



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

**JEAN-SEBASTIEN BODA**

*Avocat au Barreau de Paris*

*Docteur en droit*

6 Avenue du Coq

75009 PARIS

Syndicat d'énergie des Alpes de  
Haute Provence (SDE 04)

M. René MASSETTE

Président

5, avenue Bad-Mergentheim

04000 Digne-les-Bains

Paris, le 02 août 2019

**Par LRAR**

**A l'attention de M. René MASSETTE**

**Objet : Recours gracieux relatif au déploiement des dispositifs de comptage communicants dits « Linky » sur le périmètre de la concession du SDE 04**

**Dossier : Usagers 04 / SDE 04 Linky**

Monsieur le président,

J'ai l'honneur de vous adresser le présent courrier en défense des intérêts de nombreux usagers du service public de la distribution d'électricité sur le territoire de la concession du Syndicat d'énergie des Alpes de Haute Provence (SDE 04) – ci-après « les exposants » – qui ont bien voulu saisir mon Cabinet des difficultés suscitées par le déploiement des dispositifs de comptage communicants dits « Linky » sur le périmètre de la concession du SDE 04 (**Production n° 1 : Liste des exposants**).

Le présent courrier, qui a valeur de recours gracieux, a pour objet à la fois de porter à la connaissance du SDE 04, autorité organisatrice des réseaux de distribution d'électricité du département des Alpes de Haute Provence, les problèmes rencontrés par de nombreux usagers face au déploiement des dispositifs de comptage communicants dits « Linky » sur le périmètre de la concession du SDE 04 et de demander au SDE 04 d'intervenir conformément aux pouvoirs qui sont les siens, principalement en matière de contrôle de la concession.



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

## I. LE CADRE JURIDIQUE DU DEPLOIEMENT DES DISPOSITIFS DE COMPTAGE COMMUNICANTS DITS « LINKY »

**I.1.** Les dispositifs de comptage – ou compteurs – servent à mesurer la quantité d'électricité consommée dans un lieu donné. Les dispositions de l'article L. 322-8 du Code de l'énergie précisent que parmi les missions du gestionnaire de réseau de distribution d'électricité figure celle d'exercer « *les activités de comptage pour les utilisateurs raccordés à son réseau, en particulier la fourniture, la pose, le contrôle métrologique, l'entretien et le renouvellement des dispositifs de comptage et d'assurer la gestion des données et toutes missions afférentes à l'ensemble de ces activités* ». Cette mission de comptage contribue à permettre la gestion des flux, mission que l'article L. 322-9 du Code de l'énergie assigne également au gestionnaire de réseau.

L'article L. 341-4 du Code de l'énergie prévoit que « *les gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité mettent en œuvre des dispositifs permettant aux fournisseurs de proposer à leurs clients des prix différents suivant les périodes de l'année ou de la journée et incitant les utilisateurs des réseaux à limiter leur consommation pendant les périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée* ». Plus précisément, les articles R. 341-4 et suivants du Code de l'énergie prévoient la mise en œuvre de « *dispositifs de comptage permettant aux utilisateurs d'accéder aux données relatives à leur production ou leur consommation et aux tiers autorisés par les utilisateurs à celles concernant leurs clients* » en précisant qu'ils « *doivent comporter un traitement des données enregistrées permettant leur mise à disposition au moins quotidienne* ».

**I.2.** C'est dans ce cadre juridique brièvement exposé que, depuis plusieurs mois, la société ENEDIS, concessionnaire de la distribution publique d'électricité du SDE 04, mène une politique de déploiement systématique des dispositifs de comptage communicants dits « Linky » sur le périmètre de la concession du SDE 04, avec l'appui de ses sous-traitants.

Il importe d'emblée de relever que ces dispositifs de comptage communicants sont intégrés au réseau public de distribution d'électricité et appartiennent au SDE 04. En effet, l'article L. 322-4 du code de l'énergie prévoit que les ouvrages des réseaux publics de distribution appartiennent aux collectivités territoriales ou à leurs groupements désignés au IV de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales. Ainsi ces ouvrages, exploités par le concessionnaire, font partie du domaine public des autorités concédantes (TA Pau, 3 décembre 2013, Société ERDF, n° 1202025). Or, les dispositifs de comptage, qui ont la qualité d'ouvrage de branchement, font partie du réseau public de distribution d'électricité ainsi que l'a déjà jugé la Cour administrative d'appel de Nancy (CAA Nancy, 12 mai 2014, M. Mietkiewicz et autres, n° 13NC01303 et suivants). Ainsi, en vertu de ces dispositions, l'ensemble des dispositifs de comptage communicants dits « Linky » installés par la société ENEDIS dans le cadre de la concession de distribution publique du SDE 04 appartient à ce dernier. C'est ce que vient de confirmer le Conseil d'Etat de façon particulièrement nette dans un arrêt *Commune de Bovel* (CE, 28 juin 2019, Commune de Bovel, n° 425975) :

