

Note d'analyse juridique relative au déploiement des compteurs communicants Linky sous l'angle de l'étendue des droits, obligations et responsabilités impartis aux autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité

Février 2016

| | |
|--|-----------|
| 1. Sur la possibilité d'engager la responsabilité d'une AODE..... | 4 |
| 1.1. Le principe de responsabilité exclusive du concessionnaire, inhérent à la nature du contrat de concession..... | 4 |
| 1.2. Les exceptions au principe de responsabilité exclusive du concessionnaire..... | 5 |
| a) La responsabilité pour faute de l'AODE | 5 |
| b) La responsabilité subsidiaire de l'AODE en cas d'insolvabilité du GRD..... | 9 |
| 2. Sur la marge de manœuvre des clients finals, des AODE et des maires pour s'opposer au déploiement généralisé des compteurs Linky | 9 |
| 2.1. Rappel sur l'obligation légale incombant aux GRD de déployer les compteurs intelligents. | 10 |
| a) L'impulsion communautaire..... | 10 |
| b) L'encadrement législatif et réglementaire en droit interne..... | 11 |
| 2.2. La marge de manœuvre limitée des clients finals..... | 12 |
| 2.3. La marge de manœuvre limitée des AODE | 13 |
| 2.4. La marge de manœuvre des maires au titre de leur pouvoir de police | 14 |
| 3. Sur l'invocation du principe de précaution | 18 |
| 3.1. Le principe de précaution, un principe d'action consacré à l'article 5 de la Charte de l'environnement..... | 18 |
| a) Une règle de procédure au champ d'application limité..... | 18 |
| b) La mise en œuvre concrète, par l'administration, du principe de précaution..... | 19 |
| 3.2. La difficulté d'invoquer le principe de précaution pour s'opposer au déploiement généralisé des compteurs Linky | 19 |
| a) Devant le juge administratif ou le juge constitutionnel..... | 20 |
| b) Devant le juge judiciaire sur le fondement du trouble anormal de voisinage | 23 |

La présente note s'inscrit dans la réflexion initiée par la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) relative aux droits, obligations et responsabilités des autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité (ci-après « AODE »), des maires et des clients finals dans le cadre du déploiement généralisé des compteurs intelligents et, en particulier, des compteurs d'ERDF baptisés *Linky*.

Rappel du contexte :

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, l'Etat s'est fixé en France comme objectif de réaliser le déploiement généralisé des systèmes de comptage dit « intelligents », « communicants » ou « évolués », de type Linky ou Gazpar, en vue d'améliorer les conditions de fonctionnement du marché, la maîtrise de la demande d'énergie ainsi que le service rendu par les gestionnaires de réseaux au bénéfice de l'ensemble des parties prenantes, et notamment des consommateurs et des fournisseurs.

Troisième génération de compteurs, après les compteurs électromécaniques et les compteurs électroniques, le compteur intelligent est capable de recevoir et d'envoyer des informations. Pour ce faire, un concentrateur, installé dans un poste de distribution, collecte par courant porteur en ligne (ci-après « CPL ») toutes les informations en provenance des compteurs, recueille les données des différents équipements électriques situés dans son environnement (transformateurs, disjoncteurs, etc.) et les communique au gestionnaire de réseau de distribution (ci-après « GRD »). Le système informatique du GRD étant accessible aux fournisseurs, ces derniers reçoivent les données de comptage de leurs clients pour la facturation de l'énergie.

Ainsi, en tant qu'interface de communication entre le réseau électrique et l'installation du consommateur, le compteur intelligent permet la généralisation des opérations à distance (relève des compteurs, coupure de l'alimentation, modification de la puissance souscrite), la consultation quotidienne par le client final de ses données de consommation, la facturation sur la base de données réelles (et non plus estimées) et la diversification d'offres tarifaires de la part des fournisseurs, adaptées aux besoins spécifiques de chacun.

A l'heure du déploiement généralisé des compteurs Linky¹, eu égard aux polémiques que ce projet suscite quant à la dangerosité des rayonnements électromagnétiques émis par le CPL et aux risques d'incendie ou encore d'atteinte à la vie privée, la FNCCR s'interroge sur la possibilité pour les AODE de voir leur responsabilité engagée (1.), sur la marge de manœuvre dont disposeraient les clients finals, les AODE ainsi que les maires pour s'opposer à la pose et à l'utilisation des compteurs Linky (2.) et sur l'opportunité d'invoquer, dans ce contexte, le principe de précaution (3.).

