQUE DE NEUCHÂTEL, *Communiqué de presse : Le Conseil d'Etat soumet tous les types de projets 5G à permis de construire du 3 décembre 2019*, Neuchâtel 2019, disponible sous :

<https://www.ne.ch/medias/Pages/20191203-antennes-telephonie-mobile-5G.aspx>

(consulté le 15 avril 2021).

SWISSCOM, *Communiqué de presse du 22 février 2018 Swisscom lance la 5G, dernière génération de communication mobile, en 2018*, disponible sous :

<https://www.swisscom.ch/fr/about/news/2018/02/20180222-mm-5G-2018.html>

(consulté le 23 avril 2022).

YAZAR A./DOGAN TUSHA S./ARSLAN H., *6G VISION: AN ULTRA-FLEXIBLE PERSPECTIVE*, disponible sous :

https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/itu_jnl/S-ITUJNL-JFETF.V111-2020-P09-PDF-E.pdf

(consulté le 2 avril 2022).

Documents émanant d'offices fédéraux

Les documents émanant d'office fédéraux sont cités selon les indications prévues ci-dessous, suivi de la ou des pages topiques accompagné éventuellement du paragraphe.

COMMISSION FÉDÉRALE DE LA COMMUNICATION, *Communiqué de presse du 8 février 2019 : Attribution de fréquences de téléphonie mobile pour la 5G en Suisse*, Berne 2019 (cité : COMCOM, CP 2019).

COMMISSION FÉDÉRALE DES MONUMENTS HISTORIQUES (CFMH), *Les installations de téléphonie mobile et la protection des monuments du 22 juin 2018*, Berne 2018 (cité : CFMH).

CONSEIL DES ETATS, *Rapport de la Commission des transports et des télécommunications du 10 mai 2021*, Berne 2021.

CONSEIL NATIONAL, *Rapport de la Commission des transports et des télécommunications du 11 janvier 2022*, Berne 2021.

CONSEIL FÉDÉRAL, *Communiqué de presse du 23 décembre 1999 : Le Conseil fédéral adopte l'ordonnance sur la protection contre l'électrosmog*, Berne 1999 (cité : CF, électrosmog).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Pour un réseau de téléphonie mobile respectueux du développement durable, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 19.4043 Häberli-Koller* du 14 avril 2022, Berne 2022 (cité : CF, rapport 2022).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ÉNERGIE ET DE LA COMMUNICATION, *Rapport Téléphonie mobile et rayonnement du 18 novembre 2019*, Berne 2019 (cité : DETEC, rayonnement).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION, *Notice d'information UMTS*, Berne 2015 (cité : OFCOM UMTS).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION, *Questions et réponses sur la 5G*, disponible sous : <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/telecommunication/technologie/communication-mobile-evolution-vers-la-5g/5g-faq.html#1183072112> (consulté le 20 mars 2022) (cité : OFCOM, FAQ 5G).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION, *Rapport explicatif de la révision de l'ordonnance sur les services de télécommunication (adaptation des dispositions relatives au service universel) du 26 novembre 2021*, Berne 2021 (cité : OFCOM service universel).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Explications concernant les antennes adaptatives et leur évaluation selon l'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI) du 23 février 2021*, Berne 2021 (cité : OFEV, ORNI).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Téléphonie mobile : la conseillère fédérale Doris Leuthard crée un groupe de travail du 20 septembre 2018*, Berne 2018 (cité : OFEV, Groupe).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Rapport explication concernant la modification de l'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI) du 17 avril 2019*, Berne 2019 (cité : OFEV, ORNI 2019).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Rapport explication concernant la modification de l'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI) du 17 décembre 2021*, Berne 2021 (cité : OFEV, ORNI 2021).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT (anciennement OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES FORÊTS ET DU PAYSAGE), *L'électrosmog dans l'environnement*, Berne 2005 (cité : OFEV, électrosmog).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT/OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION, *Prise de position commune du 3 mai 2019 : Moratoires cantonaux sur les antennes de téléphonie mobile 5G et droit fédéral*, Berne 2019 (cité : OFEV/OFCOM, 5G).

OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT/OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION/OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL/CONFÉRENCE SUISSE DES DIRECTEURS DES TRAVAUX PUBLIC, DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ET DE L'ENVIRONNEMENT/UNION DES VILLES SUISSES/ASSOCIATION DES COMMUNES SUISSE, *Téléphonie mobile : guide à l'intention des communes et des villes*, Berne 2010 (cité : OFEV, Guide téléphonie).

Textes officiels

Les textes officiels fédéraux et cantonaux sont cités en note de bas de page selon leur abréviation officielle, suivi de la ou des pages topiques.

Textes officiels fédéraux

Bulletin officiel du Conseil des Etats de l'année 2020, BO CE, 2020.

Bulletin officiel du Conseil des Etats de l'année 2021, BO CE, 2021.

Bulletin officiel du Conseil national de l'année 2021, BO CN, 2021.

Bulletin officiel du Conseil national de l'année 2022, BO CN, 2022.

Initiative populaire fédérale «Pour une téléphonie mobile respectueuse de la santé et économe en énergie». Examen préliminaire du 15 octobre 2019, FF 2019 6525.

Initiative populaire fédérale «Pour une téléphonie mobile respectueuse de la santé et économe en énergie». Expiration du délai du 29 juin 2021, FF 2021 1526.

Initiative populaire fédérale «Responsabilité en matière de téléphonie mobile». Examen préliminaire du 22 octobre 2019, FF 2019 6574.

Initiative populaire fédérale «Responsabilité en matière de téléphonie mobile». Expiration du délai du 6 juillet 2021, FF 2021 1600.

Message relatif à la modification de la Loi sur les télécommunications (LTC) du 12 novembre 2003, FF 2003 7245.

Message concernant la révision de la Loi sur les télécommunications (LTC) du 10 juin 1996, FF 1996 III 1361.

Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1.

Textes officiels cantonaux

Bulletin du Grand Conseil neuchâtelois 2018, BGC-NE, 2018.

Bulletin du Grand Conseil neuchâtelois 2019, BGC-NE, 2019.

Bulletin du Grand Conseil vaudois 2018, BGC-VD, 2018.

Bulletin du Grand Conseil vaudois 2019, BGC-VD, 2019.

Journal des débats du parlement jurassien, JdD-JU, 2019.

Journal des débats du parlement jurassien, JdD-JU, 2020 (*publié partiellement*).

Procès-verbal du Grand Conseil genevois 2019, PV-GE, 2019.

Procès-verbal du Grand Conseil genevois 2021, PV-GE, 2021.

Table des arrêts

Arrêts publiés du Tribunal fédéral

Les arrêts publiés du Tribunal fédéral sont cités en note de bas de page selon leur abréviation officielle, suivi du ou des considérants clés et le cas échéant de la traduction utilisée dans le cadre du présent travail.

ATF 91 I 17
ATF 101 Ia 213
ATF 120 Ib 436
ATF 121 III 97
ATF 122 II 64
ATF 126 I 81
ATF 126 II 399
ATF 131 I 333
ATF 131 II 545
ATF 131 V 9
ATF 133 II 64
ATF 133 II 321
ATF 133 II 353
ATF 134 I 125
ATF 134 I 269
ATF 135 I 106
ATF 135 I 233
ATF 137 I 135
ATF 138 II 173
ATF 138 II 570
ATF 141 II 66
ATF 141 II 245
ATF 142 I 26
ATF 142 II 369
ATF 143 I 252
ATF 143 I 403

Arrêts non publiés du Tribunal fédéral

Les arrêts publiés du Tribunal fédéral sont cités en note de bas de page selon l'organe qui a rendu le jugement, suivi de leur abréviation officielle, accompagné du ou des considérants clés.

1A.124/2003 du 23 septembre 2003
1A.140/2003 du 18 mars 2004
1A.162/2004 du 3 mai 2005
1A.14/2006 du 18 août 2006
1A.104/2006 du 19 janvier 2007
1C_465/2010 du 31 mai 2011
1C_229/2011 du 8 novembre 2011
1C_318/2011 du 8 novembre 2011
1C_80/2015 du 22 décembre 2015
1C_231/2016 du 21 novembre 2016
1C_276/2016 du 2 juin 2017
1C_347/2016 du 5 septembre 2017
1C_451/2017 du 30 mai 2018
1C_167/2018 du 8 janvier 2019
1C_97/2018 du 3 septembre 2019
1C_371/2020 du 9 février 2021
1C_609/2020 du 4 novembre 2020
1C_593/2020 du 12 mai 2021
1C_275/2021 du 29 mars 2022

Arrêts du Tribunal cantonal vaudois

Les arrêts du Tribunal cantonal vaudois sont cités en note de bas de page selon leur dénomination officielle accompagnée du ou des considérants clés.

Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois
AC.2015.0191 du 21 novembre 2016.

Arrêt de la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal vaudois
CCST.2019.0014 du 26 mai 2020.

Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois
AC.2020.0349 du 15 septembre 2021.

Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois
AC.2021.0100 du 23 décembre 2021.

Arrêt de la Cour de justice genevoise

Les arrêts de la Cour de justice genevoise sont cités en note de bas de page selon leur dénomination officielle accompagnée du ou des considérants clés.

Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève ACST/11/2021 du 15 avril 2021.

Table des abréviations

2G	GSM
3G	UMTS
4G	LTE
4G+	LTE Advanced
5G	New Radio
<i>a contrario</i>	locution latine signifiant « à l'inverse »
<i>a fortiori</i>	locution latine signifiant « à plus forte raison »
<i>a minima</i>	locution latine signifiant « de la plus petite »
aCst	Constitution fédérale du 29 mai 1874 de la Confédération Suisse (abrogée par la Constitution fédérale du 19 avril 1999), RS 101
art.	article
al.	alinéa
ATF	arrêts publiés du Tribunal fédéral suisse
BCG	Bulletin du Grand Conseil
<i>bis</i>	locution latine signifiant « encore »
BLV	Base législative vaudoise
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CE	Conseil d'Etat
CF	Conseil fédéral
CFMH	Commission fédérale des monuments historiques
CICF	Conférence des inspecteurs cantonaux des forêts
COVID-19	maladie à la coronavirus 2019
CR	Commentaire romand
Cst-GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, RS 131.234
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse, RS 101
CTT-E	Commission des transports et des télécommunications du Conseil d'Etat
DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics
<i>de facto</i>	locution latine signifiant « de fait »
<i>de iure</i>	locution latine signifiant « en droit »
DEP	Droit de l'environnement dans la pratique
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication

DTAP	Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement
éd.	édition
édit./édits	éditeur/éditeurs
GSM	Global System for Mobile Communications
FAQ	foire aux questions
FF	Feuille fédérale
GATS	General Agreement on Trade in Services
GE	Genève
GHz	gigahertz
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> ; locution latine signifiant « même endroit »
<i>in</i>	locution latine signifiant « dans »
ISOS	Inventaire fédéral des sites construits d'importance nationale à protéger en Suisse
JdD	Journal des débats du parlement jurassien
JdT	Journal des Tribunaux
JU	Jura
L	loi
LAT	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire, RS 700
LATC	Loi cantonale vaudoise du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions, BLV 700.11
LCI	Loi cantonale genevoise du 14 avril 1988 sur les constructions et les installations diverses, RS GE L 5 05
let.	lettre
LFo	Loi fédérale sur les forêts (LFo), RS 921.0
LJC	Loi cantonale vaudoise du 1er juillet 2013 sur la juridiction constitutionnelle, BLV 173.32
LPA-VD	Loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, BLV 173.36
LParl	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale, RS 171.10
LPE	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement, RS 814.01
LPN	Loi fédérale du 1er juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage, RS 451
LTC	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications, RS 784.10
LTE	Long Term Evolution
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
M	motion
MHz	mégahertz
N	numéro
NE	Neuchâtel
NR	New Radio

OFCOM	Office fédéral de la communication
OFEV	Office fédéral de l'environnement
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORNI	Ordonnance fédérale du 23 décembre 1999 sur la protection contre le rayonnement non ionisant, RS 814.710
OST	Ordonnance fédérale du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication, RS 784.101.1
p.	page
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
PV	procès-verbal
QUE	questionPE
RDAF	Revue de droit Administratif et de droit Fiscal
RO	Recueil officiel suisse
RS	Recueil systématique suisse
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
ss	et suivant
SZ	Schwyz
TE	Territoire et Environnement
TF	Tribunal fédéral
VD	Vaud
VS	Valais
WLAN	Wireless Local Area Network

I. Introduction¹

A. Avant-propos

Jamais l'introduction d'une nouvelle norme téléphonique n'a été autant débattue, controversée, voire contestée en Suisse que celle de la 5G. Cette nouvelle norme de téléphonie mobile a débuté son installation en Suisse dès 2018² et a remis sur le devant de la scène les problématiques liées aux stations de téléphonie mobile en Suisse. En effet, la mise en place d'un réseau de téléphonie mobile nécessite la prise en considération de dispositions légales relevant tant du droit privé³ que du droit public. Devant concilier le droit de l'environnement, en particulier le principe de précaution, avec le droit des télécommunications, sans omettre le droit de l'aménagement du territoire ou le droit de la construction ainsi que les normes sur la préservation des sites construits et du paysage⁴, l'implantation de ces antennes obligent les autorités à effectuer de nombreux arbitrages.

L'arrivée d'une technologie doit être soumise au principe de précaution défini dans la législation environnementale. Actuellement, dans le débat sociétal que nous connaissons, de nombreux arguments contre l'implantation de la 5G se mêlent aux possibilités découlant de cette technologie et au nouveau standard de téléphonie mobile en tant que tel. Il est cependant nécessaire de bien distinguer ces deux derniers et de poser les jalons de chacun de ces domaines et leurs technologies pour en connaître leur fonctionnement et leurs différences. En effet, pour prendre l'exemple de la 3G, les fréquences utilisées n'ont pas évolué. C'est l'arrivée des smartphones et des services découlant de ces derniers qui a créé l'innovation. Ainsi les standards téléphoniques ne sont que des moyens et non une finalité.

Toutefois, face à ces incertitudes, de nombreux cantons romands ont décidé de prendre les devants, en particulier en 2019 ; ainsi, plusieurs d'entre eux⁵ ont décrété des moratoires cantonaux, en légiférant principalement par le biais du principe de précaution et du rayonnement non ionisant. Un moratoire est défini comme étant un accord sur la suspension d'une activité⁶. Cette réticence particulière en Suisse romande a été relevée aux Chambres fédérales, notamment par le Conseiller aux Etats Hans Wicki⁷, qui s'étonnait du fait que ces réticences semblaient plus fortes en Suisse romande, ses habitants se considérant peut-être plus exposés aux rayonnements électromagnétiques.

Le présent travail aura premièrement pour but d'examiner les constructions juridiques utilisées par les cantons romands entre 2019 et 2021 visant à interdire le déploiement de la 5G. Dans un deuxième temps, il examinera la compatibilité de ces œuvres législatives cantonales eu égard au droit fédéral, premièrement selon le droit constitutionnel, puis au travers des domaines liés

¹ Par ces quelques lignes, je souhaite remercier vivement, M. Stéphane Bondallaz (chargé de cours), Prof. Anne-Christine Favre, Mme Mathilde Maillard (*MLaw*), Mme Gaëlle Valterio (*MLaw*), Mme Denise Gemesio et M. Taymour Rassam (*MLaw*), pour leurs précieuses remarques et corrections.

¹ ATF 121 III 420, 7 juillet 1995 ; ATF 137 III 268, 9 mars 2011 ; CHENAUX / PFISTER, p. 96 ; SCHWIZER, pp. 5-6 et 12.

² SWISSCOM.

³ EIGENMANN/ROUSSIANOS, p. 96.

⁴ OFEV, Guide téléphonie, p. 6.

⁵ Notamment Vaud, Valais, Neuchâtel et Jura pour les cantons romands.

⁶ Source : leRobert Dico en ligne, Moratoire, disponible in : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/moratoire> (consulté le 7 mai 2022).

⁷ BO CE, 2021, 1019 (Wicki).

au droit des télécommunications, de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de la police des constructions et du droit de la protection de la nature et du paysage. Dans un troisième temps, il développera les possibilités de se prévaloir du droit fédéral en justice face à ces constructions cantonales. Finalement, il abordera la possible création d'un moratoire fédéral sur la 5G.

B. Le déploiement de la 5G

1. Remarques liminaires

Quelques remarques méritent toutefois déjà d'être formulées à ce stade. Lors de la construction des réseaux de téléphonie mobile en 2002⁸, qui aurait pu imaginer une telle évolution mise en place par le marché et influant en permanence sur le quotidien de la population ? Un graphique⁹ met en exergue les techniques actuelles et nouvelles liées à un besoin d'information spécifique. Si nous prenons pour exemple le nombre d'appels effectué en 2004 pour connaître la météo auprès de Météo Suisse¹⁰, ce dernier s'élevait à plus de 4 millions. En 2019, il s'élevait à un demi-million par année. *A contrario*, depuis le développement de l'application Météo Suisse en 2013, le nombre de requêtes informatiques était de plus 70 millions pour croître en 2019 à près de 450 millions visites par année. De tels chiffres démontrent l'explosion des nouveaux besoins liés à un service d'information particulier. Lors du lancement de la technologie de télécommunication, il aurait été impossible d'évaluer de tels besoins. Selon les chiffres publiés par l'Office fédéral de la Communication et repris dans le récent rapport du Conseil fédéral¹¹, le trafic lié aux données mobiles a doublé ces dernières années tous les 12 et 18 mois.