*« 4. Il résulte de la combinaison des dispositions précitées que la propriété des ouvrages des réseaux publics de distribution d'électricité est attachée à la qualité d'autorité organisatrice de ces réseaux. En conséquence, lorsqu'une commune transfère sa compétence en matière d'organisation de la distribution d'électricité à un établissement public de coopération, celui-ci devient autorité organisatrice sur le territoire de la commune et propriétaire des ouvrages des réseaux en cause, y compris des installations de comptage visées à l'article D. 342-1 du code de l'énergie ».*



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

Les dispositifs de comptage communicants dits « Linky » font ainsi pleinement partie du patrimoine de la concession du SDE 04 ; ils sont inaliénables par le concessionnaire qui n'en gère que l'exploitation et l'entretien pour la durée de la concession.

## II. LES DYSFONCTIONNEMENTS RELEVÉS AU COURS DU DÉPLOIEMENT DES DISPOSITIFS DE COMPTAGE COMMUNICANTS DITS « LINKY » SUR LE TERRITOIRE DE LA CONCESSION DU SDE 04

A l'examen, le déploiement des dispositifs de comptage communicants dits « Linky » sur le territoire de la concession du SDE 04 a soulevé de nombreux problèmes, conduisant les exposants, soucieux du bon fonctionnement du service public, à s'intéresser aux conditions dans laquelle la concession est exploitée et à se tourner vers le SDE 04, dont c'est le rôle de contrôler que l'exploitation de la concession se fasse dans le respect du droit.

### II.1. LE DÉPLOIEMENT FORCÉ

II.1.1. En premier lieu, ce déploiement s'effectue dans bien des cas de manière forcée, en violation du droit fondamental que constitue la propriété privée, droit garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et disposant de ce fait d'un statut constitutionnel et par le premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

Pourtant, la Ministre de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer, chargée des Relations internationales sur le climat, avait clairement affirmé en 2017, alors que le cadre législatif et réglementaire était identique, que « *le déploiement du compteur Linky ne doit en aucun cas être une contrainte imposée aux usagers et je vous demande de faire cesser ces pratiques qui contredisent ma volonté de faire adhérer l'ensemble des français à la transition énergétique de manière positive et participative* » (Déclaration reproduite dans la question n° 2243 de M. Loïc Prud'homme, JO du 24/10/2017, p. 5113). Le ministre de la Transition écologique et solidaire rappelait récemment la prééminence du droit de propriété en relevant que « *le gestionnaire de réseau doit procéder au remplacement du compteur en respectant notamment le droit de la propriété lorsque le compteur n'est pas situé sur l'espace public ou dans un endroit accessible. Lorsque le client refuse l'accès au compteur, les équipes de pose ne pourront donc pas procéder au remplacement du compteur* » (Réponse à la question n° 2243, JO du 13/03/2018, p. 2158).

Pour davantage de clarté, les exposants entendent distinguer **deux types de cas** et **deux types de pratiques** constitutives d'un déploiement forcé :

- Les cas où les dispositifs de comptage figurent **à l'intérieur** d'une propriété privée, pour lesquels l'accord du propriétaire pour procéder au déploiement est obligatoire. Dans nombre de ces cas le déploiement s'effectue, **dans les faits**, sans respecter ce droit sur le périmètre de la concession du SDE 04 ;
- Les cas où les dispositifs de comptage figurent **à l'extérieur** d'une propriété privée, pour lesquels il est convenu que l'utilisateur doit simplement être informé suffisamment en amont de l'installation d'un dispositif de comptage, le cas échéant pour pouvoir échanger sur le déploiement pour son installation. Plus précisément la règle adoptée veut que plusieurs courriers soient adressés préalablement à la pose du compteur Linky : 1) un premier courrier 60 jours avant l'intervention technique, par lequel son fournisseur d'électricité l'informe qu'Enedis remplace actuellement les compteurs ; 2) un deuxième courrier 30 à 45 jours avant la pose du compteur, par lequel Enedis lui annonce le remplacement prochain du compteur ;



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

3) un troisième courrier par lequel l'entreprise de pose lui indique la semaine de pose lorsque le compteur est accessible depuis la voie publique. En revanche, lorsque le compteur est situé dans une propriété privée, l'entreprise contacte l'utilisateur pour fixer un rendez-vous. Dans nombre de ces cas, le déploiement s'effectue, **dans les faits**, sans respecter ces procédures d'information sur le périmètre de la concession du SDE 04 (**les courriers d'informations ne sont pas adressés**).