¹ Sur la base des résultats favorables d'une étude technico-économique (cf. l'étude de Capgemini « *Comparatif international des systèmes de télé-relève ou de télégestion et étude technico-économique visant à évaluer les conditions d'une migration du parc actuel de compteurs* » du 8 mars 2007) ainsi que des résultats de l'expérimentation menée pendant plus d'un an par ERDF auprès de plus de 250.000 clients, la Commission de régulation de l'énergie a proposé de généraliser le dispositif de comptage Linky dans sa délibération du 7 juillet 2011 *portant communication sur les résultats de l'expérimentation d'Electricité Réseau Distribution France (ERDF) relative au dispositif de comptage évolué Linky*. Le Gouvernement a alors suivi son avis en annonçant, le 28 septembre 2011, la généralisation du déploiement des compteurs Linky à partir de 2013.

1. Sur la possibilité d'engager la responsabilité d'une AODE

S'il existe un principe selon lequel, en cas de concession de services publics, la responsabilité du concessionnaire doit être recherchée à titre principal (1.1), ce principe est assorti d'exceptions à la lumière desquelles doit être analysée la potentielle responsabilité d'une AODE (1.2).

1.1. Le principe de responsabilité exclusive du concessionnaire, inhérent à la nature du contrat de concession

Il est de jurisprudence ancienne qu'en principe, en matière de concession de services publics, la responsabilité du concessionnaire doit être recherchée à titre principal, en cas de dommages causés par l'existence même ou le fonctionnement des ouvrages concédés, la circonstance que ces ouvrages soient la propriété de l'autorité concédante ou que le concessionnaire n'ait commis aucune faute étant à cet égard indifférente :

« que cette compagnie est responsable, en raison de l'existence même des ouvrages dont elle est concessionnaire, des dommages qu'ils ont causés » (CE Sect, 18 décembre 1953, *Sieur Gain*) ;

« le concessionnaire est seul responsable à l'égard des tiers des dommages causés par l'existence ou le fonctionnement des ouvrages concédés » (CE, 6 mars 1987, n°40631 ; également en ce sens CE, 7 juin 1985, n°s 40000, 40138) ;

« en raison des dangers présentés à cet égard par le réseau électrique, la société touristique du Mont-Blanc concessionnaire de cet ouvrage, doit être déclarée responsable, en l'absence de toute circonstance constituant un cas de force majeure et de toute faute imputable à la victime, des dommages résultant de cet ouvrage en lui-même dangereux, même si aucun défaut d'entretien ne peut lui être reproché » (CAA Lyon, 31 juillet 1989, n° 89LY00135)

« la société requérante soutient qu'elle est fondée à rechercher directement la responsabilité de l'autorité concédante, en faisant valoir que, selon les articles I.5.1. et I.5.2. du contrat de concession, le concessionnaire garantit la communauté d'agglomération de toutes les condamnations éventuelles prononcées à l'encontre de cette dernière et l'autorité concédante prend en charge l'indemnisation des riverains pendant la période d'exécution des travaux ; que, cependant, ces stipulations, qui se bornent à régir les relations contractuelles entre le concédant et le concessionnaire afin de déterminer la charge définitive de l'indemnisation due aux victimes des dommages causés par les travaux se rapportant à la concession, ne sauraient, en tout état de cause, avoir pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'application du principe susmentionné de la responsabilité exclusive du concessionnaire, qui est inhérent à la nature du contrat de concession, et de permettre ainsi aux tiers de rechercher directement la responsabilité de l'autorité concédante à raison des dommages résultant desdits travaux » (CAA Nancy,

18 juin 2014, Société MGC, n°13NC01878 ; dans les mêmes termes : CAA Nancy, 26 mars 2015, n°14NC01159).

Ainsi, comme rappelé à l'article 1^{er} du modèle de cahier des charges de concessions de 2007 (ci-après « **le Cahier des charges** »), le GRD exploite le service public concédé « *à ses risques et périls* » et « *la responsabilité résultant de l'existence des ouvrages et de l'exploitation (dudit) service lui incombe* ».

Or, il est clairement stipulé à l'article 19 du Cahier des charges que les appareils de comptage qui comprennent notamment « *un compteur d'énergie active, ainsi que les dispositifs additionnels directement associés à la mesure de celle-ci (notamment en cas de téléreport ou de télérelevé des consommations) et un disjoncteur* », ainsi que « *tous autres appareils, y compris les dispositifs additionnels de communication ou de transmission d'information, répondant directement au même objet, ainsi que leurs accessoires* » font « *partie du domaine concédé* »².

Dès lors, la société ERDF serait responsable à titre principal, en qualité de concessionnaire, des dommages résultant de l'existence ou du fonctionnement des installations de comptage *Linky*, et ce quand bien même elle n'aurait commis aucune faute dans l'exercice de ses missions.