Allant dans le même sens, dans une publication datant d'avril 2020¹², le groupe de réflexion « *Avenir Suisse* » dresse une Suisse dans laquelle une initiative populaire fédérale, posant dès 2005 un moratoire de 20 ans lié à la technologie 3G, eut été adopté. En conséquence, l'Etat aurait été contraint à n'exploiter aucune technologie postérieure à la 2G. Il ressort de cette étude que notre pays serait passé à côté de nombreuses avancées technologiques développées ces quinze dernières années, notamment l'iPhone et les nombreux services liés aux applications mobiles.

Dès lors, dans cette seconde partie de notre introduction, nous souhaitons développer la définition de la 5G, distinguer cette technologie des anciennes et entamer quelques réflexions juridiques autour des différentes antennes qu'elle nécessite.

2. Sur le plan national

Chaque décennie, une nouvelle génération de technologie de radiocommunication mobile arrive sur le marché, dont les principaux buts sont l'efficacité du réseau et la mise à disposition de nouveaux services innovants¹³, comme le rappelle à juste titre un rapport du Conseil fédéral¹⁴. À titre d'exemple, l'arrivée de la sixième génération des réseaux de téléphonie mobile soit la 6G est prévue pour la prochaine décennie¹⁵. Par ce biais, la vitesse de transmission - soit

⁸ OFCOM UMTS, p. 1.

⁹ MUELLER/AMMANN, p. 8, disponible également dans l'Annexe.

¹⁰ MUELLER/AMMANN, p. 9.

¹¹ CF, rapport 2022, p. 9.

¹² MUELLER/AMMANN, p. 1 ss.

¹³ CF, rapport 2022, p. 10.

¹⁴ CF, rapport 2022, p. 10.

¹⁵ YAZAT/DOGAN TUSHA/ARSLAN, p. 1.

le débit de données¹⁶ - la connectivité¹⁷, soit la possibilité pour un nombre beaucoup plus important d'objets de pouvoir se connecter au réseau¹⁸, et la latence - soit le temps de réaction du réseau¹⁹ - seront améliorés. Pour illustrer la différence entre deux types de technologie, la 4G permet notamment le streaming, soit le visionnage de vidéos en temps réel et sans interruption²⁰. La 5G, quant à elle, est la première technologie qui convient à l'industrie critique, tel que pour la production automobile, l'affutage ou la pharmaceutique, tant sur le volet commercial que sur le processus industriel. Grâce à elle, il est ainsi possible de faire fonctionner des machines à distance en temps réel²¹.

Toutefois, l'implantation d'une nouvelle technologie ne se résume pas à une simple mise à jour. Elle nécessite un changement de technologie, la création de nouvelles antennes et parfois même la création d'un nouveau modèle d'antenne, en l'occurrence les antennes adaptatives, lesquelles seront analysées plus en profondeur dans la suite de ce travail.

3. L'utilisation actuelle liée à la 5G

Les fréquences actuelles utilisées pour la 2G, la 3G et la 4G sont comprises entre 800 MHz²² et 2.6 GHz²³. Ces dernières peuvent être utilisées également pour la 5G²⁴. En outre, des fréquences comprises de 3,5 à 3,8 GHz sont utilisées pour la 5G, en particulier pour les antennes adaptatives²⁵.

Actuellement, le débit de données maximal pouvant être atteint avec les fréquences attribuées est de 3 Gbits/s²⁶. Pour atteindre des débits plus importants²⁷, il est nécessaire d'utiliser des fréquences au-dessus de 20 GHz, en particulier 24'250 MHz – 52'600 MHz²⁸. Ces fréquences situées au-dessus de 24 GHz sont appelées « millimétriques »²⁹. A l'heure actuelle, de telles fréquences n'ont pas été attribuées³⁰. Ainsi les Chambres fédérales, le Conseil fédéral, les cantons et la population peuvent tenter d'influer, dès à présent, sur ce futur développement. Celui-ci sera déterminant pour le déploiement de la 5G mais aussi pour les futurs réseaux téléphoniques. Cependant, étant donné que le réseau de téléphonie mobile est en constante évolution, avec de nouvelles technologies évoluant en parallèle, l'adaptation d'installations est donc inévitable³¹. En avril 2022, à titre d'exemple, il coexistait encore sur les réseaux de

¹⁶ OFCOM, FAQ 5G.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ À titre d'exemple, la 5G permet de connecter jusqu'à un million d'objets par km², contrairement à la 4G qui permet une densité d'objet de 10'000 par km².

¹⁹ OFCOM, FAQ 5G.

²⁰ CF, rapport 2022, p. 11.

²¹ *Ibid.*, p. 12.

²² Mégahertz.

²³ Gigahertz.

²⁴ OFCOM, FAQ 5G.

²⁵ CF, rapport 2022, p. 17.

²⁶ OFCOM, FAQ 5G.

²⁷ En effet, la 5G permet des débits théoriques en liaison descendante de 20 Gbits/s selon ses standards.

²⁸ CF, rapport 2022, p. 11.

²⁹ OFCOM, FAQ 5G.

³⁰ COMCOM, CP 2019.

³¹ DTAP, cas bagatelles, p. 3.

téléphonie mobile les technologies différentes soit le GSM³², UMTS³³, LTE³⁴ et la 5G³⁵ en Suisse³⁶.

4. Les types d'autorisations liées à la 5G

Pour comprendre les différents types d'autorisations liées à la 5G, il est tout d'abord nécessaire de distinguer les antennes conventionnelles des antennes adaptatives. À la différence d'une antenne conventionnelle, l'antenne adaptative, en vertu de l'Annexe 1 ch. 62 al. 6 ORNI³⁷, est une antenne émettrice exploitée de sorte que sa direction d'émission ou son diagramme d'antenne est adapté automatiquement selon une périodicité rapprochée. Le point le plus crucial de ces nouvelles antennes est que l'information est transmise en priorité en direction du terminal³⁸, augmentant ainsi la capacité de transmission. Ces dernières sont utilisées principalement pour des fréquences élevées (au-delà de 3,5 GHz)³⁹, soit une partie des fréquences utilisées pour la 5G.

À titre liminaire, en vertu notamment de l'art. 22 LAT⁴⁰, les cantons connaissent en général trois processus d'autorisation liés aux constructions⁴¹, soit les procédures d'autorisation ordinaire avec une mise à l'enquête publique, la procédure d'autorisation simplifiée et la dispense d'autorisation (avec annonce des travaux). Les deux premières garantissent le droit d'être entendu, notamment avec l'enquête publique pour la première et une lettre personnelle adressée en principe aux voisins pour la deuxième⁴². Cette dernière a d'ailleurs été adoptée pour des raisons d'économie de procédure⁴³.

Les modifications d'antennes soumises à autorisation sont énumérées à l'Annexe 1, ch. 2, al. 5 ORNI. Un alinéa *5bis* a récemment été ajouté⁴⁴ afin de mettre fin à une controverse⁴⁵ liée au facteur de correction des antennes émettrices. Lorsque les conditions de la modification d'antennes ne sont pas remplies et qu'il n'y a aucun changement structural excédant le cadre de l'autorisation existante, il n'y a pas lieu de faire une nouvelle demande de construction⁴⁶. Ainsi est né le concept de « cas bagatelles »⁴⁷. Ce dernier part du constat que les modifications de l'antenne sur le rayonnement et sur les tiers sont tellement réduites qu'ils n'ont pas d'« *influence sur l'affectation du sol en raison d'une atteinte à l'environnement* » en vertu de l'art. 22 LAT. Ce procédé simplifié avait été mis sur pied en 2013 lors de l'arrivée de la 4G⁴⁸.

³² Global System for Mobile Communications, soit la 2G.

³³ Universal Mobile Telecommunications System, soit la 3G.

³⁴ Long-Term Evolution, soit la 4G.

³⁵ New Radio.

³⁶ OFCOM, FAQ 5G.

³⁷ Ordonnance fédérale du 23 décembre 1999 sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI), RS 814.710.

³⁸ OFEV, ORNI 2019, p. 6.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT), RS 700.

⁴¹ ZUFFREY/SEYDOUX, p. 8.

⁴² DTAP, cas bagatelles, p. 2.

⁴³ ZUFFREY/SEYDOUX, p. 47.

⁴⁴ OFEV, ORNI 2021.

⁴⁵ DTAP, lettre 2021.

⁴⁶ DTAP, autorisation d'installations, p. 5.

⁴⁷ ZUFFREY/SEYDOUX, p. 44.

⁴⁸ DTAP, recommandations 2013, p. 4.

II. Les moratoires cantonaux romands

A. Historique

Nous aurons l'occasion, au travers du présent titre, de développer l'historique des débats dans les cantons romands autour des moratoires cantonaux romands introduits dès 2019 relatifs au déploiement de la 5G.

Dans de nombreux cas⁴⁹, l'argument principal en faveur de l'introduction de tels moratoires a été la création par la Conseillère fédérale Doris Leuthard en septembre 2018⁵⁰ d'un groupe de travail visant à répondre à la question de l'éventuelle dangerosité de la nouvelle technologie introduite par la 5G et d'évaluer si les valeurs actuelles respectaient encore les critères relatifs au principe de précaution. Dite potentielle dangerosité a également été relevée à l'automne 2017 dans le cadre d'un rapport issu du monde scientifique⁵¹. Le but du groupe de travail était de concilier à la fois de manière équitable et factuelle entre les objectifs de la Loi sur la protection de l'environnement⁵² et ceux de la Loi des télécommunications⁵³. Se fondant sur des études et sur les risques liés à la santé, plusieurs parlementaires cantonaux ont déposé des interventions invitant leurs exécutifs respectifs à introduire des moratoires cantonaux.

Certains cantons ont relevé, dès les premières interventions, qu'une telle introduction contreviendrait au droit fédéral. Cette seconde thématique sera traitée dans le prochain chapitre du présent travail.

Un moratoire, lié à des autorisations telles celles en l'espèce, constitue une mesure restrictive, qui doit reposer sur une base légale et respecter les autres principes de l'art. 36 Constitution fédérale⁵⁴ en cas d'atteinte à des droits fondamentaux. Comme on le verra, la plupart des cantons se sont limités à des décisions tendant à « suspendre les autorisations en lien avec la mise en place de nouvelles antennes »⁵⁵ prises par l'organe politique, ce qui peut poser question. Nous n'approcherons toutefois pas plus avant ce point dans la mesure où notre étude porte uniquement sur la constitutionnalité des moratoires cantonaux.

B. Les types de moratoires cantonaux

1. Vaud

En mars 2019, suivant l'exemple genevois, le Grand Conseil vaudois a été saisi par le biais d'une résolution⁵⁶, demandant l'introduction d'un moratoire lié à la 5G. Au préalable, l'instance législative cantonale avait été sensibilisée par plusieurs interventions et postulats à ce sujet⁵⁷.

Dite résolution a été traitée en avril 2019 et a largement été adoptée. Ladite résolution demandait l'introduction d'un moratoire sur l'installation d'antennes 5G, jusqu'à ce que les

⁴⁹ ETAT DE FRIBOURG.

⁵⁰ OFEV, Groupe.

⁵¹ NYBERG/HARDELL.

⁵² Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE), RS 814.01.

⁵³ DETEC, rayonnement, p. 15.

⁵⁴ Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst.), RS 101.

⁵⁵ PV-GE, 2019, des 9 et 10 avril 2019, p. 37, M 2538.

⁵⁶ BGC-VD, 2019 – n° 73, p. 14.

⁵⁷ Notamment BGC-VD, 2018 – n° 48, p. 10 et BGC-VD, 2019 – n° 72, p. 15.

conclusions de l'étude de l'Office fédéral de l'environnement⁵⁸ soient connues. Ainsi, depuis avril 2019 et ce jusqu'au 20 mai 2021, le Conseil d'Etat vaudois a officiellement⁵⁹ suspendu toute délivrance d'autorisation pour de nouvelles antennes de téléphonie mobile 5G. Par voie de conséquence, un moratoire lié à la délivrance d'autorisations pour la mise en place de nouvelles antennes 5G a été effectif du 4 avril 2019 au 20 mai 2021 en terre vaudoise. Par ailleurs, il convient de relever que les autorisations soumises au département en charge du territoire liées à la 5G avaient déjà au préalable, soit avant avril 2019, été suspendues⁶⁰.

Dès le mois de mai 2021, le Conseil d'Etat a levé le moratoire et admis que l'ensemble des modifications d'antenne seraient soumises à une procédure de permis de construire. Ainsi, la procédure des « cas bagatelles », permettant de ne pas soumettre la modification de l'antenne à permis de construire, n'est plus admise sur le territoire vaudois⁶¹. La nullité du moratoire a ensuite été tranchée dans un arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois⁶² postérieur à la levée de ce dernier par le Conseil d'Etat.

2. Genève

En mars 2019⁶³, le Grand Conseil genevois fut saisi d'une question écrite urgente concernant les mesures prises par le Conseil d'Etat en application du principe de précaution. En avril de cette même année, le Grand Conseil vota une motion⁶⁴ demandant l'instauration d'un moratoire sur la mise en place de la 5G sur l'ensemble du territoire du canton de Genève. Le Conseil d'Etat y répondit le 16 octobre 2019 en informant cette dernière que les autorisations de construire relative à l'extension du réseau de téléphonie mobile avaient été suspendues dès avril 2019. Il est à relever que cette suspension provisoire concernait l'ensemble des technologies utilisées par la téléphonie mobile, contrairement à d'autres cantons.

Fin février 2020, un projet de loi⁶⁵ visant à modifier la Loi sur les constructions et les installations diverses⁶⁶ fut déposé par des députés. Il tendait à ce qu'une demande de permis de construire soit obligatoire pour toute nouvelle adaptation d'antenne de téléphonie liée à la technologie de la 5G et de la 4G+⁶⁷. Les raisons qui ont poussé la mise en place d'un tel projet de loi sont liées à la pratique qui se serait développée depuis 2019 suite au moratoire. Selon les auteurs du projet, il était encore possible⁶⁸ d'installer de façon officieuse des antennes 5G par le biais d'adaptations d'antennes existantes. Ce projet de loi fut adopté le 27 février 2020⁶⁹, permettant ainsi de soumettre à autorisation, pour une durée de 3 ans (art. 156 al. 4 LCI),

⁵⁸ DETEC, rayonnement.

⁵⁹ ETAT DE VAUD.

⁶⁰ BGC-VD, 2019 – n°73, p. 25.

⁶¹ ETAT DE VAUD et ETAT DE VAUD, BUFFAT.

⁶² Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois AC.2020.0349 du 15 septembre 2021, c. 2.c.

⁶³ PV-GE, 2019, des 21 et 22 mars 2019, p. 9, QUE 1013.

⁶⁴ PV-GE, 2019, des 9 et 10 avril 2019, p. 37, M 2538.

⁶⁵ Projet de loi cantonale genevoise du 27 février 2020 modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) (Pour la mise en application immédiate du moratoire sur la 5G), RS GE L 5 05.

⁶⁶ Loi cantonale genevoise du 14 avril 1988 sur les constructions et les installations diverses (LCI), RS GE L 5 05.

⁶⁷ LTE Advanced.

⁶⁸ Exposé des motifs du projet de loi cantonale genevoise du 27 février 2020 modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) (Pour la mise en application immédiate du moratoire sur la 5G), RS GE L 5 05.

⁶⁹ Projet de loi cantonale genevoise du 27 février 2020 modifiant la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) (Pour la mise en application immédiate du moratoire sur la 5G), RS GE L 5 05.

l'ensemble des antennes soit construites, soit modifiées sur le plan physique ou logiciel, soit adaptées (art. 1 al. 1 let. h LCI).

Il est à relever que le texte du projet de loi ne faisait pas mention d'une interdiction de modifier ou de construire des antennes de téléphonie mobile, ceci contrairement à l'exposé du motif dudit projet de loi⁷⁰. Cependant, le Conseil d'Etat⁷¹ a informé que dans le cadre de toute procédure d'autorisation, les projets d'installation d'antennes devaient être refusés. Dans la pratique développée par le département en question, chaque demande déposée par les opérateurs ont été suspendues dans l'attente du rapport de l'OFEV⁷².

Suite à l'adoption de ce projet de loi, les opérateurs téléphoniques, *Swisscom*, *Sunrise* et *Salt* ont saisi la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice en juillet 2021⁷³. Suite au dépôt de cette saisine, la Chambre constitutionnelle de la Cour de Justice genevois accorda l'effet suspensif⁷⁴. Dans leurs écritures, les opérateurs soulevaient principalement le fait que la loi était contraire au droit supérieur. La Cour⁷⁵ a relevé que la pratique effectuée en lien avec les modifications relatives aux antennes de téléphonie mobile « *constituait à l'évidence un moratoire* ». La Cour conclut dans son arrêt que la modification de la LCI était contraire à l'ORNI⁷⁶ et au droit des télécommunications⁷⁷. Par ailleurs, elle rendait impossible l'application du droit fédéral et devait, ce faisant, être considérée comme contraire à celui-ci. La loi fut donc annulée le 15 avril 2021 par la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice⁷⁸.

Suite à cet arrêt, le Conseil d'Etat genevois leva le 28 avril 2021 la suspension des autorisations de construire pour les antennes de téléphonie mobile⁷⁹. En mai 2021, saisi d'une question d'une députée suite à l'invalidation de la loi⁸⁰, le Conseil d'Etat répondit que les services de l'Etat genevois continueraient de suivre les recommandations de la Conférence des directeurs des travaux publics de 2019⁸¹, soit de soumettre les modifications mineures à la procédure de déclaration (« *cas de bagatelles* »).

Ainsi, un moratoire lié à la délivrance d'autorisations pour la mise en place de nouvelles antennes 5G sur le territoire a été effectif dès le 10 avril 2019. Il a ensuite été complété le 27 février 2020 pour que toutes les modifications ou adaptations d'antennes en vue de la 5G ou de la 4G+ nécessitent une autorisation, soumettant ainsi ces dernières au moratoire. Ce complément fut en vigueur entre le 4 juillet 2020 (retardé par la pandémie liée à la COVID-19) et le 9 septembre 2020. Date à laquelle saisie d'un recours par les opérateurs, la Chambre

⁷⁰ Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève ACST/11/2021 du 15 avril 2021, c. 5.b.