Ainsi, dans les deux cas répertoriés, on constate un déploiement forcé sur le territoire de la concession du SDE 04 qui est le fait de la société concessionnaire et/ou de ses sous-traitants.

**II.1.2.** La situation ainsi décrite ne résulte pas uniquement d'erreurs individuelles ou d'indélicatesse isolées, elle résulte également d'une politique concertée par la société concessionnaire. Ainsi, la fiche de consigne de la société concessionnaire aux sous-traitants préconise tout simplement de ne pas respecter la propriété ou la nécessité d'informer (**Production n°2 : Fiche consigne rédigée par la société concessionnaire**). Et c'est un florilège :

- « Absence de portail ou de muret autour de la propriété et absence de panneau interdisant l'entrée : l'accès à la propriété est réputé se faire librement, remplacer le compteur » ;
- « Simple ouverture d'un portail (...) : l'accès est réputé se faire librement » ;
- « Affiche à l'entrée de l'immeuble, de la maison refusant linky (...) ne pas tenir compte de l'affiche » ;
- « Porte ou portail fermé à clef, mais le technicien dispose d'un vigik, d'un double de clef ou d'un digicode : remplacer les compteurs normalement » ;
- « Cadenas/affiches sur le coffret ou la gaine : ne pas tenir compte des affiches, casser le cadenas si besoin » ;
- « Affiche ou panneau interdisant l'accès au motif de la violation de domicile/ propriété privée (...) : dans le cas d'un ensemble collectif tenter d'obtenir qu'un (...) habitant vous autorise à rentrer (...) » ;
- « Affiche ou panneau interdisant l'accès au motif de la violation de domicile/ propriété privée (...) dans le cas d'une propriété individuelle : remplacer le compteur ».

La mise en œuvre ou « concrétisation » de ces consignes a pu aboutir, **dans les faits**, à des cas de harcèlement voire à des abus de faiblesse, c'est-à-dire des qualifications susceptibles de relever d'infractions réprimées par le Code pénal.

A l'examen, il ressort des conditions de déploiements que certaines propriétés privées sont violées et surtout que la juste information prévue n'est absolument pas mise en œuvre, les deux premiers courriers étant systématiquement omis.

Il s'agit là d'un **premier manquement** très grave de la société concessionnaire à ses obligations.

## **II.2. L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DES PERSONNES QUALIFIEES « D'ELECTROSENSIBLES » OU « D'ELECTROHYPERSENSIBLES » (EHS)**

**II.2.1.** En deuxième lieu, les dispositifs de comptage communicants dits « Linky » installés par le concessionnaire sont bidirectionnels puisqu'ils utilisent la porteuse du courant pour injecter des radiofréquences dans l'installation électrique de l'utilisateur infortuné : le dispositif communique par le biais de signaux *courants porteurs en ligne* (CPL), lesquels se propagent dans les deux sens et se retrouvent donc sur la ligne privée de l'utilisateur.



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

Pour reprendre les termes d'O. Cachard, « *ces compteurs permettent une communication bidirectionnelle avec le réseau du distributeur d'électricité : ils reçoivent des informations ou des instructions et ils émettent des informations. Les instructions reçues du distributeur d'électricité pourraient lui permettre de "lisser" la consommation en coupant sélectivement l'alimentation électrique de certains équipements du client. Les informations émises lui permettent de connaître avec précision les habitudes de consommation du client, appareil par appareil. (...) Le compteur intelligent utilise la technique du courant porteur en ligne (CPL) pour recueillir les informations et les transmettre. Ces informations sont codées par un modulateur/démodulateur qui superpose à l'électricité livrée et consommée un courant électrique supplémentaire* » (O. Cachard, *Le droit face aux ondes électromagnétiques*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 211-212).

Le passage désormais systématique du CPL méconnaît, en l'état, le principe de sobriété de l'exposition du public aux champs électromagnétiques consacré à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques.