1.2. Les exceptions au principe de responsabilité exclusive du concessionnaire

En dépit de ce qui précède, la responsabilité de l'autorité concédante n'est pas exclue. Elle peut être engagée dans deux hypothèses, en cas de faute de sa part (a) et en cas d'insolvabilité du concessionnaire (b).

a) La responsabilité pour faute de l'AODE

La nature du contrat de concession ne permet pas à l'autorité concédante d'échapper à sa responsabilité en cas de faute de sa part ayant causé un dommage à un usager ou à un tiers :

« si l'autorité concédante d'un service public peut voir sa responsabilité recherchée par les usagers et les tiers à titre principal en cas de faute de sa part et, à titre subsidiaire, en cas d'insolvabilité de son concessionnaire, ces principes ne trouvent application que dans le cadre d'une concession de service public » (CAA Paris, 27 octobre 1998, n°96PA04339 ; également en ce sens CAA Nancy, 12 avril 2001, Société SADE, n°96NC01755) ;

« considérant que l'organisation du spectacle taurin qui devait être donné le 7 juillet 1974, y compris le montage et le démontage des tribunes, avait été confiée par la commune à une entreprise de spectacles appartenant aux époux b... ; qu'ainsi, cette entreprise s'est trouvée substituée à la commune pour la réparation des dommages qui

² Pour conforter le fait que les installations de comptage sont effectivement des ouvrages concédés, faisant partie du réseau de distribution, il sera relevé que l'article 2 du Cahier des charges précise que les ouvrages concédés, propriété des autorités concédantes, comprennent notamment les branchements ; or, l'article D. 342-1 du Code de l'énergie considère que « *le branchement inclut l'accessoire de dérivation ainsi que les installations de comptage* ».

ont pu résulter de la mauvaise organisation ou du mauvais fonctionnement du service public ; que, des lors, en l'absence de toute faute des services municipaux, la responsabilité de la commune ne saurait être engagée à titre principal » (CE, 21 avril 1982, n°13282).

Ainsi, si l'autorité concédante ne procède pas à toutes les vérifications utiles pour l'exercice de sa mission ou si elle refuse ou néglige d'intervenir auprès du concessionnaire en vue de faire respecter les dispositions réglementaires du cahier des charges de concession³, un usager du service peut demander au juge du contrat une indemnité en réparation du préjudice résultant de cette inaction fautive (CE, 7 novembre 1958, *Sté Électricité et eaux Madagascar*).

Par ailleurs, un recours pour excès de pouvoir peut être exercé par un usager du service ou un tiers à l'encontre de la décision de l'autorité concédante manifestant cette inaction, en méconnaissance d'une clause réglementaire du cahier des charges (CE, 21 décembre 1906, *Synd. propr. Quartier Croix de Seguey Tivoli*). Or, la seule illégalité de la décision constatée par le juge de l'excès de pouvoir permet de caractériser une faute de l'autorité concédante de nature à engager sa responsabilité dans le cadre d'un recours de plein contentieux.

Enfin, le concessionnaire condamné à indemniser un usager pour des dommages causés à l'occasion du fonctionnement du service public peut se retourner, *via* une action récursoire, contre l'autorité concédante si cette dernière a manqué à une obligation lui incombant en vertu du contrat de concession, en ce compris le cahier des charges annexé à cette dernière (CE, 24 juillet 1981, n°s 6482 et 6517).

En considération de ces éléments, il apparaît nécessaire de rappeler, au préalable, les missions incombant respectivement au GRD et à l'AODE dans le cadre d'un contrat de concession de service public de distribution d'électricité et, plus précisément, en matière de comptage (i) pour être en mesure de déterminer, dans un second temps, dans quelle mesure la responsabilité pour faute de l'AODE peut être engagée (ii).

(i) *Les missions respectives du GRD et de l'AODE rattachées à l'activité de comptage*

α) *Les missions du GRD*

Il ressort clairement de l'article L. 322-8, 7° du Code de l'énergie que l'activité de comptage fait partie des missions de service public dévolues au GRD :

« Sans préjudice des dispositions du septième alinéa du I de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, un gestionnaire de réseau de distribution

³ Il sera à toutes fins utiles rappelé que les clauses réglementaires concernent l'organisation et le fonctionnement du service public et se distinguent des clauses contractuelles en ce qu'elles ont été « *stipulées dans l'intérêt du public pour garantir certaines prestations* » (concl. Bonichot sous CE, 23 juillet 1986, *Divier*) et non dans le but d'aménager les relations contractuelles entre le concédant et le concessionnaire.

d'électricité est, dans sa zone de desserte exclusive, notamment chargé, dans le cadre des cahiers des charges de concession et des règlements de service des régies : [...] 7° 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 ».