⁷¹ *Ibid.*, c. 10.b.

⁷² DETEC, rayonnement.

⁷³ Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève ACST/11/2021 du 15 avril 2021, c. 9.

⁷⁴ *Ibid.*, c. 12.

⁷⁵ *Ibid.*, c. 10.b.

⁷⁶ *Ibid.*, c. 10.a.

⁷⁷ *Ibid.*, c. 10.b.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ RÉPUBLIQUE DE GENÈVE.

⁸⁰ PV-GE, 2021, des 29 et 30 avril 2021, p. 11, QUE 1534.

⁸¹ DTAP, autorisation d'installations.

constitutionnelle de la Cour de Justice genevoise accorda l'effet suspensif⁸². Le moratoire tomba le 28 avril 2021 suite à l'arrêt rendu par la Cour de justice⁸³.

3. Neuchâtel

Saisi par une question sur la 5G en octobre 2018⁸⁴, le Gouvernement neuchâtelois⁸⁵, déclara que les cantons et les communes ne disposaient d'aucune marge de manœuvre s'agissant d'introduire un moratoire cantonal. Il souleva subsidiairement que les communes disposaient, en vertu du droit de la police des constructions, de la possibilité de cadrer le développement de la 5G sur leur territoire communal.

Le 7 mai 2019, une recommandation⁸⁶ tendant au gel des installations d'antennes 5G fut déposée au Grand Conseil neuchâtelois. Durant la séance du 8 mai 2019, traitant notamment de cette recommandation, le Conseil d'Etat annonça⁸⁷ qu'en vertu du principe de précaution, le Canton ne rendrait aucune décision avant la communication des compléments d'information promis par le groupe de travail de l'OFEV⁸⁸. La recommandation⁸⁹ fut adoptée le 8 mai 2019. Dans ce cadre, il est nécessaire de préciser que cette recommandation ne constitue pas un moratoire, mais bien une mise en suspension des demandes dans l'attente d'un document supplémentaire. Cette approche a été confirmée durant les débats parlementaire⁹⁰ ainsi que dans une communication officielle du Conseil d'Etat⁹¹.

Par la suite, en novembre 2019, l'organe législatif adopta une recommandation⁹² visant à ce que l'ensemble des adaptations d'antennes existantes soit soumis à une procédure de permis de construire ainsi qu'à une enquête publique. Le Conseil d'Etat communiqua un mois plus tard⁹³ qu'il étendait l'obligation d'obtenir un permis de construire à l'ensemble des adaptations d'antenne. Il informa également que dans l'attente de la publication de l'OFEV de l'aide à l'exécution de l'ORNI relative à la téléphonie mobile, il ne comptait ni se prononcer sur la construction nouvelle d'antenne 5G, ni délivrer de permis de construire.

Suite à la publication des différents documents de l'OFEV en février 2021⁹⁴, cette suspension fut réévaluée. La levée de la suspension fut confirmée par la presse⁹⁵ fin avril 2021.

Pour conclure, il est donc possible de synthétiser la situation de la manière suivante : une suspension officielle des autorisations liées à de nouvelles installations 5G sur le territoire

⁸² Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève ACST/11/2021 du 15 avril 2021, c. 12.

⁸³ RÉPUBLIQUE DE GENÈVE.

⁸⁴ BGC-NE, 2018 – Séance du 2 octobre 2018, p. 200.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 201.

⁸⁶ BGC-NE, 2019 – Séance du 7 mai 2019, p. 7.

⁸⁷ BGC-NE, 2019 – Séance du 8 mai 2019, p. 129.

⁸⁸ DETEC, rayonnement.

⁸⁹ BGC-NE, 2019 – Séance du 8 mai 2019, p. 131.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 131.

⁹¹ RÉPUBLIQUE DE NEUCHÂTEL.

⁹² BGC-NE, 2019 – Séance du 6 novembre 2019, p. 94.

⁹³ RÉPUBLIQUE DE NEUCHÂTEL.

⁹⁴ OFEV, ORNI.

⁹⁵ RADIO TÉLÉVISION SUISSE, GE.

neuchâtelois fut adoptée dès le 8 mai 2019. Elle fut complétée le 3 décembre 2019 pour que toutes les modifications ou adaptations d'antennes en vue de la 5G nécessitent une autorisation, soumettant ainsi ces dernières à la suspension. Celle-ci fut réévaluée lors de la publication des différents documents de l'OFEV en février 2021⁹⁶. La levée de la suspension fut confirmée par la presse⁹⁷ à la fin du mois d'avril 2021.

4. Jura

En avril 2019⁹⁸, le Gouvernement jurassien a annoncé suspendre les procédures d'autorisation permettant la construction de nouvelles antennes 5G en lien avec le principe de précaution. Ayant reçu le 21 juin 2019 différentes informations de la part du DETEC⁹⁹, il a décidé le 26 juin 2019 de lever le gel des autorisations¹⁰⁰.

Déposée en mars 2019¹⁰¹, le parlement jurassien a été saisi d'une motion visant à introduire un moratoire sur l'installation de nouvelles antennes 5G, jusqu'à ce que les conclusions du rapport de l'OFEV soient publiées. Selon les motionnaires, ceci devait permettre que les doutes liés aux risques sanitaires soient levés. Il est à souligner que durant les débats, l'instance législative a été sensibilisée à la compétence fédérale régissant une telle demande¹⁰². Ladite motion a été adoptée le 31 octobre 2019 par le parlement jurassien¹⁰³, réintroduisant ainsi le moratoire qui avait été levé en juin 2019. Suite à la publication du rapport sur mandat du DETEC¹⁰⁴, le gel des autorisations a été levé.

Le parlement jurassien a, à nouveau, été saisi de la question par une motion¹⁰⁵ visant à élargir le moratoire aux adaptations à la 5G d'antennes existantes. Cette dernière a été soumise au parlement le 1^{er} octobre 2020¹⁰⁶. Après avoir notamment soulevé que la motion était contraire au droit fédéral, le parlement a refusé une telle extension.

En résumé, un moratoire¹⁰⁷ des autorisations liées à de nouvelles installations 5G sur le territoire a été en vigueur d'avril 2019 au 26 juin 2019, puis du 31 octobre 2019 jusqu'au 18 novembre 2019.

⁹⁶ OFEV, ORNI.

⁹⁷ RADIO TELEVISION SUISSE, GE.

⁹⁸ JdD-JU, 2019 – N°11 – Séance du 26 juin 2019, p. 436.

⁹⁹ Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication.

¹⁰⁰ JdD-JU, 2019 – N°19 – Séance du 31 octobre 2019, p. 841.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 839.

¹⁰² *Ibid.*, p. 840.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 845.

¹⁰⁴ DETEC, rayonnement.

¹⁰⁵ Motion n°1303 du 4 mars 2020 du député Ivan Godat (Verts).

¹⁰⁶ JdD-JU, 2020 – N°16 – Séance du 1 octobre 2020, non publié.

¹⁰⁷ Le canton du Jura considère le moratoire en tant que gel des autorisations.

5. Valais

En mai 2019, un postulat¹⁰⁸ a été déposé au Grand Conseil valaisan. Ce dernier demandait à l'Exécutif valaisan d'instaurer un moratoire sur le déploiement de la 5G, par le biais du gel des autorisations de construire. Ce moratoire devait durer, selon le texte déposé par les initiants, *a minima* jusqu'à la publication du rapport du groupe de travail de l'OFEV¹⁰⁹, voire jusqu'à ce que la publication d'une étude scientifique indépendante montrant la non-nocivité de la 5G pour l'être humain et la faune¹¹⁰. Ce dernier fut traité le 13 novembre 2019 et fut classé¹¹¹.

Il est à relever qu'en septembre 2021, plusieurs parlementaires ont déposé une motion pour inviter le Conseil d'Etat à mieux prévoir la planification des antennes 5G et à édicter des directives concernant leur implantation suite à la publication de l'OFEV¹¹². Cette dernière a été transmise au Conseil d'Etat en mars 2022¹¹³.

Ainsi, aucun moratoire n'a été décrété en Valais, contrairement à la majorité des autres cantons romands.

6. Fribourg

Dans le canton de Fribourg, le Grand Conseil a été très rapidement saisi de cette thématique, notamment par une question en mars 2019¹¹⁴. Cette dernière demandait la position du Conseil d'Etat concernant le principe de précaution et la téléphonie mobile. De plus, elle questionnait ce dernier afin de savoir si les Communes avaient la possibilité de décréter un moratoire sur les installations 5G. Plusieurs questions traitant notamment de la protection des citoyens contre la 5G ou de la création d'un moratoire lié à la 5G dans le canton de Fribourg ont également été déposées à cette même période¹¹⁵. Le Conseil d'Etat a répondu à l'ensemble de ces questions en mai 2019¹¹⁶. Dans ce cadre, il a tout d'abord¹¹⁷ rappelé que la Confédération a pour tâche de fournir à la population une couverture pour les télécommunications mobiles et qu'elle a une compétence exclusive pour attribuer les concessions. Se basant sur l'exhaustivité de la LPE et l'ORNI, il a relevé que les prescriptions ayant pour but de protéger contre les rayonnements non ionisants sont strictement limités par le droit fédéral. Il a également indiqué¹¹⁸ que les communes n'ont pas la possibilité de décréter un moratoire sur les installations de téléphonie mobile en vertu du droit fédéral. Dans une autre réponse¹¹⁹, il a même ajouté qu'il s'estimait incompétent pour décréter un moratoire sur les installations 5G.

¹⁰⁸ Postulat concernant un *Moratoire sur le déploiement de la 5G en Valais*, 2019.11_POS_5.0430.

¹⁰⁹ DETEC, rayonnement.

¹¹⁰ Postulat concernant un *Moratoire sur le déploiement de la 5G en Valais*, 2019.11_POS_5.0430.

¹¹¹ RADIO TÉLÉVISION SUISSE, VS.

¹¹² OFEV, ORNI.

¹¹³ VS 2022.

¹¹⁴ Question 2019-CE-66, *Déploiement de la téléphonie mobile 5G, principe de précaution, marge de manœuvre des communes*, 25 mars 2019.

¹¹⁵ Notamment les deux objets parlementaires suivant : Question 2019-CE-74, *Protection des citoyens contre la 5G*, 27 mars 2019 ; Question 2019-CE-76, *Un moratoire de la 5G*, 27 mars 2019.

¹¹⁶ ETAT DE FRIBOURG.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 6.

Il est à relever que ces réponses¹²⁰ apportent des indications supplémentaires sur les pratiques liées aux autorisations de constructions relatives à l'implantation d'antennes de téléphonie. Le Conseil d'Etat fribourgeois a informé par lettres du 28 mai 2019 les autorités en charge de la délivrance des autorisations de construire que l'ensemble des installations de téléphonie mobile, faisant l'objet d'une nouvelle construction ou d'une adaptation devaient être soumises à la procédure ordinaire. Ce faisant, le canton de Fribourg s'est écarté de la procédure des « cas bagatelle », s'écartant ainsi de la recommandation de la DTAP¹²¹ édictée en 2019, concernant les « *cas bagatelle* »¹²². Cette décision a pour but d'assurer une transparence auprès de la population et de respecter les droits des administrés.

Ainsi, aucun gel ou moratoire n'a été décrété dans le canton de Fribourg, contrairement à la majorité des autres cantons romands.

C. Analyse de la constitutionnalité des moratoires cantonaux

1. Introduction

Après avoir passé en revue l'historique des différents moratoires cantonaux effectués ces dernières années, il est à présent nécessaire d'analyser les différents domaines du droit liés aux installations de téléphonie, afin d'examiner si ceux-ci permettent la création des différents moratoires. Nous analyserons également les éventuelles contradictions engendrées par l'adoption de réglementations cantonales contraires au droit fédéral en matière de 5G.

Ainsi, nous examinerons par le prisme du droit constitutionnel, tout d'abord le droit des télécommunications, ensuite le droit de l'environnement, accompagné du droit de l'aménagement du territoire et de la police des constructions, pour finir avec le droit de la protection de la nature et du paysage.

2. Les compétences cantonales

a. De la primauté du droit fédéral

En vertu de l'art. 3 Cst., les cantons sont souverains tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution. Ce système fédéraliste est inspiré par les Etats-Unis d'Amérique¹²³. La Confédération, en vertu de l'art. 42 Cst., accomplit les tâches qui lui sont attribuées par la Constitution. De par l'existence de législations cantonales dans les vingt-six cantons qui composent notre Confédération, un conflit de compétence semble inévitable avec le droit fédéral¹²⁴.

La disposition topique en lien avec les conflits¹²⁵ de normes et de compétences entre les cantons et la Confédération est l'art. 49 Cst. Selon la doctrine¹²⁶, cette disposition constitue une « *règle matérielle de conflit* » qui ne vise que les rapports entre législations fédérales et cantonales et non entre actes d'application du droit¹²⁷. Dans ce cadre, l'art. 49 Cst. prévoit la primauté du

¹²⁰ ETAT DE FRIBOURG, p. 5.

¹²¹ Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement.

¹²² DTAP, autorisation d'installations.

¹²³ GONIN, p. 426.

¹²⁴ MALINVERNI, p. 407 N 1104.

¹²⁵ BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 11.

¹²⁶ MALINVERNI, p. 407 N 1105.

¹²⁷ BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 8.

droit fédéral au droit cantonal. La doctrine¹²⁸ résume souvent le principe déduit de cette disposition constitutionnelle par l'adage allemand « *Bundesrecht bricht kantonales Recht* »¹²⁹. Selon le Message accompagnant la Constitution fédérale de 1999, ledit article permet de « contribuer à l'unité de l'ordre juridique »¹³⁰. En effet, le but premier d'un tel article est de créer un ordre juridique uniforme, sans contradictions¹³¹. En l'absence de celui-ci, la Confédération risquerait d'être minée de l'intérieur¹³². De plus, sans ce principe, le droit fédéral deviendrait subsidiaire, ce qui limiterait son champ application au cas d'un défaut de règle cantonale¹³³. Ainsi si une norme cantonale est contraire à une norme fédérale, la norme fédérale primera la norme cantonale.

Cependant, il est trop étroit de réduire la réflexion à une telle maxime. En effet, encore faut-il que la norme fédérale soit issue d'une compétence de la Confédération en vertu de l'art. 42 Cst. et que cette dernière ait légiféré en la matière¹³⁴. Il faut toutefois nuancer cette affirmation¹³⁵ en lien avec l'application de l'art. 190 Cst. qui prévoit que « *le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales (...)* ». L'interprétation des règles cantonales et fédérales permettra de connaître s'il existe ou non un conflit¹³⁶ de compétence.

La doctrine esquisse trois cas d'application de conflits de compétences¹³⁷ : on peut se retrouver en présence de règles différentes de même nature, adoptées dans le même domaine, ou de règles identiques de même nature, adoptées dans le même domaine, ou de règles de nature différente adoptées dans le même domaine. Dans ce cadre, il est bon de mettre d'ores et déjà en exergue le fait qu'il est également admis que le mot « contraire » comprend également une disposition qui serait identique, mais prévue par le droit cantonal¹³⁸.

À titre liminaire, il convient de rappeler qu'il existe des différents types de compétences fédérales utiles pour le présent travail. La Constitution prévoit notamment des compétences exclusives¹³⁹, soit qu'il n'existe aucune place pour la législation cantonale dès l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle, des compétences concurrentes non limitées aux principes¹⁴⁰, soit que la législation cantonale peut continuer à exister aux côtés de l'attribution de la compétence à la Confédération, sauf si cette dernière épuise la matière, des compétences concurrentes limitées aux principes¹⁴¹, soit que la Confédération peut légiférer qu'en suivant les principes afin de créer une législation-cadre, puis des compétences parallèles¹⁴², soit la coexistence durable de compétences fédérales et cantonales.

¹²⁸ PAPAUX/CERTTUI I, p. 273, MALINVERNI, p. 407 N 1106.

¹²⁹ *Le droit fédéral brise le droit cantonal.*

¹³⁰ FF 1997 I 1, 218.

¹³¹ BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 3.

¹³² CR Cst MARTENET, Art. 49 N 8.

¹³³ AUBERT/MAHON, p. 424 N 11.

¹³⁴ CR Cst MARTENET, Art. 49 N 12.

¹³⁵ ATF 91 I 17, c. 2.

¹³⁶ MALINVERNI, p. 414 N 1127.

¹³⁷ CR Cst MARTENET, Art. 49 N 24.

¹³⁸ PAPAUX/CERUTTI II, p. 154.

¹³⁹ CR Cst MARTENET, Art. 3 N 48.

¹⁴⁰ *Ibid.*, Art. 3 N 51.

¹⁴¹ CR Cst MARTENET, Art. 3 N 54.

¹⁴² *Ibid.*, Art. 3 N 60.

Dans le premier cas, il est nécessaire que ces règles soient de même nature, soit appartenant au droit public ou au droit pénal ou au droit privé¹⁴³. Ainsi une règle cantonale prévoyant une conséquence juridique différente du droit fédéral est incompatible avec celui-ci. Toutefois la jurisprudence¹⁴⁴ a retenu qu'en cas de concours ou cumul positif de règles, soit lorsque les conséquences juridiques de la règle se rattachent à des critères factuels différents ou poursuivent des buts différents, les règles sont cumulativement applicables. Cependant, il convient encore de souligner que les cantons peuvent également perdre complètement la compétence de légiférer dans le cas où le législateur fédéral souhaite réglementer de manière complète et exhaustive¹⁴⁵.