**II.2.2.** Plus grave, au sein de la problématique générale de l'exposition aux ondes électromagnétiques se trouve celle de la sensibilité particulière de certaines personnes qualifiées « d'électrosensibles » ou « d'électrohypersensibles » (EHS). On rappellera, de ce point de vue, que l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) a pu préconiser « *d'étudier la possibilité d'installer des filtres, pour les personnes qui le souhaiteraient, permettant d'éviter la propagation des signaux CPL à l'intérieur des logements* » (Conclusions sur CES, avis révisé de l'ANSES du 7 juin 2017, Exposition de la population aux champs électromagnétiques émis par les « compteurs communicants »). Depuis, l'ANSES a rendu un avis en mars 2018 par lequel elle qualifie la souffrance et les douleurs exprimées par les personnes se déclarant EHS de « *réalité vécue* » nécessitant une **prise en charge sanitaire et sociale**.

En conséquence, par deux ordonnances, les juges des référés du TGI de Toulouse et de Bordeaux, ont pris en compte l'électrosensibilité en donnant le droit aux personnes reconnues comme telles par un certificat médical soit de refuser l'installation du compteur (TGI Toulouse, 12 mars 2019, n° 19/00431) soit d'obtenir la pose d'un filtre protecteur sur celui-ci, à la charge de la société concessionnaire dès lors qu'ils « *justifient d'un trouble manifestement illicite par manquement au principe de précaution, en ce que l'installation d'un compteur "Linky" s'est faite à leur domicile ou y est envisagée sans la pose d'un filtre les protégeant des champs électromagnétiques* ». Selon le juge « *il y a lieu en conséquence de condamner la société Enedis à l'installation d'un tel filtre aux points de livraison ainsi définis, sous l'astreinte qui sera précisée au dispositif de la présente décision* » (TGI Bordeaux, 23 avril 2019, n° 9999).

**Les exposants entendent préciser que d'autres juridictions ont également statué en ce sens, notamment à Tours, et que certaines s'apprêtent à le faire.**

En l'état, il est pourtant manifeste que le déploiement des dispositifs de comptage communicants dits « Linky » sur le périmètre de la concession du SDE 04 s'effectue sans qu'aucune prise en compte spécifique des personnes qualifiées « d'électrosensibles » ou « d'électrohypersensibles » (EHS) ne soit mise en œuvre. Aucun filtre n'est installé par la société concessionnaire, laquelle ne cherche même pas à identifier lesdites personnes.

Il s'agit là d'un **deuxième manquement** très grave de la société concessionnaire à ses obligations.



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

### II.3. L'ABSENCE DE RESPECT DE L'OBLIGATION DE CONSEIL, DE PRUDENCE ET DE DILIGENCE S'AGISSANT DE LA COMPATIBILITE AVEC L'INSTALLATION INTERIEURE

En troisième lieu, au regard des caractéristiques techniques des dispositifs de comptage communicants dits « Linky », le concessionnaire voit peser sur lui une obligation de conseil des usagers du service public : lorsqu'il procède à la pose, il doit vérifier si l'installation électrique du foyer est en mesure de supporter le niveau de puissance défini et conseiller, si besoin est, aux usagers de faire changer leur section de câbles lors d'un changement de puissance. Comme le révèle O. Cachard dans une étude, *« en ce qui concerne l'installation du réseau électrique intelligent, les abonnés sont créanciers d'une obligation d'information sur les caractéristiques techniques du compteur et sur l'éventuelle mise en service d'un concentrateur GSM à proximité de leur immeuble. Ils sont également créanciers d'une information sur la sécurité du compteur, sous le double aspect de la santé et de la compatibilité électromagnétique avec leurs appareils. En ce qui concerne l'exploitation du compteur, les abonnés sont également créanciers d'une information précise sur la nature des modifications affectant le soutirage de l'électricité et sur les perspectives de modification du comptage et de la tarification »*. Car, comme le relève encore O. Cachard, *« depuis le début du déploiement, des incidents sérieux sont rapportés par la presse quotidienne régionale : disjonctions intempestives, débuts d'incendie ou courts-circuits »* (in Le Hussard sur le toit. A propos du déploiement des compteurs électriques communicants, Contrats – Concurrence – Consommation, Avril 2017, p. 5).