L'article 19 du Cahier des charges conforte cette mission à la charge du GRD et sous sa responsabilité :

« le concessionnaire exerce les activités de comptage et toutes les missions y afférentes.

[...] Le concessionnaire met en œuvre, en tant que de besoin, des dispositifs permettant aux fournisseurs d'énergie de proposer à leurs clients des prix différents suivant les périodes de l'année ou de la journée en incitant les utilisateurs du réseau à limiter leur consommation pendant les périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée. [...] (Les appareils de mesure et de contrôle basse tension) seront fournis et posés par le concessionnaire. Ces instruments seront entretenus et renouvelés par ses soins ».

Cette activité de comptage, qui relève du « service aux usagers » (intitulé du chapitre III du Cahier des charges), doit être « efficace et de qualité » (art. 14) et le GRD doit l'assurer tout en respectant l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article L. 322-9 du Code de l'énergie, à savoir veiller à la sécurité et la sûreté du réseau.

Par ailleurs, il est utile de préciser que, depuis le décret n°2015-1823 du 30 décembre 2015 *relatif à la codification de la partie réglementaire du code de l'énergie*, comme tout ouvrage du réseau public de distribution, l'exploitation du dispositif de comptage est encadrée par les articles R. 323-30 et suivants du Code de l'énergie. Ces articles imposent désormais au GRD :

- de faire procéder à des contrôles techniques pour vérifier que les ouvrages sont conformes aux prescriptions techniques qui leur sont applicables et de rendre des comptes au préfet et à l'autorité organisatrice (R. 323-30) ;
- d'effectuer, à la demande de l'autorité concédante, toutes les mesures nécessaires à la vérification des ouvrages et de leurs conditions d'exploitation (art. R. 323-32) ;
- d'exploiter les ouvrages « *dans des conditions garantissant leur bon fonctionnement, leurs performances et leur sécurité* » (art. 323-33) ;
- de mettre hors tension tout ouvrage dont le fonctionnement compromet la sécurité publique ou la sécurité des personnes et des biens (art. R. 323-35) ;

- de porter à la connaissance du préfet et, le cas échéant, de l'autorité concédante, tout accident survenu sur un ouvrage ainsi que tout autre événement affectant la sécurité de l'exploitation ou la continuité du service et de prendre des mesures correctrices (art. R. 323-38).

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le GRD est responsable non seulement de l'activité de comptage mais également des installations de comptage en tant que telles et notamment du respect des prescriptions techniques et des normes sécuritaires.

Autrement dit, si le fonctionnement des compteurs Linky compromettait la sécurité des personnes ou des biens, la responsabilité du GRD pourrait être recherchée pour manquement aux obligations lui incombant de par la loi (entendue au sens large) et le Cahier des charges.

β) Les missions de l'AODE

L'AODE est investie de par la loi et le Cahier des charges, et en cohérence avec l'article 37 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE*, de missions de contrôle du GRD.

Ces missions visent principalement à exercer « *le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées [...] par les cahiers des charges (des) concessions* » ainsi que « *le contrôle des réseaux publics de distribution* » en désignant à cette fin un agent de contrôle qui peut procéder, à tout moment, à toutes vérifications utiles (art. L. 2224-31, I du Code général des collectivités territoriales ; cf. également en ce sens, art. 32 du Cahier des charges).

Plus spécifiquement, conformément aux articles R. 323-31 et R. 323-32 du Code de l'énergie, l'AODE s'assure du respect des obligations mises à la charge du GRD au titre de la construction et de l'exploitation des ouvrages du réseau public de distribution, et peut inviter ce dernier à effectuer toutes les mesures nécessaires à leur vérification. Néanmoins, il est utile de relever que seul le préfet peut enjoindre au GRD, en situation d'urgence, de mettre hors tension un ouvrage dont le fonctionnement compromet la sécurité publique ou la sécurité des personnes et des biens (art. 323-35 du même code).

(ii) *Sur la possibilité d'engager en l'espèce la responsabilité pour faute de l'AODE*

Au regard des considérations précédentes, en l'espèce, la responsabilité de l'AODE ne pourrait être engagée en cas d'incendie provoqué par un compteur Linky ou de troubles sanitaires dus aux ondes émises par le CPL que si le requérant parvenait à démontrer que l'AODE a manqué à son obligation de contrôle en ne procédant pas, par exemple, à toutes les vérifications utiles ou en refusant/négligeant d'intervenir auprès du GRD afin de faire respecter les dispositions réglementaires du Cahier des charges.