Le deuxième cas consiste en la reprise, avec la même teneur, du droit fédéral par le droit cantonal de la législation fédérale. En cas de compétence concurrente¹⁴⁶, les règles issues de la législation cantonale ne disposeront pas d'une portée juridique propre. En cas de compétence exhaustive en faveur de la Confédération, les règles cantonales seraient considérées comme nulles ou non valables¹⁴⁷, y compris si ces règles sont identiques, de même nature et dans le même domaine.

Le dernier cas concerne principalement des règles de droit public cantonal qui sont en concours avec des règles de droit civil fédéral¹⁴⁸. Cette situation découle de l'art. 6 Code civil suisse¹⁴⁹. Le Tribunal fédéral a, dans une jurisprudence abondante¹⁵⁰, dégagé trois critères cumulatifs afin d'autoriser le canton à édicter de telles règles de droit. Ainsi, il faut que « le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de manière exhaustive, que les règles cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et, enfin, qu'elles n'éluent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit civil fédéral »¹⁵¹. Dès lors, le droit cantonal peut ainsi influencer sur la portée de la disposition fédérale et la compléter¹⁵².

b. La compatibilité d'une législation cantonale sur la 5G avec les compétences fédérales

À travers le présent travail, nous examinerons la conformité des règles cantonales sur la 5G au regard de la législation fédérale, notamment le droit de l'environnement, le droit des télécommunications, de l'aménagement du territoire, ainsi que de la protection de la nature et du patrimoine.

En effet, lorsqu'un canton légifère dans un domaine tel que les télécommunications, notamment en mettant en place un moratoire lié à la 5G, il faut au préalable déterminer si la règle est de nature pénale, civile ou publique. Dans ce cadre, nous pouvons admettre que les moratoires

¹⁴³ CR Cst MARTENET, Art. 49 N 24.

¹⁴⁴ ATF 142 II 369, c. 5.3 ; ATF 141 II 66, c. 2.4.1.

¹⁴⁵ CR Cst MARTENET, Art. 49 N 25.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Art. 49 N 28.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ ATF 143 I 403, c. 7.1.

¹⁴⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS.210.

¹⁵⁰ Voir notamment ATF 137 I 135, c. 2.5.2 ; ATF 135 I 233, c. 8.2 ; ATF 135 I 106, c. 2.1 et ATF 131 I 333, c. 2.1.

¹⁵¹ ATF 143 I 403, c. 7.1.

¹⁵² CR Cst MARTENET, Art. 49 N 33.

litigieux, liés à la protection de l'environnement, au droit des télécommunications ou à l'aménagement du territoire relèvent du droit public¹⁵³.

Ainsi, nous pouvons exclure la troisième hypothèse, relative au conflit de compétence avec des règles de nature différentes, prévue par la doctrine. En effet, le droit fédéral édicté dans ces domaines précités découle du droit public selon notamment les art. 74 et 75 Cst.

Ensuite, il convient de déterminer si les règles cantonales sont identiques ou différentes de celles du droit fédéral pour déterminer si nous trouvons dans la première ou la deuxième hypothèse doctrinale exposée dans le chapitre précédent. Dans cette optique, nous examinerons en détail dans les chapitres suivants si les règles issues de certains droits cantonaux romands diffèrent ou sont identiques à celles posées par le droit fédéral.

Dans le cas où ces dernières seraient différentes, ce qui engendrerait l'application de la première solution doctrinale, les conséquences liées aux règles cantonales seraient en contradiction avec celles prévues par le droit fédéral. Dès lors, les règles cantonales seraient en principe incompatibles avec les règles fédérales en vertu de l'art. 49 Cst. Une exception tirée de la jurisprudence¹⁵⁴ pourrait cependant trouver son application, permettant ainsi aux règles de droit cantonal de subsister. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, « *si des règles rattachent des conséquences juridiques à des critères factuels différents ou poursuivent des buts différents* »¹⁵⁵, elles peuvent subsister. Il conviendra dès lors d'examiner également dans les prochains chapitres si une telle exception peut trouver application.

3. Le droit des télécommunications

a. Du mandat constitutionnel à la Loi sur les télécommunications

L'art. 92 al. 1 Cst. prévoit que les services de télécommunications relèvent de la Confédération. Ainsi la compétence peut être considérée comme globale¹⁵⁶ et exclusive¹⁵⁷. La législation cantonale ne peut donc prévoir de norme en la matière.

L'art. 92 al. 2 Cst, quant à lui, instaure un service universel. En effet, en vertu de cet alinéa, « *la Confédération veille à ce qu'un service universel suffisant (...) en matière de télécommunications soit assuré à des prix raisonnables dans toutes les régions du pays* »¹⁵⁸. Comme le relève la doctrine¹⁵⁹, ni la Constitution, ni la Loi sur les télécommunications¹⁶⁰ ne permet de savoir si la téléphonie mobile fait partie ou non du service universel¹⁶¹. Pour le déterminer, il convient de s'appuyer sur l'art. 15 OST¹⁶², lequel détermine le contenu du service universel. À la lecture de celui-ci, il est possible de conclure que le service universel ne comprend en principe pas la téléphonie mobile. Cette approche est également confirmée par

¹⁵³ PAPAUX/CERTTUI I, p. 183.

¹⁵⁴ ATF 143 I 252, c. 2.2.

¹⁵⁵ ATF 142 II 369, c. 5.3, JdT 2017 I 62.

¹⁵⁶ BONDALLAZ, p. 62 N 206.

¹⁵⁷ CR Cst BOVET, Art. 92 N 1.

¹⁵⁸ Art. 92 al. 2 Cst.

¹⁵⁹ GRIFFEL, p. 94.

¹⁶⁰ Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC), RS 784.10.

¹⁶¹ Art. 16 al. 3 LTC.

¹⁶² Ordonnance fédérale du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (OST), RS 784.101.1.

l'administration fédérale¹⁶³. Parmi les raisons invoquées par l'OFCOM^{164 165}, pour exclure la téléphonie mobile du service universel, figure le fait que le marché actuel se développe de manière satisfaisante et que les réseaux mobiles desservent déjà la quasi-intégralité de la population. Ce raisonnement est également reconnu par la doctrine¹⁶⁶.

En somme, nous pouvons retenir que le contenu du service universel est décidé par le Conseil fédéral et que la téléphonie mobile n'y est pas incluse. Toutefois, une exception est prévue à l'art. 18 OST en ce qui concerne les raccordements hors des zones habitées. Cette hypothèse concerne les lieux où la téléphonie fixe n'est pas disponible et que le client demande au concessionnaire d'utiliser une autre technique, soit la téléphonie mobile par exemple. Dans un tel cas uniquement, le concessionnaire du service universel peut utiliser la technologie mobile¹⁶⁷.

Depuis la libéralisation du marché en 1998, une concurrence libre¹⁶⁸ est en vigueur sur le marché des télécommunications helvétique. Dite libéralisation s'est produite notamment suite à la signature par la Suisse de l'Accord général sur le commerce des services de l'OMC¹⁶⁹. Un tel objectif est également partagé par le Conseil fédéral¹⁷⁰, pour lequel la libéralisation devait, à titre d'exemple, entraîner une augmentation de la productivité, favoriser l'innovation ainsi que faire baisser les tarifs de télécommunication, tout en favorisant la place économique suisse. Dans ce cadre, nous pouvons relever que l'ancien droit, soit avant la libéralisation, aurait été contraire aux principes fondamentaux de l'OMC concernant le libre-échange¹⁷¹.

L'art. 1 LTC stipule qu'« *un service de télécommunication universel sûr et d'un prix abordable |doit être| fourni à toutes les catégories de la population et dans tout le pays* »¹⁷² et ce dernier doit « *permett|re| une concurrence efficace en matière de services de télécommunication* »¹⁷³. Dite concurrence au niveau des infrastructures doit être encouragée par des normes législatives appropriées, selon le Message du Conseil fédéral¹⁷⁴. D'après l'OFEV, la libre concurrence présente sur le marché devrait en effet permettre de créer une desserte de haute qualité en Suisse¹⁷⁵. En outre, le Tribunal fédéral a eu récemment l'occasion de rappeler que¹⁷⁶ « *les dispositions liées au droit de la police des constructions ne doivent pas entraver ou rendre indûment difficile l'accomplissement par les opérateurs téléphoniques de leur obligation de*

¹⁶³ OFEV, Guide téléphonie, p. 18.

¹⁶⁴ Office fédéral de la communication.

¹⁶⁵ OFCOM, FAQ 5G.

¹⁶⁶ A titre d'exemple, JUNGO, p. 299.

¹⁶⁷ Cette solution était prévue également par l'Ordonnance de DETEC du 15 décembre 1997 sur les raccordements de télécommunication situés hors des zones habitées, RS 784.101.12 qui a été abrogée et remplacée par l'art. 18 OST. La FAQ service universel en matière de télécommunications de l'OFCOM confirme également cette approche (OFCOM, FAQ 5G).

¹⁶⁸ BONDALLAZ, p. 62 N 210.

¹⁶⁹ Accord international instituant l'Organisation mondiale du commerce (GATS), RS 0.632.20.

¹⁷⁰ FF 1996 III 1361, 1426.

¹⁷¹ CF, rapport 2022, p. 27.

¹⁷² Art. 1 al. 2 let. a LTC.

¹⁷³ Art. 1 al. 2 let. c LTC.

¹⁷⁴ FF 1996 III 1361, 1374.

¹⁷⁵ OFEV, Guide téléphonie, p. 18.

¹⁷⁶ ATF 141 II 245, c. 7.1.

prestation de services conformément à la LTC »¹⁷⁷. De plus, toujours selon la Haute Cour le droit inférieur ne doit pas rendre impossible ou compliquer à l'excès la réalisation de l'obligation de couverture incombant à l'opérateur en vertu du droit fédéral¹⁷⁸. Avec la réforme de 2007, en particulier lors de la suppression des concessions de services de télécommunication¹⁷⁹, une autorisation générale d'offrir des services de télécommunication est présente dans la loi en faveur des opérateurs. La conséquence directe de cette modification a été l'encouragement de la libre concurrence.

Par ailleurs, la doctrine¹⁸⁰ reconnaît qu'il existe un intérêt public à la fourniture de services de téléphonie mobile au-delà du service universel. Le Tribunal fédéral a également admis un intérêt à disposer d'un réseau de téléphonie mobile de bonne qualité et d'une concurrence efficace entre les fournisseurs de téléphonie mobile¹⁸¹. Dans ce cadre, la couverture doit s'étendre tant aux zones à bâtir, qu'aux zones de non-construction, qu'aux routes ainsi qu'aux voies de chemin de fer la traversant¹⁸². Ce but légal, soit la couverture mobile, a pour conséquence directe l'implantation de nombreuses antennes téléphoniques¹⁸³. Certains¹⁸⁴ qualifient cette obligation de « *mandat de desserte comprenant une infrastructure fonctionnant de manière irréprouvable* ».

En vertu de l'art. 22a LTC, la Commission fédérale de la communication octroie les concessions pour l'utilisation du spectre des fréquences de radiocommunication. Le contenu de ces concessions définit les fins et les conditions que le concessionnaire doit respecter pour utiliser le spectre des fréquences qui lui est attribué. Il est à relever que les concessions actuellement délivrées ne prévoient que des exigences minimales quant à la couverture à atteindre et que la technologie de télécommunication est neutre¹⁸⁵.

Un des arguments soulevé à plusieurs reprises par les opérateurs, par exemple dans le cadre d'une procédure devant notre Haute Instance, est qu'afin de respecter les obligations liées à leurs concessions et la demande de volume de données doublant chaque année des emplacements supplémentaires sont nécessaires pour développer leur réseau¹⁸⁶. Cet argument tend ainsi à justifier l'implantation de nouvelles antennes. Dans le cadre de la même procédure¹⁸⁷, l'opérateur relève qu'une couverture de plus grande distance entraînerait un service de moins bonne qualité. Par ailleurs, il convient de relever que l'art. 36 LTC confère un droit d'expropriation qui peut être conféré à un opérateur pour la mise en place d'une antenne dans un intérêt public. Cette disposition est une démonstration concrète de l'intérêt public que possède la téléphonie mobile¹⁸⁸.

¹⁷⁷ En particulier l'art. 1 al. 2 let. a et c LTC.

¹⁷⁸ Arrêt du Tribunal fédéral arrêt 1C_231/2016 du 21 novembre 2016, c. 4.1.3.

¹⁷⁹ FF 2003 7245, 7258.

¹⁸⁰ GRIFFEL p. 94.

¹⁸¹ TF, arrêt 1C_318/2011 du 8 novembre 2011, c. 2.

¹⁸² ATF 138 II 570, c.4.2.

¹⁸³ BRULHART, p. 856.

¹⁸⁴ OFEV, Guide téléphonie, p. 5.

¹⁸⁵ CF, rapport 2022, p. 28.

¹⁸⁶ ATF 138 II 173, c. 6.1, JdT 2013 I 299.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ OFEV, Guide téléphonie, p. 19.

b. La place du droit des télécommunications avec une législation cantonale concernant la 5G

Comme nous avons pu l'exposer précédemment, il existe plusieurs intérêts publics reconnus par le Tribunal fédéral en droit des télécommunications, notamment la fourniture de services de téléphonie et la création d'un réseau de bonne qualité accompagné d'une concurrence efficace entre les opérateurs¹⁸⁹. Dans ce cadre, comme le rappelle la prise de position commune de l'OFEV et de l'OFCOM¹⁹⁰, les dispositions de droit cantonal ne sont admissibles que si elles n'entraînent pas de violation des intérêts publics issus du droit des télécommunication.

Ainsi, et comme l'a admis la Cour constitutionnelle genevoise¹⁹¹, la loi cantonale adoptée par le canton de Genève établissant un moratoire cantonal sur la 5G est contraire au droit fédéral. La Cour a basé son raisonnement tout d'abord sur le fait que la nouvelle avait pour conséquence directe que le respect de l'obligation de couverture par les opérateurs était rendu impossible. De plus, l'application prévue desdites normes tendait au même résultat. En outre, la nouvelle ne permettait pas aux opérateurs de fournir leur service en tenant compte des besoins futurs et des évolutions techniques des télécommunications, ainsi que d'adapter leur réseau à ces changements¹⁹².

Aussi, le Tribunal fédéral a retenu qu'une interdiction étendue des antennes de téléphonie mobile dans des zones à bâtir serait contraire au droit des télécommunication¹⁹³. De plus, il retient qu'un tel moratoire contreviendrait à la libre concurrence des opérateurs¹⁹⁴, étant donné que l'art. 1 LTC ne pourrait plus être respecté. Dans ce cadre, à notre sens, une telle interdiction favoriserait l'opérateur historique, lequel dispose d'ores et déjà de ressources plus importantes pour le déploiement de la 5G, ou celui disposant d'un réseau antérieur d'une qualité supérieure, notamment la 4G+ à Genève.

Dès lors, il est possible de conclure, comme l'a fait la Cour de justice genevoise, que de telles dispositions ne sont pas conformes au droit fédéral, en violation des intérêts publics du droit des télécommunications. Par ailleurs, l'exception à l'art. 49 Cst. tirée de la jurisprudence¹⁹⁵ – soit la possibilité du cumul de règles si elles poursuivent des buts différents – ne trouve pas application. En effet, le but recherché dans le cadre du moratoire genevois équivaut à celui de la législation fédérale, soit de réglementer le marché des télécommunications. Partant, un tel moratoire n'est pas conciliable avec le droit fédéral en application de l'art. 49 Cst. Aussi, une interdiction étendue des antennes de téléphonie mobile dans des zones à bâtir serait contraire au droit des télécommunication comme l'a retenu le Tribunal fédéral¹⁹⁶, rendant ainsi un tel moratoire non compatible avec le droit des télécommunications.

Un tel raisonnement peut être appliqué par analogie aux autres moratoires ou gel des autorisations émis par les autres cantons romands.

¹⁸⁹ TF, arrêt 1C_318/2011 du 8 novembre 2011, c. 2.

¹⁹⁰ OFEV/OFCOM, 5G.

¹⁹¹ Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève ACST/11/2021 du 15 avril 2021, c. 10.b.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ TF, arrêt 1C_318/2011 du 8 novembre 2011, c. 2.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ ATF 142 II 369, c. 5.3 ; ATF 141 II 66, c. 2.4.1.

¹⁹⁶ TF, arrêt 1C_318/2011 du 8 novembre 2011, c. 2.

4. Le droit de l'environnement

a. Du mandat constitutionnel à la Loi sur la protection de l'environnement

L'art. 74 Cst. prévoit la « *protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles et incommodes* ». Dans cette optique, les autorités fédérales disposent d'une compétence législative générale, globale¹⁹⁷ et concurrente¹⁹⁸. De ce fait, la compétence de la Confédération n'est pas limitée au principe, cette dernière pouvant légiférer dans ce domaine.

De cette disposition découle notamment la Loi sur la protection de l'environnement. Avec l'adoption de la LPE, le Conseil fédéral a fait usage de sa compétence¹⁹⁹. Dès lors, les cantons peuvent légiférer uniquement si la Confédération n'a pas fait définitivement usage de celle-ci²⁰⁰.

Les dispositions topiques de la LPE concernant la limitation du rayonnement non ionisant se trouvent essentiellement aux art. 11 à 18 LPE. En vertu de l'art. 11 LPE, les émissions du rayonnement non ionisant doivent être limitées²⁰¹ selon le principe de précaution. En application de ce dernier, les émissions doivent être limitées autant que le permettent l'état technique et les conditions d'exploitation, ce pour autant que cela soit économiquement supportable²⁰². En d'autres mots, selon le rapport du Conseil fédéral²⁰³, le principe de précaution repose sur « *l'idée d'éviter les risques incalculables et de prévoir une marge de sécurité pour tenir compte des incertitudes sur les effets à long terme des nuisances* ».