On rappellera pour mémoire que dans d'autres concessions, des enquêtes sont en cours au sujet d'incendies consécutifs à la pose des dispositifs de comptage communicants dits « Linky », imposant de respecter toutes les précautions d'usage lors de la pose - c'est ainsi que le Syndicat Intercommunal d'Energies du Département de l'Aveyron a sollicité de son concessionnaire des précisions sur les causes et conséquences d'un incendie qui s'est déclenché dans un immeuble du centre-ville de Millau le 14 décembre 2018 et lui a rappelé les obligations de déclaration et d'information qui lui incombent au titre de l'article R. 323-38 du Code de l'énergie.

Pourtant, lors de la pose des dispositifs de comptage communicants dits « Linky », on a constaté une augmentation de l'ampérage du disjoncteur de branchement se produisant sans le consentement de l'utilisateur du service public et visant simplement à éviter aux techniciens d'avoir à se déplacer pour traiter la situation individuelle de chaque usager. En outre, les exposants ajouteront que les tableaux de support ne sont pas changés alors qu'ils ne correspondent plus aux normes techniques pourtant connues par le concessionnaire, en particulier la norme NF C 14-100 qui contient en la matière des prescriptions très précises, notamment celle imposant que les platines bois soient remplacées.

En tout état de cause, l'obligation de conseil du concessionnaire est complètement méconnue dans les faits : force est de constater que la seule communication institutionnelle qui a été employée par le concessionnaire n'a pas permis d'assurer l'effectivité de l'obligation d'information des caractéristiques techniques du compteur. C'est encore le cas, *a fortiori*, car ce n'est nullement le concessionnaire lui-même, mais des sous-traitants qui procèdent à la pose sans égard pour les normes juridiques applicables et sans aucune culture du service public. De fait, le déploiement des dispositifs de comptage communicants dits « Linky » sur le périmètre de la concession du SDE 04 s'effectue donc en pleine méconnaissance de l'obligation de conseil qui pèse sur le concessionnaire, qui est privée de toute effectivité au mépris de la qualité du service public.

Il s'agit là d'un **troisième manquement** très grave de la société concessionnaire à ses obligations.



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

#### II.4. LES DIFFICULTÉS LIÉES AUX DONNÉES PERSONNELLES ET AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

En quatrième lieu, c'est un point désormais bien connu, ce déploiement est susceptible de poser de nombreuses difficultés en matière de protection des données personnelles collectées par le dispositif de comptage communicant dits « Linky » – laquelle protection est assurée tant par la loi que par des normes de valeur constitutionnelle et conventionnelle.

Ainsi, la Délibération n° 2012-404 de la CNIL du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants, recommande que ce soit Enedis qui recueille ce consentement : « *dans la mesure où la collecte de la courbe de charge est réalisée par les gestionnaires de réseau, la Commission recommande que ces derniers soient chargés du recueil de ce consentement auprès des usagers* ».

Pourtant, dans ses dispositions générales relatives à l'accès et à l'utilisation du Réseau Public de Distribution basse tension pour les Clients en Contrat Unique, la société concessionnaire prévoit que :

*« La transmission au Fournisseur de la Courbe de Charge du Client par Enedis nécessite une autorisation du Client, conformément à la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite "informatique et Libertés" :*

*-à Enedis : pour la collecte et la transmission de cette Courbe de Charge par Enedis au Fournisseur. Cette autorisation peut être adressée soit directement à Enedis, soit via le Fournisseur. Dans ce dernier cas, le Fournisseur s'engage à recueillir le consentement préalable du Client et à en apporter la preuve sur simple demande d'Enedis.*

*-au Fournisseur ; pour le traitement de cette donnée par le Fournisseur ».*

La société concessionnaire laisse ainsi illégalement la faculté aux fournisseurs de prévoir de recueillir seuls le consentement préalable des usagers au sujet de la transmission de la Courbe de Charge.

En outre, un travail de l'association Robin des Toits montre que la majorité des conditions générales de vente des fournisseurs ne font pas la distinction entre « *données de consommation* » et « *Courbe de charge* » avec pour conséquence que les données de consommation remontent par défaut vers le concessionnaire.

Par exemple, les conditions générales de vente du fournisseur Direct Energie (art.4 ; Offre Horizon dissocié ; 01/07/2017) précisent que le client : « *Autorise expressément (...) le GRD à communiquer à DIRECT ENERGIE toutes les informations (...) notamment : les données de comptage (incluant la courbe de charge* ». Ainsi le client donne en même temps son acceptation pour l'offre de fourniture d'électricité et pour la collecte des données personnelles par la société concessionnaire.