Par conséquent, pour prévenir l'engagement de leur responsabilité, les AODE seraient fondées à s'assurer auprès d'ERDF que les compteurs Linky respectent les prescriptions techniques et normes sécuritaires, à solliciter les justificatifs et à inviter le GRD à effectuer les vérifications jugées nécessaires pour garantir la sécurité des biens et des personnes, le cas échéant.

b) La responsabilité subsidiaire de l'AODE en cas d'insolvabilité du GRD

Même en l'absence de faute du concédant, la responsabilité de ce dernier peut être recherchée en cas d'insolvabilité du concessionnaire. Le juge administratif a en effet reconnu la responsabilité subsidiaire de l'autorité concédante à l'égard des victimes (usagers ou tiers) de dommages causés tant par la mauvaise organisation ou le mauvais fonctionnement du service public (CE, 21 avril 1982, n°13282) que par l'existence même ou le fonctionnement des ouvrages concédés :

« le concessionnaire est seul responsable à l'égard des tiers des dommages causés par l'existence ou le fonctionnement des ouvrages concédés, la responsabilité de la collectivité concédante ne pouvant être engagée de ce fait qu'à titre subsidiaire, en cas d'insolvabilité du concessionnaire » (CE, 6 mars 1987, n°40631 ; cf. également en ce sens, CE, 26 novembre 2007, n°279302 ; CAA Marseille, 11 mars 2013, n°11MA00551 pour l'exemple d'une concession de distribution de gaz).

« du fait de l'existence du traité de concession, les victimes (des usagers en l'espèce) des dommages imputables au fonctionnement des installations concédées ne pouvaient mettre en cause la responsabilité du Port Autonome qu'en cas d'insolvabilité du concessionnaire » (CAA Nantes, 14 mars 1990, n°89NT00415 ; cf. également CE, 11 décembre 2000, n°202971)

En définitive, en l'espèce, si l'AODE veille au strict respect de sa mission de contrôle dans les conditions définies au 1.2 a) ii), il paraît peu probable, au regard du faible risque que représente l'insolvabilité d'ERDF, que sa responsabilité soit mise en jeu en cas d'incendie ou de problèmes de santé provoqués par les compteurs Linky et ce, quand bien même ces derniers constitueraient des biens de retour.

2. Sur la marge de manœuvre des clients finals, des AODE et des maires pour s'opposer au déploiement généralisé des compteurs Linky

Eu égard à l'obligation légale, pesant sur les GRD, de déployer les compteurs intelligents (2.1), la marge de manœuvre des clients finals (2.2) et des AODE (2.3) est fortement limitée.

La possibilité pour les maires de s'opposer à la pose et à l'utilisation de tels compteurs doit quant à elle être analysée à travers le prisme du pouvoir de police générale (2.4).

2.1. Rappel sur l'obligation légale incombant aux GRD de déployer les compteurs intelligents

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne (a), le déploiement des systèmes de comptage intelligents est devenu une obligation légale incombant aux GRD (b).

a) L'impulsion communautaire

En vertu de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 précitée, et plus précisément de son annexe 1, les États membres sont tenus de veiller « à la mise en place de systèmes intelligents de mesure qui favorisent la participation active des consommateurs au marché de la fourniture d'électricité ». La mise en place de tels systèmes peut toutefois être subordonnée à une évaluation économique à long terme. Si un tel projet est jugé rentable, « au moins 80 % des consommateurs (devront être) équipés de systèmes intelligents de mesure d'ici à 2020 ».

La directive 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE précise, dans son article 9, que :

« 2. Lorsque et dans la mesure où les États membres mettent en place des systèmes intelligents de mesure et des compteurs intelligents pour le gaz naturel et/ou l'électricité conformément aux directives 2009/72/CE et 2009/73/CE :

a) ils veillent à ce que les systèmes de mesure fournissent aux clients finals des informations sur le moment où l'énergie a été utilisée et à ce que les objectifs d'efficacité énergétique et les avantages pour les clients finals soient pleinement pris en compte au moment de définir les fonctionnalités minimales des compteurs et les obligations imposées aux acteurs du marché ;

b) ils veillent à assurer la sécurité des compteurs intelligents et de la communication des données ainsi qu'à garantir la protection de la vie privée des clients finals, conformément à la législation de l'Union en matière de protection des données et de la vie privée ; [...]. »

L'article 13 de la directive invite les États membres à déterminer un régime de sanctions applicables en cas d'infraction aux dispositions nationales adoptées en vertu de l'article 9 notamment, ces sanctions devant être « *effectives, proportionnées et dissuasives* ».