L'art. 7 al. 2 LPE distingue les émissions et les immissions. Si les premières sont les pollutions au sortir de l'installation, les secondes sont celles au lieu de leur effet²⁰⁴. Une délégation à l'exécutif fédéral est prévue en ce qui concerne les émissions à l'art. 12 al. 2 LPE, lequel prévoit que les valeurs limites de ces dernières figurent dans des ordonnances. Concernant les valeurs limites d'immissions, une délégation est également prévue à l'art. 13 LPE. Aux côtés des deux délégations précitées et de l'art. 39 al. 1 LPE, le Conseil fédéral a adopté l'Ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant, communément appelée ORNI. Avant l'adoption de cette ordonnance, l'art. 14 LPE, lequel se rapporte aux valeurs limites d'immissions des pollutions atmosphériques, était appliqué par analogie dans certains cas²⁰⁵.

¹⁹⁷ FAVRE, p. 2146.

¹⁹⁸ CR Cst FAVRE, Art. 74 N 14.

¹⁹⁹ TF, arrêt 1A.14/2006 du 18 août 2006, c. 2.3.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ ATF 126 II 399, c. 3a, JdT 2001 I 704.

²⁰² Art. 11 al. 2 LPE.

²⁰³ CF, rapport 2022, p. 17.

²⁰⁴ ATF 120 Ib 436, c. 2.

²⁰⁵ GRIFFEL Umweltrecht, p. 140.

b. L'Ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant

Adoptée en décembre 1999²⁰⁶ par le Conseil fédéral, l'ORNI est entrée en vigueur le 1^{er} février 2000. Dans ce cadre, le rayonnement peut être défini et considéré comme un moyen de transport permettant la transmission d'informations sans fil²⁰⁷.

Fondée sur la LPE et de la LAT, l'ordonnance, à son origine, avait pour but de protéger la population de l'*electrosmog* nuisible²⁰⁸. Au travers de ses articles, cette ordonnance détermine des valeurs maximales pour l'exposition de courte durée au rayonnement, dans le but de prévenir les risques d'atteinte à la santé²⁰⁹. Elle s'applique, en vertu de son art. 2 al. 1 let. a ORNI, aux installations de téléphonie utilisant des fréquences allant de 0 Hz à 300 GHz.

L'ORNI distingue les valeurs limites d'immission des valeurs limites de l'installation. Les valeurs limites d'immission visent à protéger les personnes contre les dangers scientifiquement prouvés et acceptés concernant le rayonnement²¹⁰. Ces valeurs sont déterminées dans l'Annexe 2 de l'ORNI, laquelle reprend les valeurs définies par la Commission internationale de protection des radiations non ionisantes. En vertu de l'art. 13 ORNI, dites valeurs doivent être respectées partout où des personnes peuvent séjourner.

Concernant la valeur limite de l'installation, l'ORNI définit le rayonnement admis pour une installation. En vertu de l'art. 75 ORNI, celle-ci ne doit pas être dépassée par les nouvelles et anciennes installations dans les lieux à utilisation sensible. Elle est environ dix fois plus stricte que les valeurs limites d'immission²¹¹. Les lieux à utilisation sensibles sont délimités à l'art. 3 al. 3 ORNI. Ce sont notamment les habitations, les places de jeux définies dans un plan d'aménagement, les écoles, les hôpitaux et les postes de travail réguliers. En vertu du principe de précaution²¹², le Conseil fédéral a déterminé des valeurs limites de l'installation aussi basses que possible selon les connaissances techniques et opérationnelles, tout en adoptant une marge suffisante en lien avec de potentielles atteintes à la santé²¹³. Dans ce cadre, certains auteurs²¹⁴ affirment même que cette ordonnance est « *une manière de traduire le principe de précaution dans notre ordre juridique* ».

Par ailleurs, l'art. 2 ORNI traite, dans le cadre du champ d'application de l'ordonnance, de la notion d'installations stationnaires²¹⁵. Dans ce cadre, il renvoie à la notion d'antennes émettrices de radiocommunication²¹⁶. Il est à relever que l'ORNI n'est pas applicable aux téléphones portables en vertu de l'art. 2 al. 2 let. d ORNI.

Concernant la conformité de l'ORNI à la LPE, notamment à l'art. 13 LPE, le Tribunal fédéral²¹⁷ a eu l'occasion de confirmer que le Conseil fédéral n'avait pas outrepassé ses compétences.

²⁰⁶ RO 2000 213.

²⁰⁷ OFEV, *électrosmog*, p. 39.

²⁰⁸ CF, *électrosmog*.

²⁰⁹ OFEV, *électrosmog*, p. 16.

²¹⁰ CF, rapport 2022, p.17 ; EIGENMANN/ROUSSIANOS, p. 97.

²¹¹ CF, rapport 2022, p.18.

²¹² Art. 11 al. 2 LPE.

²¹³ TF, arrêt 1C_97/2018 du 3 septembre 2019, c. 3.1, RDAF 2021 I 182, DEP 2020 p. 543-551.

²¹⁴ BRULHART, p. 858.

²¹⁵ Art. 2 al. 1 let. a ORNI.

²¹⁶ Annexe I ch. 62 al. 1 ORNI.

²¹⁷ ATF 126 II 399, c. 4, JdT 2001 I 704.

À cette occasion, la doctrine²¹⁸ et le Tribunal fédéral²¹⁹ admettent que l'art. 49 Cst., soit le principe de la primauté du droit fédéral, produit l'invalidation d'une règle fédérale qui ne serait pas couverte par l'art. 190 Cst. Afin d'illustrer notre propos, nous pouvons prendre un exemple fictif, se basant sur une version nouvelle de l'ORNI. Dans cette hypothèse, dite ordonnance définirait des valeurs de seuil supérieures qui ne respecteraient pas le principe de précaution. La nouvelle ORNI sortirait donc du mandat posé par la LPE. Dans ce cadre, l'ORNI, selon son préambule, est une ordonnance dépendante²²⁰ notamment de la LPE. Comme elle contiendrait des règles qui dépassent ses prérogatives légales, il convient de considérer que ces dernières seraient des règles primaires²²¹ qui pourraient ne plus être protégées par l'art. 190 Cst.²²². La version nouvelle de l'ORNI permettrait ainsi aux cantons d'autoriser des antennes qui ne respecteraient pas le principe de précaution. À l'occasion d'un litige ou de façon abstraite, un tribunal pourrait donc en vertu de la primauté du droit fédéral invalider une ordonnance fédérale. Dès lors, certains auteurs²²³ qualifient une telle invalidation comme étant selon l'adage « *kantonales Recht bricht Bundesrecht* »²²⁴.

À titre liminaire, il convient de rappeler que les termes utilisés dans l'ORNI ne dépendent pas d'une technologie en particulier²²⁵. Les valeurs limites d'installation et d'immissions mentionnées dans l'ORNI sont donc neutres sur le plan technologique²²⁶. Dès lors, leur application est uniforme peu importe la technologie en question. Par voie de conséquence, son champ d'application en matière de téléphonie mobile s'étend tant au GSM, à la LTE qu'à la New Radio. En vertu de l'art. 17 ORNI, les cantons sont chargés de l'exécution de cette dernière.

c. Les immissions idéales en vertu du Code civil

En guise d'introduction, il convient de mettre en exergue le fait que l'art. 684 CC concernant le droit de voisinage peut trouver application en matière de rayonnement, en particulier son alinéa deuxième. Dès lors, qualifié d'immission positive²²⁷, le rayonnement excessif pourrait être limité en vertu du droit civil²²⁸. Dans le présent chapitre, nous ne proposerons qu'une vue d'ensemble de la problématique, le présent travail se concentrant globalement sur les aspects de droit public liés au développement d'un réseau de téléphonie mobile.

Suite à de récents développements effectués par la doctrine²²⁹, les immissions idéales ont fait leur place dans les mémoires de recours contre les antennes de téléphonie mobile. Les immissions idéales constituent des impressions psychiques désagréables perçues par la

²¹⁸ MALINVERNI, p. 418 N 1138.

²¹⁹ ATF 121 III 97, c. 2, JdT 1996 I 667.

²²⁰ ATF 126 II 399, c. 4a, JdT 2001 I 704.

²²¹ MALINVERNI, p. 743 N 2010.

²²² ATF 131 V 9, c. 3.4.1.

²²³ AUBERT/MAHON, p. 423 N 8.

²²⁴ Le droit cantonal brise le droit fédéral.

²²⁵ OFEV, ORNI, p. 3.

²²⁶ OFEV, ORNI, p. 5.

²²⁷ CR CC II PIOTET, art 684 N 21.

²²⁸ EIGENMANN/ROUSSIANOS, p. 101.

²²⁹ REY, p. 163.

population²³⁰ entraînant le fait que l'environnement est perçu comme étant peu sûr, inesthétique ou désagréable²³¹.

Bien que conformes aux normes liées à la protection de l'environnement, les antennes de téléphonie mobile peuvent déclencher auprès de la population ces effets indésirables²³². Par conséquent, elles peuvent être limitées par des prescriptions de planification et de construction cantonales ou communales en sus de la protection prévue par le droit privé fédéral, soit par l'art. 684 CC²³³. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de clarifier les contours de la définition des immissions idéales lors de l'implantation d'une antenne de téléphonie mobile²³⁴. Ainsi, ces dernières ne peuvent être supposées que si, d'un point de vue objectif, il est reconnaissable, même pour un riverain ayant des connaissances générales, qu'il s'agit d'une construction ou d'un élément d'une installation de téléphonie mobile²³⁵. Cette jurisprudence est issue d'un cas où les opérateurs avaient dissimulé l'antenne dans une construction préalable et que des éléments externes étaient visibles pour les riverains. Ainsi, les opérateurs souhaitaient que ces installations ne puissent être considérées dans le cadre des immissions idéales.

Au vu de la protection déduite de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les immissions idéales, un règlement communal relatif à la police des constructions peut protéger davantage les zones d'habitation. Ainsi, elle autorise une collectivité locale à prévoir que seules sont autorisées les antennes de téléphonie qui présentent un lien fonctionnel avec la zone, lesquelles doivent avoir de surcroît des dimensions et une puissance adaptées à la zone purement résidentielle²³⁶. Dans une zone mixte, soit une zone à l'intérieur de laquelle plusieurs affectations coexistent telle une zone d'habitation et d'activités commerciales²³⁷, si l'habitation n'est pas dominante, cette exception n'a pas été admise par le Tribunal fédéral²³⁸.

Si nous appliquons par analogie ce développement jurisprudentiel dans le contexte des moratoires cantonaux, une réglementation limitant la 5G à l'intérieur des zones résidentielles, notamment en limitant la taille et la puissance des antennes dans les zones d'habitation, pourrait être admissible. Cependant, dite réglementation ne devrait concerner que ces zones, tout au plus des zones mixtes avec habitation prépondérante. Toutefois une telle réglementation se heurterait à la législation – et aux intérêts publics sous-jacents – issus du droit des télécommunications, en particulier la jurisprudence dégagée en matière d'interdiction étendue en zone à bâtir²³⁹.

Eu égard à la jurisprudence précitée, une telle interdiction ne serait à notre sens pas admissible pour l'ensemble des zones d'habitation d'un territoire cantonal. En effet, la perception négative liée aux immissions idéales ne peut pas être identique d'une population à une autre et d'un

²³⁰ REY, p. 163.

²³¹ ATF 138 II 173, c. 7.4.3.

²³² ATF 133 II 321, c. 4.3.3.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ TF, arrêt 1C_451/2017 du 30 mai 2018, c. 4.8.3.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ TF, arrêt 1C_97/2018 du 3 septembre 2019, c. 9.3.

²³⁷ TF, arrêt 1C_609/2020 du 4 novembre 2020, c. 1.

²³⁸ TF, arrêt, 1C_167/2018 du 8 janvier 2019, c. 2.3.

²³⁹ TF, arrêt 1C_318/2011 du 8 novembre 2011, c. 2.

espace à un autre. Dès lors, une législation reposant uniquement sur les immissions idéales serait annulée en cas de contrôle judiciaire.

d. La place du droit de l'environnement face à une législation cantonale concernant la 5G

Il convient à présent d'examiner la conformité des moratoires cantonaux avec le droit fédéral en matière de protection de l'environnement. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral a, de jurisprudence constante²⁴⁰, considéré que l'ORNI avait réglementé de manière exhaustive la protection liée aux immissions issues des installations de téléphonie mobile. En effet, comme le rappelle la prise de position commune de l'OFEV et de l'OFCOM²⁴¹, les autorités fédérales ont pleinement exercé leurs compétences concernant la protection de l'homme contre le rayonnement non ionisant par le biais de l'adoption de la LPE et de l'ORNI²⁴². Dans une publication de l'OFEV²⁴³, l'administration fédérale relevait qu'en vertu des dispositions du droit de l'environnement adoptées, aucune marge de manœuvre n'est laissée aux entités cantonales et communales pour introduire des exigences de protection plus élevées contre le rayonnement lié aux antennes téléphoniques. À ce titre, il exemplifiait ses propos par l'introduction de moratoires ou d'interruptions nocturnes du réseau.

Dès lors, le droit cantonal ne peut prévoir aucune règle dans ce domaine, même en se prévalant du principe de précaution prévus par l'art. 11 al. 2 LPE et le renvoi de l'art. 12 al. 2 LPE à l'ORNI. Si un canton devait adopter des règles en la matière, il outrepasserait ses compétences²⁴⁴. Dès lors, de tels moratoires, qui ont été présents notamment dans le Canton de Vaud ou de Genève, sont contraires au droit fédéral. Pour preuve, à la suite d'une interpellation²⁴⁵, le Conseil fédéral eut l'occasion de partager son avis concernant les moratoires cantonaux édictés par des cantons ou des communes. À cette occasion, il réaffirma que la renonciation à l'octroi d'autorisation pour l'implantation d'antennes ne peut être justifiée par le droit fédéral de l'environnement, étant donné que la Confédération règle de manière définitive les risques liés au rayonnement non ionisant. Par ailleurs, le Conseil d'Etat fribourgeois a également eu l'opportunité de partager sa position²⁴⁶. Il a fait part du fait qu'il considérait qu'il disposait de très faibles compétences, étant donné que les opérateurs sont au bénéfice de concessions de la Confédération et que l'application de l'ORNI garantit le respect du principe de précaution dans le cadre de la procédure applicable aux installations téléphoniques. En effet, comme le rappelle la doctrine²⁴⁷, les communes ne peuvent en principe refuser une installation que si les valeurs limites fixées par l'ORNI ne sont pas respectées. Pour conclure, récemment, le Tribunal fédéral²⁴⁸ et la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal du Canton de Vaud²⁴⁹ ont dû se déterminer sur une initiative populaire communale²⁵⁰

²⁴⁰ ATF 126 II 399, c. 3c, JdT 2001 I 704 ; ATF 133 II 64, c. 5.2 et TF, arrêt 1C_231/2016 du 21 novembre 2016, c. 5.2.

²⁴¹ OFEV/OFCOM, 5G.

²⁴² ESSEIVA, p. 9.

²⁴³ OFEV, Guide téléphonie, p. 7.

²⁴⁴ OFEV/OFCOM, 5G.

²⁴⁵ BO CN, 2021, 1489.

²⁴⁶ ETAT DE FRIBOURG.

²⁴⁷ FAVRE/JUNGO, p. 234.

²⁴⁸ TF, arrêt 1C_371/2020 du 9 février 2021.

²⁴⁹ Arrêt de la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal vaudois CCST.2019.0014 du 26 mai 2020.

²⁵⁰ Initiative populaire de la commune vaudoise d'Etagnières intitulée « Pour un électrosmog contrôlé à Etagnières ».

qui souhaitait modifier le règlement communal de police des constructions en prévoyant une planification négative dans une très grande partie de la zone constructible en s'appuyant notamment sur des motifs liés à de potentiels dangers pour la santé publique. Ladite initiative a été invalidée par la Commune et sa décision a été confirmée par le Tribunal fédéral²⁵¹.

5. Le droit de l'aménagement du territoire et de la police des constructions

Au travers des chapitres précédents, nous avons eu l'occasion d'examiner le fait que la législation fédérale environnementale en matière de rayonnement non ionisant était exhaustive²⁵² et que les intérêts publics liés au droit fédéral des télécommunications imposaient de très nombreuses lignes directrices aux collectivités. À présent, il est nécessaire d'examiner le cadre lié à l'aménagement du territoire et de la police des constructions.

En effet, comme le rappelle la DTAP²⁵³, malgré l'exhaustivité de la réglementation fédérale concernant la protection contre le rayonnement non ionisant, les communes et les cantons disposent de compétences ayant un impact sur les installations de téléphonie mobile par le biais du droit de la construction et de l'aménagement du territoire. Cette répartition des compétences est prévue dans la Constitution fédérale. Dans le cadre de l'analyse de cette répartition, nous examinerons les évolutions récentes liées à la 5G et la marge de manœuvre des collectivités locales désirant mettre en place des restrictions d'une forte importance créant *de facto* un moratoire.

a. Du mandat constitutionnel à la loi sur l'aménagement du territoire

Introduit lors de la dernière révision de la Constitution²⁵⁴, l'art. 75 Cst. reprend les buts issus de l'art. 22^{quater} aCst.²⁵⁵, soit l'utilisation judicieuse du sol et l'occupation rationnelle du territoire²⁵⁶. Par ailleurs, il enrichit la disposition constitutionnelle d'un but supplémentaire, soit l'utilisation mesurée du sol, repris de l'art. 1 LAT. Ledit article constitutionnel assure une compétence cadre à la Confédération²⁵⁷, soit une compétence concurrente limitée aux principes²⁵⁸. À côté, les cantons sont compétents pour la réalisation effective de l'aménagement du territoire²⁵⁹.