Dernièrement, dans une décision MED n° 2018- 007 du 5 mars 2018 *mettant en demeure la société DIRECT ENERGIE*, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a relevé les nombreuses méconnaissances de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* auxquelles est susceptible d'aboutir l'usage du dispositif de comptage communicants dits « Linky » par un fournisseur d'énergie.

La société concessionnaire connaît ses pratiques mais ne les désavoue pas.

Il s'agit là d'un **quatrième manquement** très grave de la société concessionnaire à ses obligations.



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

**II.5.** Ces manquements identifiés sont loin d'être purement théoriques : des graves préjudices en résultent pour des usagers sur le périmètre de la concession du SDE 04. Certains usagers ont précisément entendu attester leurs difficultés en produisant des témoignages (**Production n° 3 : Témoignages**).

Ces témoignages établissent la réalité des difficultés rencontrées sur le terrain par les usagers et des pratiques discutables utilisées dans le cadre du déploiement du dispositif de comptage communicants dits « Linky ». Ils sont un élément déterminant pour inviter le SDE 04 à agir : il dispose désormais, grâce à l'action des exposants, des éléments de fait et droit nécessaire à une juste appréciation de la situation.

De toute évidence, à l'aune des 4 manquements identifiés, le bon fonctionnement du service public de la distribution d'électricité sur le périmètre de la concession du SDE 04, auquel sont attachés les exposants, tout comme le respect des normes applicables, implique que les agissements du concessionnaire fassent l'objet d'un strict contrôle, seul à même d'assurer le respect des normes juridiques applicables, qu'elles soient comprises dans le cahier des charges de la concession, dans la loi ou encore dans le règlement. Les usagers ne peuvent en effet demeurer plus longtemps seuls face à un concessionnaire qui n'est pas à l'écoute et qui n'hésite pas à procéder, par l'intermédiaire de sous-traitants et dans de nombreux cas de manière forcée, au déploiement des dispositifs de comptage communicants dits « Linky ».

Bien plus, soucieux de la pleine exécution de ses obligations par le concessionnaire, les exposants souhaitent, au vu de l'état du réseau public de distribution d'électricité concédé, que le concessionnaire, prompt à déployer les dispositifs de comptage communicants dits « Linky » pour obtenir des bonus financiers, soit davantage concerné par la nécessité de réaliser des provisions pour renouvellement des ouvrages de réseaux vétustes, afin de rendre à ce service public, sur le périmètre de la concession du SDE 04, ses lettres de noblesse. Ce point capital nécessite une interpellation du SDE 04 sur un **possible cinquième manquement** de la société concessionnaire à ses obligations.

Au regard des enjeux pour le service public concédé, il devient urgent que l'autorité concédante puisse intervenir pour tenir compte des dysfonctionnements soulevés par le présent courrier, mais aussi pour agir en conséquence, compte tenu des pouvoirs qui sont ceux du SDE 04, permettant de s'assurer que le concessionnaire exploite le service dans le respect du cahier des charges de la concession ainsi, plus généralement, que des normes constitutionnelles, européennes, législatives et réglementaires.

### **III. LES POUVOIRS DE L'AUTORITE CONCEDANTE ET SES OBLIGATIONS EN LA MATIERE**

**III.1.** Dans le cadre de la concession, les dispositions de l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales prévoient que les autorités concédantes de la distribution publique d'électricité, lesquelles sont concomitamment autorités organisatrices des réseaux publics de distribution d'électricité, « *négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions* ». Elles assurent notamment « *le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité* ». Ainsi, en la matière, le législateur a organisé un pouvoir de contrôle spécifique au profit de ces autorités concédantes que les cahiers des charges des concessions viennent concrétiser.





BODA

Cabinet d'avocat à Paris

Le Conseil d'Etat a ajouté, dans l'arrêt *Commune de Douai* (CE, 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788 ; JCP A 2013, 2044 et 2045) « *qu'il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation* ». Cette solution générale trouve à s'appliquer à l'ensemble des délégations de service public, mais s'agissant plus particulièrement de la distribution publique d'électricité, le Conseil d'Etat a jugé qu'il résultait des dispositions précitées de l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales que le concessionnaire est tenu de communiquer à la demande de l'autorité concédante « *toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession* ».