En somme, si le droit de l'Union européenne ne comprend pas d'obligation générale de déployer des compteurs intelligents, il exige que ces appareils soient introduits là où les conditions de marché sont favorables. Dès lors que de telles conditions sont estimées réunies dans un État membre, ce dernier doit alors déployer massivement les compteurs (au moins 80% des consommateurs devant être équipés d'ici 2020) et veiller notamment à l'utilisation effective, efficace et sécuritaire de ces derniers.

b) L'encadrement législatif et réglementaire en droit interne

Comme exposé en propos introductifs des présentes, le développement généralisé des compteurs intelligents constitue un des buts que l'Etat s'est assignés. Il suffit pour s'en convaincre de se référer aux objectifs contenus dans le projet de « programmation pluriannuelle de l'énergie – premières orientations et actions 2016-2023 », parmi lesquels figure celui tendant à « *réussir le déploiement généralisé du compteur Linky* ».

Mais au-delà de ces objectifs généraux dont la portée est à relativiser eu égard à l'absence d'effet contraignant, le législateur est venu consacrer une véritable obligation de mise en œuvre des dispositifs de comptage intelligents pesant sur les GRD.

En effet, l'article L. 341-4 du Code de l'énergie, tel que modifié par la loi n°2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, dispose que :

« Les gestionnaires des réseaux publics [...] 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.

Dans le cadre du déploiement des dispositifs prévus au premier alinéa du présent article et en application de la mission fixée au 7° de l'article L. 322-8 [sur les activités de comptage], les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité mettent à la disposition des consommateurs leurs données de comptage, des systèmes d'alerte liés au niveau de leur consommation, ainsi que des éléments de comparaison issus de moyennes statistiques basées sur les données de consommation locales et nationales.

Dans le cadre de l'article L. 337-3-1, ils garantissent aux fournisseurs la possibilité d'accéder aux données de comptage de consommation, en aval du compteur et en temps réel, sous réserve de l'accord du consommateur. [...]

La structure et le niveau des tarifs d'utilisation des réseaux [...] de distribution d'électricité sont fixés afin d'inciter les clients à limiter leur consommation aux périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée au niveau national. Ils peuvent également inciter les clients à limiter leur consommation aux périodes de pointe au niveau local. [...]

Les cahiers des charges des concessions et les règlements de service des régies de distribution d'électricité doivent être en conformité avec les dispositions du présent article. »

Pour s'assurer de l'effet utile et du respect de ces dispositions, ont été insérés dans le même code :

- l'article L. 341-4-1 qui prévoit la possibilité d'une sanction pécuniaire prononcée à l'encontre des GRD méconnaissant l'obligation prévue à l'article L. 341-4 susvisé ;
- les articles R. 341-4 et suivants qui encadrent le déploiement généralisé des compteurs intelligents, en s'assurant notamment du respect de la confidentialité des données de comptage et de la vie privée des clients, en définissant le calendrier qui devra être suivi par ERDF dans un premier temps et par tout GRD dans un second temps (cf. art. R. 341-8⁴) et en prévoyant l'adoption d'un arrêté par le Ministre chargé de l'énergie, sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), aux fins de préciser les fonctionnalités et les spécifications des dispositifs de comptage intelligents (R. 341-6).

Au total, ERDF a bien l'obligation légale de déployer ses compteurs Linky suivant les modalités définies aux articles R. 341-4 et suivants du Code de l'énergie⁵. Dans ces conditions, la marge de manœuvre dont disposent les clients finals, les AODE et les maires pour s'opposer à la démarche d'ERDF s'avère limitée.

2.2. La marge de manœuvre limitée des clients finals

A l'occasion des discussions relatives au projet de loi sur la transition énergétique, un parlementaire avait proposé un amendement tendant à permettre une concertation entre le GRD et son client reconnu électro-sensible avant l'installation d'un compteur de type Linky et Gazpar au domicile de ce dernier (Rapport n°529, fait par M. Ladislav PONIATOWSKI, enregistré à la Présidence du Sénat le 17

⁴ « Les gestionnaires des réseaux publics d'électricité mettent en place les dispositifs de comptage conformes aux prescriptions de l'arrêté prévu à l'article R. 341-6, dans les conditions suivantes :
La société mentionnée au 1° du I de l'article L. 111-53 rend conforme aux prescriptions de l'arrêté prévu à l'article R. 341-6 tout nouveau point de raccordement des installations d'utilisateurs raccordées en basse tension (BT) pour des puissances inférieures ou égales à 36 kilovoltampères, ou tout point de raccordement existant d'une installation de même nature dont les ouvrages constitutifs font l'objet de travaux et nécessitent un dispositif de comptage, quand cela est techniquement possible, même en l'absence de déploiement des systèmes d'information ou de communication associés.