Au niveau du droit fédéral, un des principes majeurs qui y est défini est la séparation de l'espace bâti et non bâti²⁶⁰ à l'art. 1 al. 1 LAT. Dès lors, il est tout d'abord nécessaire de distinguer la zone à bâtir du hors zone à bâtir. En effet, si l'implantation de l'antenne est à l'intérieur de la zone à bâtir, le droit cantonal trouve principalement son application²⁶¹ notamment les règles de

²⁵¹ TF, arrêt 1C_371/2020 du 9 février 2021, c. 5.

²⁵² ATF 126 II 399, c. 3c, JdT 2001 I 704 ; ATF 133 II 64, c. 5.2 et TF, arrêt 1C_231/2016 du 21 novembre 2016, c. 5.2.

²⁵³ DTAP, cas bagatelles.

²⁵⁴ RO 1999 2556, adoptée le 18 avril 1999 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

²⁵⁵ Constitution fédérale du 29 mai 1874 de la Confédération Suisse (aCst.), RS 101.

²⁵⁶ CR Cst HAAG, art. 75 N 4.

²⁵⁷ FAVRE, p. 2148.

²⁵⁸ CR Cst MARTENET, Art. 3 N 57.

²⁵⁹ CR Cst HAAG, art. 75 N 2.

²⁶⁰ TF, arrêt 1C_276/2016 du 2 juin 2017, c. 3.3.

²⁶¹ TF, arrêt 1A.162/2004 du 3 mai 2005, c. 4.

construction et des différents types de zone. Hors de la zone à bâtir, le droit fédéral est applicable²⁶², en particulier l'art. 24 LAT pour la téléphonie mobile.

Dans ce cadre, le principe fondamental de la séparation des zones constructibles et non constructibles impose que les installations téléphoniques soient en principe construites à l'intérieur de la zone à bâtir²⁶³. En vertu de la LAT, les installations de téléphonie mobile sont conformes à la zone à bâtir²⁶⁴. La clause d'un besoin dûment établi²⁶⁵ ne trouve pas application dans ce cas, dite clause se rapportant uniquement au hors zone à bâtir selon la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁶⁶. En effet, une telle installation téléphonique n'est pas conforme hors zone à bâtir.

Partant, l'art. 24 LAT trouve son application²⁶⁷. L'art. 24 LAT permet de délivrer une autorisation dérogatoire afin de justifier l'implantation d'une installation non conforme à la zone. Pour qu'une telle autorisation soit délivrée, il est nécessaire, aux termes de l'art. 24 let. a et b LAT, que deux conditions soient remplies, soit que l'installation soit imposée par sa destination et qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

En ce qui concerne les antennes de téléphonie mobile, au sujet de la première condition, le Tribunal fédéral a reconnu²⁶⁸, en vertu des art. 92 al. 1 Cst, 14 al. 1 LTC et 16 al. 1 let. a LTC, que la couverture nécessaire à la téléphonie mobile devait être assurée dans l'ensemble du pays et pour l'ensemble de la population, sans attacher d'importance à ce que le territoire soit bâti ou non. À propos de la seconde condition, il est nécessaire que l'installation ne crée ni une désaffectation importante du terrain inconstructible, ni qu'elle soit contraire à la destination de la zone. Le Tribunal fédéral a également relevé²⁶⁹ qu'une telle dérogation ne serait en principe pas accordée pour des antennes érigées hors de la zone à bâtir mais desservant la zone à bâtir.

À titre d'exemple, un arrêt récent du Tribunal cantonal²⁷⁰ a eu l'occasion de traiter de l'implantation d'une antenne conventionnelle de téléphonie mobile érigée à proximité du Château de Chillon et sur une infrastructure ferroviaire. Pour la première condition²⁷¹, l'opérateur justifiait l'implantation de l'antenne hors zone à bâtir en raison de la topographie des lieux, du besoin de couverture de la ligne de chemin de fer et de la possibilité d'ériger le mât sur les mâts préexistants des infrastructures ferroviaires. Pour la seconde condition²⁷², la protection du paysage, en particulier la présence à quelques centaines de mètres du Château de Chillon, entrainait en ligne de compte. La Cour cantonale confirmait l'appréciation des services cantonaux eu égard à la présence préalable de la ligne de chemin de fer et d'une route cantonale ayant toutes les deux des lignes aériennes et l'existence d'un chemin pédestre. Elle soulignait²⁷³

²⁶² TF, arrêt 1A.162/2004 du 3 mai 2005, c. 4.

²⁶³ ATF 141 II 245, c. 2.1, RDAF 2016 I 346.

²⁶⁴ CR Cst BOVET, Art. 92 N 50.

²⁶⁵ Condition prévue à l'art. 24 let. a LAT.

²⁶⁶ TF, arrêt 1A.162/2004 du 3 mai 2005, c. 4, RDAF 2006 I 684.

²⁶⁷ ATF 138 II 570, c. 4.

²⁶⁸ ATF 138 II 570, c. 4.2.

²⁶⁹ ATF 138 II 173, c. 5.3, JdT 2013 I 299, RDAF 2013 I 4.

²⁷⁰ Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois AC.2021.0100 du 23 décembre 2021.

²⁷¹ Art. 24 let. a LAT.

²⁷² Art. 24 let. b LAT.

²⁷³ Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois AC.2021.0100 du 23 décembre 2021, c. 4.c.

également que l'impact sur le site était minime grâce à l'implantation de l'antenne sur les mâts des Chemins de fers fédéraux suisses. Il est cependant à relever que cet arrêt fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral²⁷⁴. Dans ce cadre, il convient toutefois de relever que, en sus de la disposition que nous traitons, la législation sur les chemins ferroviaires trouvait application dans ce cas.

Pour conclure, le Tribunal fédéral²⁷⁵ a rappelé, dans un arrêt récent, que les installations de téléphonie mobile ne sont pas sujettes, en principe, à une obligation de planifier en vertu de l'art. 2 LAT. La principale justification est liée à ce que les effets de l'antenne sur l'aménagement du territoire n'ont pas d'importance majeure, imposant une modification de la planification²⁷⁶.

b. La planification territoriale

En vertu de l'art. 75 Cst., les Cantons et les communes sont compétents en matière de droit des constructions et de l'aménagement du territoire. L'organe chargé de la planification territoriale disposera d'une réelle compétence pour définir les différentes zones selon le principe de la séparation des parties construites et non construites du territoire prévu à l'art. 1 al. 1 LAT. Les cantons peuvent déléguer cette compétence aux communes. C'est notamment le cas dans le canton de Vaud en vertu de l'art. 17 al. 1 LATC²⁷⁷. En vertu des compétences communales et cantonales en matière d'aménagement du territoire, ces autorités peuvent influencer l'emplacement des antennes²⁷⁸.

Concernant la zone à bâtir, en principe, les installations téléphoniques sont conformes à une telle zone si elles se trouvent dans un rapport direct avec le lieu et si l'antenne couvre principalement le territoire constructible²⁷⁹. En vertu de la LAT, plusieurs types de zones existent à l'intérieur du milieu bâti. D'autres pondérations ont également été ajoutées par la jurisprudence, soit notamment que l'installation peut être conforme si elle couvre l'entier de la zone constructible et non uniquement une zone spécifique²⁸⁰. Dans un autre arrêt²⁸¹, le Tribunal fédéral a reconnu qu'une installation de téléphonie mobile sise en zone à bâtir alimentant principalement des surfaces hors zone n'était pas contraire au droit fédéral, contrairement à ce qui prévaut pour les antennes se situant hors zone. En effet, si les installations dans les zones à bâtir devaient ne desservir que ces zones, il serait nécessaire d'ériger de nombreuses antennes hors de la zone à bâtir, pour y assurer une couverture adéquate. Partant, le principe de séparation des zones serait violé²⁸².

²⁷⁴ TF, cause 1C_94/2022. Cette dernière est encore pendante.

²⁷⁵ ATF 142 I 26, c. 4.2, JdT 2017 I p. 226.

²⁷⁶ TF, arrêt 1A.140/2003 du 18 mars 2004, c. 3.2.

²⁷⁷ Loi cantonale vaudoise du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATC), BLV 700.11.

²⁷⁸ ATF 133 II 64, c. 5.3, JdT 2008 I 602.

²⁷⁹ ATF 142 I 26, c. 4.2, JdT 2017 I p. 226.

²⁸⁰ ATF 138 II 173, c. 5.3, JdT 2013 I 299, RDAF 2013 I 4.

²⁸¹ ATF 141 II 245, c. 2.4, RDAF 2016 I 345.

²⁸² *Ibid.*

(i) Les modèles admis par la jurisprudence

La jurisprudence et la doctrine ont dégagé trois modèles principaux en matière d'implantation des installations de téléphonie mobile. Ainsi, les organes chargés de l'aménagement du territoire peuvent prévoir pour l'implantation d'antennes sur leur territoire une planification négative, une planification positive ou un modèle en cascade.

Par le biais d'une planification négative, l'autorité cantonale ou communale décide que, dans certaines zones déterminées au préalable, l'implantation d'antennes téléphoniques serait interdite²⁸³. À titre d'exemple de planification négative, une interdiction d'implantation dans les zones de montagne a été admise²⁸⁴. Quant à elle, la planification positive constitue, selon la jurisprudence²⁸⁵, le fait, pour la commune ou le canton, de limiter les installations de téléphonie mobile à certaines zones. Enfin, le modèle en cascade permet une implantation des antennes hiérarchisée selon certaines zones²⁸⁶. Dans ce modèle, une première zone prioritaire est prévue pour l'implantation. En cas d'impossibilité d'utilisation de cette première zone, une deuxième, voire une troisième zone sont prévues. En d'autres mots, le modèle en cascade revient à autoriser en principe l'implantation d'antennes dans toutes les zones, mais des priorités sont définies entre celles-ci²⁸⁷. À titre d'exemple, une Commune qui mettrait en place un modèle en cascade pourrait prévoir comme première zone la zone artisanale, puis les zones mixtes et pour terminer les zones d'habitation²⁸⁸. Il convient de relever que ces trois modèles relatifs à l'aménagement du territoire doivent être prévus par une base légale cantonale ou communale²⁸⁹. De plus, ces modèles doivent tenir compte du droit fédéral applicable, soit en particulier le droit de l'environnement et des télécommunications²⁹⁰.

En outre, il est nécessaire, dans l'examen des zones non bâties, de prendre en compte le droit forestier²⁹¹. Par conséquent, les conditions de l'art. 24 LAT et l'art. 5 de la Loi sur les forêts²⁹² s'appliquent. Une recommandation de la part des inspecteurs cantonaux des forêts développe des éléments supplémentaires pour l'application de ces dispositions²⁹³.

Par ailleurs, si une réglementation prévoit des hauteurs maximales de construction celle-ci est admissible uniquement si la hauteur maximale concerne l'ensemble des constructions et non uniquement celle des antennes de téléphonie mobile²⁹⁴. Ainsi, si un canton ou une commune prévoyait une réglementation spécifique sur la hauteur des antennes, cela reviendrait à édicter une interdiction étendue dans les zones à bâtir, ce qui contreviendrait au droit fédéral²⁹⁵. De surcroît, le Tribunal fédéral²⁹⁶ a reconnu que les restrictions générales de hauteur ne

²⁸³ ATF 138 II 173, c. 6.3, JdT 2013 I 299, RDAF 2013 I 4.

²⁸⁴ REY, p. 161.

²⁸⁵ ATF 138 II 173, c. 6.1, JdT 2013 I 299, RDAF 2013 I 4.

²⁸⁶ *Ibid.*, c. 6.6.

²⁸⁷ ESPACESUISSE-INFORUM, p. 11.

²⁸⁸ REY, p. 162.

²⁸⁹ ATF 133 II 64, c 5.3, JdT 2008 I 602.

²⁹⁰ ESPACESUISSE-TE, p. 2.

²⁹¹ OFEV, Guide téléphonie, p. 27.

²⁹² Loi fédérale sur les forêts (LFo), RS 921.0.

²⁹³ CICF.

²⁹⁴ ROUSSIANOS, p. 35.

²⁹⁵ ATF 133 II 353, c. 4.2.

²⁹⁶ TF, arrêt 1C_229/2011 du 8 novembre 2011, c. 2.4.1 et 2.4.2.

s'appliquent pas aux antennes de téléphonie mobile. L'interprétation effectuée par le Tribunal fédéral, laquelle se base sur l'intérêt public à la bonne couverture en matière de téléphonie mobile, est donc conforme à la LTC²⁹⁷.

Pour conclure, la place laissée au législateur cantonal et communal en matière de 5G est relativement faible. En effet, comme l'a reconnu la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁹⁸, la réglementation liée à l'aménagement du territoire n'est admissible que si elle sert un autre intérêt que le droit de l'environnement et qu'elle respecte les objectifs de la LTC. Les modèles présentés ci-dessus sont admissibles, y compris pour la 5G, mais ne doivent en aucun cas concerner l'entier d'un territoire. Le cas échéant, un tel modèle serait en contradiction avec la législation sur les télécommunications.

(ii) La zone réservée

Un point intéressant à aborder est la zone réservée prévue par l'art. 27 LAT. Le but de la zone réservée consiste en un gel des constructions, notamment à l'intérieur d'une zone déterminée. Par conséquent, à l'intérieur de celle-ci, rien qui pourrait être entrepris ne doit entraver l'établissement du plan d'affectation futur²⁹⁹. La zone réservée constitue ainsi un moyen apte à garantir la disponibilité des terrains à bâtir jusqu'à l'adoption du plan d'affectation³⁰⁰. Elle a pour effet de suspendre, dans le périmètre édicté, l'application du droit encore en vigueur avant l'entrée en vigueur du nouveau droit³⁰¹. Il est légitime de s'interroger si le concept de zone réservée pourrait avoir une importance sur la mise en place d'un réseau de téléphonie mobile.

Dans ce cadre, nous pourrions nous figurer des discussions fictives autour de l'adoption d'un moratoire. Suite à celles-ci le canton concerné pourrait décider, dans le but de retarder, respectivement arrêter l'installation de nouvelles antennes liées à la 5G, de créer une zone réservée. Pour déterminer si l'utilisation d'un tel procédé est possible, il sied de rappeler que les installations de téléphonie mobile ne sont pas sujettes à une obligation de planification³⁰². Ainsi une zone réservée ne permettrait pas de créer *de facto* un moratoire notamment sur la technologie 5G, étant donné que la zone réservée garantit l'application de prescriptions de planification qui ne sont pas de nature à limiter la planification et la construction d'antennes de téléphonie mobile³⁰³.

Une telle construction juridique a été abordée premièrement par le Tribunal administratif de Lucerne³⁰⁴, suite à la création d'une zone réservée tendant à un tel but par la commune de Reiden. Dans le cas d'espèce, une zone de planification relative aux installations de téléphonie mobile couvrant pratiquement toute la zone constructible de la commune avait été adopté par la commune, dans l'idée de garantir le futur plan d'affectation³⁰⁵. Une telle zone a été jugée comme étant contraire au droit fédéral et cantonal.

²⁹⁷ ESPACESUISSE-INFORUM, p. 12.

²⁹⁸ ATF 122 II 64, c. 5.3.

²⁹⁹ Art. 27 al. 1 2^e phrase LAT.

³⁰⁰ WASER, p. 218, N 445.

³⁰¹ TF, arrêt 1C_275/2021 du 29 mars 2022, c. 2.3.

³⁰² TF, arrêt 1A.140/2003 du 18 mars 2004, c. 3.2.

³⁰³ ATF 133 II 353, c. 4, JdT 2008 I 602.

³⁰⁴ DEP 2004 p. 144 ss.

³⁰⁵ ZUFFREY/SEYDOUX, p. 23.

Très récemment le Tribunal fédéral³⁰⁶ a eu l'occasion de traiter de l'introduction d'une zone réservée selon l'art. 27 LAT sur l'ensemble d'un territoire communal. Cette dernière avait pour but, pour une durée de deux ans, de garantir le nouveau plan d'affectation qui prévoyait un modèle en cascade en matière d'antennes. Il devait prendre en compte des intérêts multiples tels que les immissions idéales dans la zone d'habitation et le site inscrit à l'ISOS³⁰⁷. Le Tribunal fédéral a conclu que cette zone était disproportionnée à cause de l'étendue de la zone qui n'excluait pas certaines zones tel que la zone artisanale où une antenne de téléphonie mobile était préexistante. *De facto*, la commune a ainsi édicté une interdiction générale qui pouvait être assimilée moratoire lié à la 5G et qui allait au-delà de la marge de manœuvre laissée aux communes par le droit fédéral³⁰⁸.

c. Les dispositions d'esthétique ou d'intégration

Par le biais de la compétence cantonale y relative, les autorités chargées de l'aménagement du territoire peuvent édicter des règles en matière d'esthétique. Pour mieux appréhender ce qui peut être couvert par cette notion, il est nécessaire d'aborder les deux types de clause d'esthétique³⁰⁹. Ainsi, il existe des clauses d'esthétique de portée négative et de portée positive. Les premières visent l'interdiction de transformer ou d'enlaidir des bâtiments ou des sites existants³¹⁰. Les secondes sont considérées comme des injonctions d'adaptation ou d'ajustement³¹¹. La jurisprudence rendue notamment par la Cour administrative du Tribunal cantonal vaudois et du Tribunal fédéral concernant ce domaine³¹² est conséquente. En droit vaudois, la clause d'esthétique est prévue à l'art. 86 LATC. Cette dernière prévoit que « *la Municipalité veille à ce que les constructions (...) présentent un aspect architectural satisfaisant et s'intègrent à l'environnement. Elle refuse le permis pour les constructions (...) susceptibles de compromettre l'aspect et le caractère d'un site (...). Les règlements communaux doivent contenir des dispositions en vue d'éviter l'enlaidissement des localités (...)* ».