Comme la récemment relevé le rapporteur public L. Cytermann, dans ses conclusions sur l'arrêt précité *Commune de Bovel*, « *Depuis la loi du 9 août 2004, le législateur a entendu conforter le rôle et les prérogatives de l'autorité concédante face au concessionnaire. Cette tâche n'est pas aisée, le concessionnaire étant en situation de monopole et bénéficiant de moyens et de compétences techniques disproportionnés par rapport à ceux du concédant. C'est pour réduire cette disproportion que le législateur a poussé à l'exercice de la compétence d'AODE à l'échelle départementale. Au-delà du sujet des compteurs Linky, il ne serait guère cohérent de laisser à la commune une propriété des installations qui serait purement passive, alors qu'elle n'exerce aucun autre rôle en la matière si ce n'est par sa participation au syndicat ou à l'EPCI dépositaire de la compétence* ».

Il soulignait ainsi le caractère fondamental du contrôle des autorités concédantes, dont le SDE 04, y compris sur des sujets comme les dispositifs de comptage communicants dit « Linky », lesquels ne peuvent relever de l'échelle de la commune.

Au surplus, précisons que les stipulations du modèle de cahier des charges de la concession, qui a servi de modèle à la concession du SDE 04, prévoient l'existence d'un contrôle ponctuel de la concession que le concédant peut décider (32 A), et la faculté, laissée au concédant, d'émettre des pénalités en cas de « *non-production des documents prévus au présent article* » (32 D).

**III.2.** Le pouvoir de contrôle dont dispose le SDE 04 sur son concessionnaire, et dont le SDE 04 fait expressément mention à l'article 3 de ses statuts, est ainsi très étendu. Ce pouvoir, qui vise à contrôler le bon fonctionnement du service public concédé, permet notamment au concédant de contrôler l'état et l'usage du patrimoine concédé, dont font partie les dispositifs de comptage communicants dit « Linky ». Ce pouvoir constitue également une obligation pour l'administration contractante qui connaît une contrepartie en jurisprudence, à savoir le droit pour les usagers du service public d'exiger la bonne exécution des obligations pesant sur le concessionnaire.

Comme l'affirmait le commissaire du gouvernement L. Blum dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie générale française des Tramways* (CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des Tramways, Rec., p. 216), l'Etat ne peut se désintéresser du service public une fois qu'il est concédé : « *il est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public* ». Ainsi l'administration a le devoir de surveiller la bonne exécution du service public afin de vérifier qu'il satisfait aux besoins du public.



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

C'est dans ce cadre que les usagers peuvent saisir le juge de l'excès de pouvoir en cas de refus de l'autorité concédante d'exercer les pouvoirs qu'elle détient du contrat (CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec., p. 962, concl. J. Romieu). Dans ses conclusions sur cet arrêt, J. Romieu évoquait d'ailleurs avec clarté l'existence d'un recours « *au cas où (l'administration) se refuserait à user des pouvoirs dont elle dispose pour contraindre l'exploitant au respect de ses obligations et pour assurer l'exécution du contrat en ce qui concerne les droits qu'il a entendu assurer aux usagers* » (Conclusions précitées).

De même, l'autorité concédante engage sa responsabilité lorsqu'elle méconnaît son obligation de surveillance de l'exécution du contrat ; les usagers peuvent alors tenter une action indemnitaire pour obtenir réparation du préjudice qu'a pu leur causer ce refus d'exercer le contrôle de la bonne exécution du contrat (CE, 5 novembre 1937, Sieur Caire, Rec., p. 899). Il existe ainsi une obligation générale pesant sur l'administration contractante d'exercer les pouvoirs qu'elle détient en cas de non-respect par le cocontractant de ses obligations propres.

Corrélativement, la jurisprudence admet l'action en responsabilité dirigée par les tiers contre l'administration contractante pour son abstention fautive dans l'exercice de ses pouvoirs à l'égard de son cocontractant (CE, 7 novembre 1958, Société Électricité et Eaux de Madagascar et territoire de Madagascar c/ Nicola, Lebon 530, conclusions Heumann). Comme le relève l'arrêt, il se prévalait de ce que le concédant aurait commis une faute « *en s'abstenant d'user de ses pouvoirs d'autorité concédante pour contraindre la Société Électricité et Eaux de Madagascar, son concessionnaire, à exécuter divers travaux* ».