D'ici au 31 décembre 2020, 80 % au moins des dispositifs de comptage des installations d'utilisateurs raccordées en basse tension (BT) pour des puissances inférieures ou égales à 36 kilovoltampères sont rendus conformes aux prescriptions de l'arrêté prévu à l'article R. 341-6, dans la perspective d'atteindre un objectif de 100 % d'ici 2024.

D'ici au 31 décembre 2020, tout gestionnaire de réseau public de distribution d'électricité desservant cent mille clients et plus ainsi que le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité rend, pour les installations d'utilisateurs raccordées en basse tension (BT) pour des puissances supérieures à 36 kilovoltampères ou raccordées en haute tension (HTA ou HTB), conformes aux prescriptions de l'arrêté prévu à l'article R. 341-6 la totalité des dispositifs de comptage mis en place aux points de raccordement à ses réseaux concédés.

D'ici au 31 décembre 2024, tout gestionnaire de réseau public de distribution d'électricité desservant moins de cent mille clients rend, pour toutes les installations d'utilisateurs raccordées en basse tension (BT) pour des puissances supérieures à 36 kilovoltampères ou en haute tension (HTA), conformes aux prescriptions de l'arrêté prévu à l'article R. 341-6 au moins 90 % des dispositifs de comptage mis en place aux points de raccordement à ses réseaux concédés.

Sous réserve des contraintes techniques liées à leur déploiement, les dispositifs de comptages sont installés en priorité chez les personnes en situation de précarité énergétique. »

⁵ La CRE et la CNIL se réfèrent déjà expressément à cette « obligation » de mise en œuvre dans les délibérations suivantes :

- délibération de la CRE du 16 juillet 2014 portant proposition de décret modifiant le décret n°2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité ;
- délibération de la CNIL n°2012-404 du 15 novembre 2012.

juin 2015, pp. 215, 216). Cet amendement ayant toutefois été retiré, ERDF n'est aucunement tenue d'obtenir l'accord du client pour poser un compteur Linky.

Ceci précisé, il sera rappelé qu'aux termes des Conditions générales du « Contrat d'accès au Réseau Public de Distribution pour une installation de consommation de puissance inférieure ou égale à 36 KVA raccordée en basse tension » :

« le Client a l'obligation de mettre gratuitement à la disposition d'ERDF un emplacement de comptage » (art. 3.1.1.2) ;

« ERDF peut accéder à tout moment à l'emplacement de comptage [...], afin d'assurer sa mission de contrôle ou en cas de défaillance du dispositif de comptage » (art. 3.1.4) ;

« chaque Partie peut procéder, à son initiative, au remplacement des équipements en fonction d'évolutions contractuelles ou d'avancées technologiques. Avant toute action, ERDF et le Client coordonnent leurs interventions afin de procéder aux remplacements des équipements dont ils ont la responsabilité » (art. 3.1.7) ;

« le Client et ERDF s'engagent [...] à ne pas porter atteinte à l'intégrité et au fonctionnement du dispositif de comptage » (art. 3.1.8).

Si le client final méconnaît ses obligations en refusant qu'ERDF procède à la pose des compteurs Linky, il risque de voir sa responsabilité engagée conformément à l'article 9.1 des Conditions générales.

De surcroît, un tel refus pouvant être qualifié de *« trouble causé par un Client ou par ses installations et appareillages, affectant l'exploitation ou la distribution d'énergie »*, ERDF serait en droit, conformément à l'article 11.6.1 des Conditions générales, de suspendre le contrat, voire de le résilier si la suspension excède une durée de trois mois. Le client final qui s'opposerait au déploiement des compteurs Linky s'exposerait ainsi à un risque de coupure de son alimentation en électricité.

2.3. La marge de manœuvre limitée des AODE

Quand bien même le Code de l'énergie ne fait peser l'obligation de développer les compteurs intelligents que sur le GRD et ne prévoit donc de sanction pécuniaire qu'à l'encontre de celui-ci, le choix d'une AODE de faire obstacle à la pose et à l'utilisation des compteurs Linky sur son territoire ne serait pas sans risque.

En effet, il convient en premier lieu de rappeler qu'aux termes de l'article 1^{er} du Cahier des charges,

« l'autorité concédante garantit au concessionnaire le droit exclusif de développer et d'exploiter le réseau de distribution électrique sur le territoire ci-après défini et à cette fin d'établir, sous réserve des droits de l'autorité concédante, les ouvrages nécessaires ».

Dès lors, l'AODE qui compromettrait, en s'opposant au déploiement des compteurs Linky, la poursuite par ERDF de l'exploitation du service dans les conditions nouvellement définies par la loi, pourrait se voir reprocher une faute contractuelle de nature à engager sa responsabilité.