L'impact de ce type de clause a été clarifié par le Tribunal fédéral³¹³. Selon ce dernier, le grief concernant l'esthétique ne peut être invoqué que « *dans la ligne tracée par la loi elle-même et par les règlements communaux* ». Dans ce cadre, concernant l'intégration de l'installation, le raisonnement de l'autorité décisionnelle doit se baser sur des critères objectifs et systématiques et en aucun cas sur des critères subjectifs³¹⁴. De plus, la clause de l'esthétique doit être justifiée par un intérêt public prépondérant³¹⁵. La protection d'un site, d'un bâtiment ou d'un ensemble de bâtiments présentant des qualités esthétiques remarquables peut notamment être invoquée comme intérêt public³¹⁶. En outre, il convient de relever que cette clause ne peut être appliquée que dans le respect du principe de proportionnalité. Dans ce cadre, l'emplacement de l'antenne

³⁰⁶ TF, arrêt 1C_275/2021 du 29 mars 2022.

³⁰⁷ *Ibid.*, c. 3.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ AEMISEGGER, p. 150.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ *Ibid.*

³¹² À titre d'exemple, arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois AC.2015.0191 du 21 novembre 2016 et TF, arrêt 1C_231/2016 du 21 novembre 2016.

³¹³ TF, arrêt 1C_465/2010 du 31 mai 2011, c. 3.2.

³¹⁴ TF, arrêt 1C_80/2015 du 22 décembre 2015, c. 2.5.1.

³¹⁵ ATF 101 Ia 213, c. 6.c.

³¹⁶ *Ibid.*

et la topographie de la localité sont également des critères à prendre en compte³¹⁷. À titre d'exemple le Tribunal fédéral a récemment confirmé le raisonnement du Tribunal administratif cantonal de Thurgovie, lequel considérait que la hauteur de 21 mètres de l'antenne projetée était incompatible avec le caractère rural d'un hameau, étant donné que cette dernière dépassait de 11 mètres la hauteur des constructions existantes³¹⁸. Pour conclure, le Tribunal fédéral a reconnu³¹⁹ que les normes de police des constructions concernant l'esthétique et la protection des sites ne doivent pas « *entraver ou rendre indûment difficile l'exécution par les opérateurs mobiles de leur obligation de prestation de services conformément à la législation sur les télécommunications* ».

Récemment, la Commune de Lachen (SZ³²⁰) a été déboutée au Tribunal fédéral³²¹. Elle refusait injustement l'installation d'une antenne 5G en se basant sur les prescriptions d'esthétique. L'argument principal de la Haute Cour était que la décision communale ne prenait pas suffisamment en compte la législation liée au droit des télécommunications.

En guise de conclusion, il convient de relever que les deux arrêts cités dans le présent chapitre démontrent qu'une interdiction se basant sur des considérations d'esthétique est difficilement admissible. *A fortiori*, toute forme d'interdiction générale sur un territoire fondée sur des motifs d'esthétique ne saurait être admissible. Une telle affirmation est également valable pour des antennes dédiées à la 5G.

³¹⁷ ATF 141 II 245, c. 7, RDAF 2016 I 346.

³¹⁸ WIEDLER, p. 347ss.

³¹⁹ ATF 141 II 245, c. 7.1, RDAF 2016 I 346.

³²⁰ Canton de Schwyz.

³²¹ TF, arrêt 1C_593/2020 du 12 mai 2021, c. 4.4.

6. Le droit de la protection de la nature et du paysage

a. Du mandat constitutionnel à la Loi sur la protection de la nature et du paysage

L'art. 78 Cst. délimite les compétences entre la Confédération et les cantons³²². L'art. 78 al. 1 Cst. induit que la protection de la nature et du patrimoine relève de la compétence des cantons. Les alinéas suivants octroient des compétences à la Confédération dans certains domaines, notamment dans l'accomplissement de ses autres tâches ainsi que pour le soutien et la protection qu'elle doit prodiguer à la nature, le patrimoine, la faune et la flore. L'art. 78 al. 5 Cst. prévoit la protection des marais et des sites marécageux d'une beauté particulière, ayant un intérêt national. Cette protection est directe et quasiment absolue³²³. Le partage des compétences actuellement proposé par cet article est débattu en doctrine³²⁴. En effet, ce dernier ne semble plus être approprié face aux enjeux climatiques ainsi qu'à la protection des paysages, de la faune et de la flore³²⁵.

En 1966, afin de respecter ses obligations constitutionnelles, la Confédération s'est dotée d'une Loi sur la protection de la nature et du paysage³²⁶. Cette dernière a été révisée à de nombreuses reprises, notamment lors de l'introduction de la nouvelle LPN et de l'adoption en 1987 de l'initiative de Rothenthurm concernant les marais et les marécages³²⁷.

(i) La protection prévue par le droit de la protection de la nature et du paysage

En vertu de l'art. 1 LPN, la présente loi vise à protéger l'aspect caractéristique du paysage et des localités. Selon l'art. 2 let. b LPN, l'octroi d'autorisations pour l'installation de télécommunication relève de la Confédération³²⁸. À ce titre, l'art. 3 LPN prévoit quelles autorités fédérales et cantonales doivent ménager « *les paysages, la physionomie des localités, les sites historiques et les monuments naturels et culturels, ainsi qu'à les conserver dans leur intégralité si l'intérêt public l'exige*³²⁹ » et également en vertu de l'art. 6 LPN, ménager le plus possible les objets mentionnés à l'inventaire. Dans le cadre d'une balance d'intérêts, tous les intérêts doivent être pris en compte et non uniquement ceux d'importance nationale³³⁰. Ainsi, qu'un objet soit inventorié ou non, d'importance nationale, régionale ou locale³³¹, l'art. 3 LPN trouvera son application.

Dans le cas d'une installation de téléphonie mobile, les autorités compétentes doivent ainsi prendre en compte les mesures de protection aptes à garder l'objet intact et faire une pesée des intérêts entre la construction de l'antenne et la protection du site ou du paysage³³². Selon la doctrine³³³, la construction d'une installation téléphonique répond en principe à un intérêt national. À l'inverse si la couverture en téléphonie mobile est suffisante, cet intérêt tombe.

³²² CR Cst HAAG, art. 78 N 1.

³²³ *Ibid.*, art. 78 N 40.

³²⁴ Commentaire LPN-ZUFFEREY, art. 78 N 26.

³²⁵ CR Cst HAAG, art. 78 N 43.

³²⁶ Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (LPN), RS 451.

³²⁷ CR Cst HAAG, art. 78 N 8.

³²⁸ OFEV, Guide téléphonie, p. 26 et TF, arrêt 1C_347/2016 du 5 septembre 2017, c. 3.1.

³²⁹ Commentaire LPN-FAVRE, art. 3 N 1.

³³⁰ ATF 131 II 545, c. 2.1.

³³¹ Commentaire LPN-FAVRE, art. 3 N 4.

³³² OFEV, Guide téléphonie, p. 27.

³³³ WIEDLER, p. 179.

(ii) La protection des monuments historiques

Les monuments historiques sont définis par la Commission fédérale des monuments historiques³³⁴ comme étant les « *bâtiments, aménagements, jardins, parcs, sites et ensembles monumentaux légalement protégés et les objets considérés comme dignes d'être protégés ou conservés selon les inventaires fédéraux, cantonaux et communaux* ».

Au sujet des antennes de téléphonie, cette Commission a édicté certains principes³³⁵. Selon ces derniers, on peut relever les éléments suivants : l'emplacement des installations de téléphonie mobile doit éviter les monuments historiques et leurs abords ; les installations ne peuvent pas dégrader l'aspect et l'impact visuel du monument et ses abords ; l'installation ne doit pas porter atteinte à la substance matérielle du monument ; un plus grand ménagement pour les sites d'importance nationale doit être porté ; l'installation doit être démontée intégralement à la fin de l'exploitation de l'installation.

Concernant les sites d'importance nationale, des conditions supplémentaires³³⁶ ont été apportées. Ces dernières doivent également être respectées dans le cas de l'implantation d'une antenne. Tout d'abord, en vertu du principe de subsidiarité, l'antenne ne peut pas être réalisée hors de l'objet inscrit à l'inventaire ISOS. Il faut en outre qu'aucun autre emplacement ayant un impact moindre sur l'objet ne puisse être choisi à l'intérieur de l'objet. Pour conclure, des efforts raisonnablement exigibles doivent être effectués pour optimiser l'installation en faveur de l'objet.

Les services cantonaux et communaux des monuments historiques³³⁷ sont compétents pour examiner le projet d'antenne eu égard aux conditions exposées précédemment.

(iii) La protection liée aux marécages

L'art. 23b LPN définit les sites marécageux protégés par la loi. L'art. 23d LPN établit les possibilités d'aménagement à l'intérieur de ces derniers. Ainsi, l'art. 23d al. 2 let. d LPN prévoit que les installations d'infrastructures nécessaires sont admissibles.

Dès lors, il est indispensable d'analyser si les installations de téléphonie sont des infrastructures nécessaires. Le Tribunal fédéral a reconnu³³⁸ que ces dernières n'étaient pas des infrastructures nécessaires. Cette position est en adéquation avec le fait que le service universel ne comprend pas la téléphonie. À ce sujet, une partie de la doctrine trouvait que le Tribunal fédéral aurait pu laisser la question ouverte³³⁹.

L'unique autre possibilité pour admettre l'installation d'une antenne de téléphonie mobile dans un marécage est l'art. 18 OST. Ce dernier prévoit que le service universel qui ne peut pas être assuré par le biais du réseau fixe doit être proposé au travers de la téléphonie mobile. Cette approche est confirmée par la doctrine³⁴⁰.

³³⁴ CFMH, p. 2.

³³⁵ OFEV, Guide téléphonie, p. 27 et CFMH, p. 3.

³³⁶ CFMH, p. 4.

³³⁷ *Ibid.*, p. 4.

³³⁸ TF, arrêt 1A.124/2003 du 23 septembre 2003, c. 3.1.

³³⁹ GERBER, p. 745.

³⁴⁰ WITTEW, p. 139 et BOULAZ, p. 335.

b. La place du droit de la protection de la nature et du paysage avec une législation cantonale concernant la 5G

Dans le présent chapitre, nous avons pu constater qu'une autorité cantonale souhaitant étendre une interdiction d'installation de téléphonie mobile pouvait le faire en lien avec la protection des marécages, notamment en étendant leur taille ou par la création de nouveaux sites marécageux. Cependant, lesdits marécages tombent dans le champ d'application des dispositions de la LPN. Dans le cas contraire, ils ne seraient pas au bénéfice des protections étendues de l'art. 22d LPN.

En ce qui concerne la protection des monuments, une interdiction générale est difficilement admissible. Dans ce cadre, le développement présenté en lien avec la clause de l'esthétique mérite d'être rappelé. D'autres raisonnements permettent l'implantation d'antennes de téléphonie 5G, notamment sans toucher à la structure du bâtiment protégé, par exemple sous les toits de ce dernier. Toutefois, le Tribunal fédéral³⁴¹ a reconnu que la protection du patrimoine bâti pouvait parfois primer l'intérêt public à la mise en place d'une antenne pour une couverture optimale en matière de téléphonie. Son raisonnement reposait principalement sur le fait que l'antenne portait atteinte à l'inventaire ISOS et que la couverture en matière de réseau pouvait être effectuée depuis un emplacement se situant hors de l'inventaire. Par conséquent, un législateur cantonal souhaitant émettre un moratoire pourrait se baser sur le droit de la protection de la nature et du paysage pour justifier un tel moratoire.

Tel ne serait toutefois pas possible par le biais du droit de l'environnement. En effet, ce dernier est réglé exhaustivement par le droit fédéral³⁴². Si une législation cantonale n'était pas directement contraire au droit fédéral, un tribunal pourrait toutefois facilement casser une telle législation dans le cadre d'une pesée d'intérêts en lien avec l'obligation de couverture suffisante des opérateurs de téléphonie, ceci à moins qu'un autre emplacement puisse être disponible pour répondre à cette obligation de couverture. Malgré tout, une telle solution ne permettrait pas de créer *de facto* un moratoire en matière de téléphonie mobile lié à la 5G.

³⁴¹ TF, arrêt 1A.104/2006 du 19 janvier 2007, c. 5, résumé dans FAVRE/JUNGO, p. 235.

³⁴² ATF 126 II 399, c. 3c, JdT 2001 I 704 ; ATF 133 II 64, c. 5.2 et TF, arrêt 1C_231/2016 du 21 novembre 2016, c. 5.2.

D. Des remèdes à l'inconstitutionnalité et à l'illégalité

1. Du contrôle préjudiciel

Comme nous avons pu le constater au travers des chapitres précédents, les moratoires liés à la 5G empiètent sur les compétences fédérales et compromettent l'exécution du droit fédéral, en particulier le droit des télécommunications et le droit de l'environnement. Ainsi, nous examinerons dans cette section les conséquences liées à la violation par le droit cantonal du droit fédéral et les possibilités de faire constater l'illégalité de ce celui-ci.

En vertu du principe de la primauté du droit fédéral³⁴³, les cantons ne sont pas autorisés à émettre des règles contraires au droit fédéral³⁴⁴. Au contraire, ils doivent tout mettre en œuvre pour le respecter³⁴⁵ et s'abstenir de créer des règles contraires. En principe, l'autorité cantonale d'application de la norme litigieuse doit refuser d'appliquer une règle cantonale contraire au droit fédéral³⁴⁶. Cette décision concrétise l'obligation du contrôle préjudiciel des autorités judiciaires et administratives³⁴⁷.

Dès lors, l'autorité chargée de l'autorisation d'une antenne 5G devait, en principe, en vertu du droit fédéral, autoriser la délivrance du permis y compris lorsque les moratoires étaient en place.

2. Du contrôle abstrait

Dans certains cantons (notamment ceux du Jura³⁴⁸, de Vaud³⁴⁹, et de Genève³⁵⁰), peu après l'adoption d'une norme cantonale, cette dernière peut faire l'objet d'un contrôle abstrait auprès d'une cour constitutionnelle.

À titre d'exemple, nous examinerons le droit vaudois. En vertu de l'art. 3 LJC³⁵¹, le contrôle s'effectue auprès de la Cour constitutionnelle cantonale. Cette dernière contrôle la conformité au droit supérieur des lois et décrets du Grand Conseil, des règlements du Conseil d'Etat et des directives publiées par les départements. Le droit communal peut également être contrôlé, à l'exception des cas prévus par l'art. 4 LJC. Ce contrôle a en principe un effet suspensif selon l'art. 7 LJC. Pour avoir la qualité pour agir, il faut démontrer, selon l'art. 9 LJC, un intérêt digne de protection à l'annulation de l'acte ou remplir les conditions prévues à l'art. 9 al. 2 LJC. Si l'acte est contraire au droit supérieur, la Cour l'annule en vertu de l'art. 17 LJC. Elle peut également annuler partiellement les dispositions cantonales contraires si l'acte est séparable selon l'art. 18 LJC.

³⁴³ Art. 49 Cst.

³⁴⁴ MALINVERNI, p. 419 N 1142.

³⁴⁵ CR Cst MARTENET, Art. 49 N 37.

³⁴⁶ MALINVERNI, p. 420 N 1143.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Art. 104 de la Constitution de la République et canton du Jura du 20 mars 1977, RS 131.235.

³⁴⁹ Art. 136 al. 2 let. a de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003, RS 131.231.

³⁵⁰ Art. 124 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE), RS 131.234.

³⁵¹ Loi cantonale vaudoise du 1^{er} juillet 2013 sur la juridiction constitutionnelle (LJC), BLV 173.32.

À titre d'illustration, une procédure a été introduite à Genève en juillet 2020³⁵² concernant les moratoires. Rendu possible en vertu du droit cantonal genevois, les opérateurs de téléphonie mobile ont pu saisir la Chambre constitutionnelle afin qu'elle examine la conformité au droit fédéral du moratoire cantonal genevois lié à la 5G. Dans ce cadre, celle-ci a invalidé le moratoire.

En vertu de l'art. 82 LTF, le recours contre un acte normatif cantonal est ouvert auprès du Tribunal fédéral. Cependant, encore faut-il disposer de la qualité pour agir en vertu de l'art. 89 LTF et d'avoir épuisé les voies de droit cantonal en vertu de l'art. 87 LTF.

3. Du contrôle concret

Dans le cas où l'autorité cantonale appliquerait la règle cantonale considérée comme violant le droit fédéral, il est possible pour le particulier – notamment les opérateurs – de faire recours auprès des autorités judiciaires cantonales, puis fédérales³⁵³.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁵⁴, le principe de la force dérogatoire du droit fédéral peut être soulevé comme droit constitutionnel individuel. Cependant, ce droit constitutionnel individuel ne confère pas d'intérêt juridique³⁵⁵ de l'art. 115 let. b LTF³⁵⁶ ou d'intérêt juridiquement protégé nécessaire pour détenir la qualité pour agir devant cette instance³⁵⁷.

Le Tribunal fédéral dispose d'un plein pouvoir d'examen dans un tel conflit³⁵⁸. Pour faire débiter ce contrôle, le recourant doit en principe disposer d'une décision³⁵⁹. La définition d'une décision est déterminée par le droit cantonal³⁶⁰ lorsqu'une procédure cantonale précède le recours au TF. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une procédure fédérale cette définition est prévue, notamment à l'art. 5 PA³⁶¹. La qualité pour agir ou recourir est également définie par ces lois de procédure³⁶². Il faut en outre que le recours soit formé en temps utile et respecte les exigences légales de motivation prévues par les lois de procédure³⁶³.