La lecture des conclusions de M. Heumann sur cet arrêt permet d'en saisir la portée, et notamment le fait qu'il s'agit purement et simplement d'une application de la jurisprudence précitée *Croix-de-Seguey-Tivoli*. Le commissaire du gouvernement posait ainsi la question de droit : « *l'intéressé peut-il former un recours pour excès de pouvoir contre l'acte par lequel le concédant refuse d'agir auprès du concessionnaire pour le contraindre à respecter le contrat de concession ou le cahier des charges ? Peut-il, ce qui revient au même, demander à la collectivité concédante la réparation du préjudice résultant du quasi-délit consistant en ce refus d'agir, en une abstention fautive ?* »

Plus généralement, l'autorité concédante engage sa responsabilité envers les usagers en refusant de faire usage de ses pouvoirs pour les protéger (CE, 21 avril 2000, Syndicat intercommunal de la région d'Yvelines pour l'adduction d'eau, n° 193007). Il existe donc une obligation générale pesant sur le SDE 04 d'exercer les pouvoirs de contrôle qu'il détient, obligation dont les usagers, ou les candidats-usagers, peuvent réclamer la mise en œuvre, en saisissant le cas échéant le juge administratif.

Il faut ajouter que l'ensemble de la doctrine reconnaît aux usagers d'un service public le droit à être informés sur le fonctionnement dudit service et ce, en vertu d'un principe général de transparence (voir notamment, A-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, PUF, 1991 ; O. Raymundie, *Gestion déléguée des services publics*, Le Moniteur, 1995, p. 290). Ce droit se concrétise par la mise à disposition des usagers de l'ensemble des documents techniques, financiers et comptables relatifs aux services publics concédés.

\* \*  
\*



BODA

Cabinet d'avocat à Paris

#### IV. DEMANDES ADRESSEES AU SDE 04

C'est dans le cadre très clair qui vient d'être détaillé que j'ai l'honneur, Monsieur le président, au nom des exposants et au regard notamment des témoignages produits (**Production n° 3 : Témoignages**), de solliciter du SDE 04, au regard des missions qui sont les siennes au regard de la loi et du cahier des charges de concession mais aussi au regard de ses statuts et notamment de leur article 3, les actions suivantes :

- En premier lieu, de mettre en demeure immédiatement et à titre conservatoire le concessionnaire de cesser de procéder illégalement au **déploiement forcé** des dispositifs de comptage communicants dit « Linky » sur le périmètre de la concession du SDE 04 ;
- En deuxième lieu de diligenter un contrôle du concessionnaire afin d'établir la quantité précise de dysfonctionnements graves relevés dans le présent courrier qui se sont produits à l'occasion du déploiement des dispositifs de comptage communicants dit « Linky » sur le périmètre de la concession du SDE 04 par des sous-traitants du concessionnaire et de pouvoir mettre le concessionnaire en demeure d'y mettre fin ;
- En troisième lieu, de bien vouloir imposer au concessionnaire de respecter l'ensemble des obligations qui lui incombent en vertu des normes juridiques constitutionnelles, européennes, législatives et réglementaire, ainsi que du cahier des charges de la concession ; de bien vouloir imposer plus particulièrement, conformément à l'interprétation donnée par la jurisprudence de la loi et du principe constitutionnel de précaution, à laquelle il convient de **donner sans délai effet utile**, la prise en compte effective et renforcée des personnes qualifiées « d'électrosensibles » ou « d'électrohypersensibles » (EHS) ;
- En quatrième lieu indiquer, par retour de courrier, l'état des provisions pour renouvellement des ouvrages concédés réalisées par le concessionnaire afin, conformément aux obligations stipulées au cahier des charges de la concession, de faire face au besoin de renouvellement des ouvrages de réseaux ;
- Enfin, en cinquième lieu, je vous prie de bien vouloir me faire parvenir copie du contrat de concession de distribution publique d'électricité qui vous lie à la société ENEDIS, ensemble son cahier des charges et ses annexes, ainsi que les avenants qui auraient pu être signés.

Je reste bien naturellement à votre disposition et vous invite à me faire connaître le nom de votre Conseil si vous le souhaitez et de prier celui-ci de prendre contact avec moi dans les meilleurs délais.

Si aucune réponse n'est apportée à la présente dans le délai de deux mois suivant sa notification régulière, mes clients se verront contraints d'user des voies de droit adéquates. En outre, ils pourraient envisager, parallèlement, d'engager la responsabilité du SDE 04 pour carence dans l'exercice du pouvoir de contrôle, au regard des très graves préjudices que cette carence engendre d'ores et déjà, notamment les inconvénients fonctionnels, le préjudice d'anxiété, et les préjudices médicaux.

Dans l'attente de vous lire, je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

JEAN-SEBASTIEN BODA