Dans le cadre d'un refus de délivrance de l'autorisation de construire, le recourant – en particulier l'opérateur de téléphonie mobile – devra recourir en principe contre cette décision auprès du Tribunal administratif³⁶⁴. Il pourra se prévaloir de la force dérogatoire du droit fédéral. Ensuite, la décision de cette instance est susceptible d'un recours auprès du Tribunal fédéral en vertu de l'art. 82 LTF.

³⁵² Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève ACST/11/2021 du 15 avril 2021.

³⁵³ MALINVERNI, p. 420 N 1144.

³⁵⁴ ATF 134 I 269, c. 6.2.

³⁵⁵ CR Cst MARTENET, Art. 49 N 43.

³⁵⁶ Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110.

³⁵⁷ ATF 126 I 81, c. 5a.

³⁵⁸ ATF 134 I 125, c. 2.1.

³⁵⁹ BOVAY, p. 329.

³⁶⁰ Notamment l'art. 3 de la Loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD), BLV 173.36.

³⁶¹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA), RS 172.021.

³⁶² Notamment les art. 75 et 99 LPA-VD.

³⁶³ A titre d'exemple, les art. 79 et 95 LPA-VD.

³⁶⁴ Notamment l'art. 92 LPA-VD.

Un département cantonal en charge des autorisations de construire ou une commune qui refuserait de rendre une décision ou tarderait à le faire, en lien avec la 5G, peut constituer en un déni de justice formel³⁶⁵. Cette absence de décision est également susceptible de recours selon les lois de procédure³⁶⁶. Pour recourir, il est nécessaire qu'au préalable le recourant ait invité l'autorité à statuer dans un délai raisonnable³⁶⁷.

Ainsi le gel de la délivrance des autorisations de construire concernant la 5G aurait pu être attaqué en justice. Dans le cadre de ce recours, les opérateurs auraient pu invoquer la violation du droit fédéral, faisant ainsi tomber les gels d'autorisation adoptées dans plusieurs cantons romands. .

³⁶⁵ BOVAY, p. 318.

³⁶⁶ Notamment les art. 94 LTF, 46a PA et 74 al. 2 LPA-VD.

³⁶⁷ BOVAY, p. 320.

III. La possibilité d'un moratoire fédéral

A. Historique

1. Les outils citoyens

En mai 2019, une pétition³⁶⁸ déposée aux Chambres fédérales demandait l'arrêt de l'extension du réseau 5G en Suisse. Par ailleurs, elle exigeait que la Confédération renseigne la population et légifère de manière plus stricte à propos de la téléphonie mobile et du WLAN³⁶⁹. Les Chambres fédérales n'ont cependant pas donné suite à cette pétition et l'ont classée.

Deux initiatives populaires fédérales ont été lancées en 2019. La première demandait l'introduction d'une responsabilité en matière de téléphonie mobile³⁷⁰. La deuxième exigeait une téléphonie mobile respectueuse de la santé et économe en énergie³⁷¹. Les deux textes avaient de nombreux impacts sur le déploiement de la 5G, en particulier la deuxième initiative. En effet, cette initiative prévoyait, à son art. 118 al. 2 let. d Cst, que la téléphonie mobile ne devait plus couvrir les espaces intérieurs et que le rayonnement fait par un privé, notamment avec sa connexion WLAN, ne devait pas atteindre les locaux voisins. En outre, chaque nouvelle antenne ou modification d'antenne devait obtenir l'accord des voisins dans un rayon de 400 mètres. Il est aisé de conclure qu'une telle initiative aurait supprimé toute possibilité d'évolution du réseau ainsi que la fin progressive de la connexion internet sans fil et de la téléphonie mobile. Il convient de souligner que ni l'une³⁷² ni l'autre³⁷³ n'ont réussi à obtenir le nombre de signatures nécessaires dans la limite du temps imparti par la Constitution³⁷⁴.

2. Les outils à disposition des cantons

Comme nous avons pu le relever dans la partie historique liée aux moratoires cantonaux, plusieurs cantons, lors de leurs débats parlementaires, ont affirmé qu'ils ne disposaient pas de la compétence nécessaire pour adopter un moratoire relatif à l'extension de la 5G et qu'une action au niveau fédéral était donc nécessaire. C'est ainsi que les cantons de Genève³⁷⁵, Neuchâtel³⁷⁶ et du Jura³⁷⁷ ont déposé trois initiatives cantonales fédérales auprès du parlement fédéral. Ces dernières demandaient principalement à l'Assemblée fédérale l'établissement d'un moratoire sur le déploiement de la 5G millimétrique en Suisse, la réalisation d'un cadastre national des ondes et l'association des cantons et les communes à la planification du réseau. Elles ont été traitées et classées par les Chambres fédérales^{378 379}. Dans le rapport du Conseil national³⁸⁰, la Commission des transports et des télécommunications relevait que les

³⁶⁸ BO CE, 2020, 1066.

³⁶⁹ Wireless Local Area Network.

³⁷⁰ FF 2019 6574.

³⁷¹ FF 2019 6525, 6527.

³⁷² FF 2021 1526.

³⁷³ FF 2021 1600.

³⁷⁴ Délai de 18 mois et de 100'000 signatures en vertu de l'art. 138 Cst.

³⁷⁵ Initiative déposée le 3 mars 2020 par le canton de Genève, *Un moratoire sur la 5G (et la 4G plus) en Suisse*, 20.309.

³⁷⁶ Initiative déposée par le canton de Neuchâtel, *Pour un moratoire sur l'installation des réseaux mobiles 5G millimétrique*, 20.314.

³⁷⁷ Initiative déposée par le canton du Jura, *Moratoire sur l'installation des réseaux mobiles 5G millimétrique*, 21.305.

³⁷⁸ BO CE, 2021, 1421.

³⁷⁹ BO CN, 2022, 499.

³⁸⁰ CONSEIL NATIONAL.

mesures prises par le Conseil fédéral et les informations disponibles étaient suffisantes. Elle soulevait également que les ondes millimétriques n'étaient pas encore utilisées en Suisse. Le rapport du Conseil des Etats³⁸¹ arriva à une conclusion similaire. Toutefois, il souligna l'importance d'une meilleure information et d'une meilleure collaboration avec les autorités cantonales en vue de l'exploitation future des ondes millimétriques. À ce sujet, un postulat a été déposé par la Commission³⁸² et a été adopté en décembre 2021³⁸³.

B. Les possibilités restantes en vue de l'introduction d'un moratoire fédéral

À titre liminaire, il ne semble pas, au vu de l'historique que nous venons de développer, y avoir de volonté politique de créer un moratoire fédéral à l'heure actuelle. Toutefois, il semble utile d'exposer les différentes possibilités pour introduire un moratoire au niveau fédéral.

La prochaine étape en vue de l'utilisation des ondes millimétriques sera l'adaptation du Plan national d'attribution des fréquences, dont l'approbation par le Conseil fédéral est nécessaire. Ensuite, la Commission fédérale de la communication devra attribuer les fréquences aux opérateurs, à l'instar de 2019. Enfin, les opérateurs pourront les déployer³⁸⁴.

Tout d'abord, un parlementaire pourrait, en vertu de l'art. 6 al. 1 et l'art 118 de la Loi sur l'Assemblée fédérale³⁸⁵, déposer une initiative parlementaire, une motion, un postulat, une interpellation ou une question à ce sujet. Il est à relever qu'il n'y a pas eu de débat³⁸⁶ concernant les trois initiatives cantonales déposées au parlement fédéral. Il semble dès lors peu probable qu'un moratoire fédéral soit introduit par cette voie.

Ensuite, le législateur fédéral pourrait légiférer par le biais d'une disposition dans la LPE ou dans la LAT. En effet, l'ORNI est une ordonnance en vertu de l'art. 182 al. 1 Cst. et cette dernière ne peut être modifiée que par le Conseil fédéral. Par exemple, un alinéa troisième à l'art. 13 LPE pourrait être introduit, lequel interdirait d'utiliser les ondes millimétriques pour la téléphonie mobile. Une autre possibilité serait d'introduire un art. 18*b* LAT, lequel n'autoriserait pas les ondes millimétriques pour la téléphonie mobile, sous une forme similaire à l'art. 18*a* LAT. Un tel changement législatif pourrait être soumis à référendum facultatif en vertu de l'art. 141 al. 1 let. a Cst. Si cette modification devait être acceptée, selon le préambule de l'ORNI, cette dernière devrait être modifiée, par exemple à son Annexe 1 ch. 62, dans le sens de ces dispositions adoptées.

En outre, le Conseil fédéral pourrait modifier directement l'ORNI sans passer par un changement législatif. Une telle modification pourrait être justifiée par un changement des connaissances techniques ou par des rapports de la part de l'OFEV ou de l'OFCOM, qui justifieraient une modification urgente de l'ORNI.

Est-ce que de tels changements législatifs ou de l'ordonnance seraient conformes au droit fédéral ? Si nous examinons les changements législatifs proposés à l'aune du droit de la protection de l'environnement, ceux-ci seraient admissibles, étant donné que le principe de

³⁸¹ CONSEIL DES ETATS.

³⁸² BO CE, 2021, 1418 (CTT-E).

³⁸³ BO CE, 2021, 1421 (CTT-E).

³⁸⁴ CF, rapport 2022, p. 13.

³⁸⁵ Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl), RS 171.10.

³⁸⁶ BO CE, 2021, 1419 (CTT-E).

précaution serait revu avec une nouvelle disposition de la LPE. En cas de modification de l'ORNI uniquement, cette dernière serait justifiée et admissible étant donné que l'ORNI règle de manière exhaustive la protection contre le rayonnement non ionisant³⁸⁷. La conformité de l'ORNI à la LPE a été admise par le Tribunal fédéral³⁸⁸.

Comme nous avons pu le voir précédemment, les antennes ne font pas l'objet de planification. Dès lors, ceci implique que chaque opérateur doit planifier et mettre en place son réseau, en vertu de sa concession. Il sera ainsi considéré comme maître d'ouvrage standard³⁸⁹ dans le cadre des différentes demandes liées à la création du réseau de téléphonie. Il pourra cependant se prévaloir des intérêts publics liés au droit des télécommunications, en particulier l'art. 1 LTC.

Dès lors, une autre possibilité nouvelle serait de soumettre les installations de téléphonie mobile à une planification sectorielle en vertu de l'art. 13 LAT. Une telle solution serait semblable à celle prévue par exemple pour les infrastructures routières, ferroviaires et d'électricité³⁹⁰. Ainsi, la Confédération pourrait décider au préalable de l'emplacement des réseaux et du type d'antennes. Elle pourrait *de facto* et *de iure* interdire aux opérateurs le déploiement de la 5G. Dans un tel modèle, il sera certainement nécessaire de modifier l'ORNI, afin d'y prévoir une interdiction de technologie, étant donné que cette ordonnance est actuellement neutre³⁹¹ technologiquement.

Il va sans dire que toute création d'un moratoire fédéral après l'octroi des concessions aux opérateurs de téléphonie mobile mettrait à mal l'image de la Confédération dans ses relations contractuelles et l'exposerait, comme le rappelle son rapport³⁹², à devoir payer des indemnités aux opérateurs de téléphonie mobile.

³⁸⁷ ATF 126 II 399, c. 3c, JdT 2001 I 704 ; ATF 133 II 64, c. 5.2 et TF, arrêt 1C_231/2016 du 21 novembre 2016, c. 5.2.

³⁸⁸ ATF 126 II 399, c. 4, JdT 2001 I 704.

³⁸⁹ REY, p. 163.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ OFEV, ORNI, p. 5.

³⁹² CF, rapport 2022, p. 30.

IV. Conclusion

Pour conclure, nous avons pu démontrer, au travers de ce présent travail, que les cantons disposent d'une marge de manœuvre extrêmement restreinte en matière de limitation de la technologie liée à la 5G. Toute législation reposant sur le principe de précaution et le droit de l'environnement sera contraire au droit fédéral, en raison de l'exhaustivité de ce dernier. Il est également intéressant de relever que de nombreux cantons ont légiféré dans ce domaine alors qu'ils disposaient d'informations suffisamment précises quant à leurs compétences en matière de protection contre le rayonnement non ionisant. Il serait donc possible de conclure qu'ils ont – en toute connaissance de cause – violé le droit fédéral notamment sous des pressions politiques.

L'arsenal des offices fédéraux et du Conseil fédéral inclut également le droit des télécommunications qui viendra « en renfort » pour soutenir l'introduction de la nouvelle technologie. En effet, ce dernier, notamment à l'art. 1 LTC, prévoit de nombreux intérêts publics tels que l'obligation de couverture ou la libre concurrence entre les opérateurs de téléphonie mobile.

Face à ces deux arguments importants, les collectivités locales disposent du droit de l'aménagement du territoire et de la police des constructions ainsi que de la protection du patrimoine. Cependant, toute volonté de légiférer évolue sur une ligne de crête, où un faux pas mettrait à néant toute création juridique cantonale. Ces deux possibilités sont donc très étroites et ne permettront pas de proposer un moratoire sur l'entier de leur territoire³⁹³. Seuls certains lieux ou petites zones géographiques pourront être affranchis d'installation de téléphonie mobile *a fortiori* de la 5G.

Afin de faire constater cette illégalité, les opérateurs, disposent de plusieurs accès aux tribunaux, soit par le biais du contrôle préalable des autorités en charge de la délivrance des autorisations nécessaires, soit par le contrôle abstrait auprès d'une cour constitutionnelle cantonale prévu dans plusieurs cantons suisses lors de la promulgation de lois contraires au droit fédéral et soit par le contrôle concret lors d'un refus d'autorisation en saisissant les tribunaux administratifs compétents.

La possibilité d'un moratoire fédéral semble avoir été écarté selon les volontés politiques présentes aux Chambres fédérales. Malgré l'organisation assez importante des groupes contre la 5G³⁹⁴, ces derniers n'ont pas réussi à faire aboutir deux initiatives pour lutter contre l'extension de la 5G. Un moratoire provenant de ces derniers semble donc également écarté dans un futur proche.

La prochaine étape pour le développement de la 5G sera l'attribution des fréquences millimétriques. Connaîtrons-nous une fronde aussi importante pour un tel développement ? Les cantons outrepasseront-ils à nouveau leurs compétences pour légiférer à ce sujet ? Des recours aux instances judiciaires seront-ils plus fréquents tant du côté des opérateurs que des opposants ? Ces nombreuses questions ne peuvent à l'heure actuelle trouver réponse.

Dans les débats liés au droit des télécommunications, il est souvent question d'étendre le débit de transmission du service universel. Le Conseil fédéral³⁹⁵ a lancé en novembre dernier une

³⁹³ ATF 133 II 353, c. 4.2.

³⁹⁴ LEMATIN.CH

³⁹⁵ OFCOM service universel.

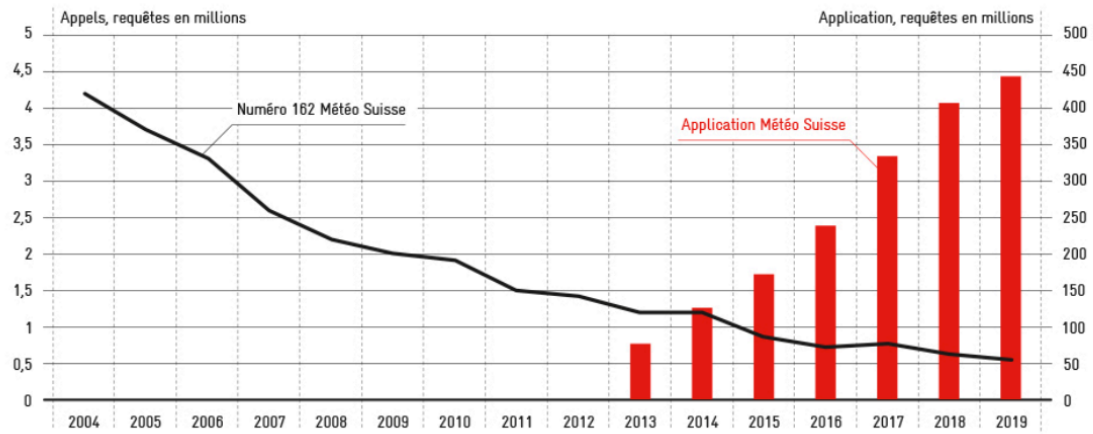
consultation pour augmenter son débit dès 2024. Dans un futur proche, connaissons-nous un élargissement de ce dernier au profit de la téléphonie mobile, plus proche des réalités actuelles? Une telle évolution aurait un impact particulier notamment dans les pesées d'intérêts liées au droit des télécommunications en premier lieu, mais également dans le cadre de l'aménagement du territoire ou pour la protection des marécages. En effet, les intérêts publics liés au droit des télécommunications trouveraient directement leur fondement dans la Constitution en vertu de l'art. 92 Cst. Ainsi le conflit possible retenu par la doctrine³⁹⁶ entre deux intérêts de rang constitutionnel deviendrait un conflit réel avec une confrontation directe entre la couverture en téléphonie mobile de bonne qualité du service universel et la protection de l'être humain et de son environnement naturel en vertu de l'art. 74 al. 1 Cst. L'implantation d'antennes dans le milieu bâti se trouverait ainsi avantagé et encouragé. Avec un tel changement, la protection permettant uniquement l'implantation d'infrastructures nécessaires, dans les marais et les sites marécageux d'une beauté particulière qui présentent un intérêt national, devrait élargir sa protection aux antennes de téléphonie mobile.

Une telle modification occasionnerait un véritable changement de paradigme qui démontrerait parfaitement l'évolution permanente et en mouvement du droit des télécommunications.

³⁹⁶ FAVRE/JUNGO, p. 227.

Annexe

Nombre de requêtes par année concernant Météo Suisse depuis un appel téléphonique et l'application mobile



Source : Météo Suisse (2020)