En second lieu, la décision par laquelle l'AODE refuserait de procéder à la modification du cahier des charges de concession pourtant imposée par le dernier alinéa de l'article L. 341-4 du Code l'énergie pourrait être annulée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 29 avril 1987, n°51022⁶ ; CE Sect., 25 mai 1979, n°06436 et 06437⁷ ; CAA Marseille, 13 novembre 2015, n°14MA00358), ce qui permettrait de rechercher par la suite la responsabilité de l'AODE sur le terrain du plein contentieux.

2.4. La marge de manœuvre des maires au titre de leur pouvoir de police⁸

A titre liminaire, si le maire a transféré l'ensemble des compétences attachées à la distribution publique de l'électricité aux groupements listés à l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), il n'est plus en mesure d'intervenir en qualité d'autorité concédante pour s'opposer au déploiement des compteurs intelligents dans sa commune.

En revanche, se pose la question de savoir s'il peut ou doit le faire en exerçant ses pouvoirs de police administrative générale qu'il détient en vertu de l'article L. 2212-2 du même code. Pour rappel, aux termes de cet article :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : [...] 5° Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure ».

L'article L. 2212-4 du même code ajoute qu'« en cas de danger grave ou imminent », le maire prescrit « l'exécution des mesures de sûreté exigées par les circonstances ».

⁶ Recours d'une commune à l'encontre de la décision d'un syndicat intercommunal refusant de réviser un contrat d'affermage alors qu'elle y était tenue en vertu d'une disposition légale depuis la publication d'un nouveau cahier des charges type.

⁷ Un agent contractuel est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation de la décision par laquelle l'autorité qui l'a recruté a refusé de modifier certaines stipulations de son contrat pour les rendre conformes aux prescriptions réglementaires applicables.

⁸ Les considérations relatives au pouvoir de police municipale sont particulièrement dignes d'intérêt dès lors que la responsabilité administrative pour défaut d'usage ou mauvais usage du pouvoir de police est susceptible d'entraîner une mise en jeu de la responsabilité pénale des maires, notamment pour délits d'homicide ou de blessures involontaires (art. 221-6, 221-19 et 221-20 du Code pénal) ou délit de mise en danger délibérée de la personne (art. 223-1).

Autrement dit, dans sa fonction de police générale, le maire (ou le préfet de police pour la ville de Paris) est seul compétent⁹ pour mettre en œuvre, sur le territoire de sa commune, tous les moyens nécessaires au maintien de l'ordre public (mesures préventives) ou à son rétablissement (mesures d'intervention).

Conformément à l'article L. 2216-2 du Code général des collectivités territoriales, la carence du maire à faire usage de ses pouvoirs de police peut être fautive et de nature à engager la responsabilité de la commune (cf. à titre d'exemple CE, 28 novembre 2003, n°238349).

Néanmoins, il est utile de préciser que le juge administratif se livre à une appréciation *in concreto* de la situation et tend à ne considérer l'usage du pouvoir de police municipale comme légitime qu'en cas d'atteinte, ou de menace avérée de trouble, particulièrement grave à l'ordre public :

« mais considérant que le refus opposé par un maire à une demande tendant à ce qu'il fasse usage des pouvoirs de police [...] n'est entaché d'illégalité que dans le cas où à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique, cette autorité, en n'ordonnant pas les mesures indispensables pour faire cesser ce péril grave, méconnaît ses obligations légales » (CE, 23 octobre 1959, n°40922) ;

« il ressort des pièces du dossier que les constructions irrégulièrement édifiées par le sieur X... ne créaient pas un péril d'une gravité telle qu'en s'abstenant de faire usage des pouvoirs (de police), le maire de Sens ait méconnu ses obligations légales » (CE, 21 juin 1968, n°68458) ;

A contrario, alors qu'une avalanche a dévasté un chalet et entraîné la mort de 39 personnes, le juge a accepté de retenir la responsabilité de la commune dès lors que « dans les circonstances de l'affaire et compte tenu tant de l'importance du développement de la station de sports d'hiver que de la gravité des risques encourus, l'insuffisance de mesures de prévision et de prévention prises par la commune a constitué une faute de nature à engager sa responsabilité vis-à-vis des victimes » (CE, 14 mars 1986, n°96272).

Par ailleurs, il convient de relever que le maire ne peut faire usage de son pouvoir de police générale dans des matières relevant d'une police spéciale confiée à une autre autorité administrative. En effet, sauf exceptions justifiées par des « *circonstances locales particulières* »¹⁰ et notamment en cas de danger grave ou imminent (art. L. 2212-4 du CGCT), l'existence d'une police administrative spéciale exclut en principe l'intervention de l'autorité de police administrative générale :

⁹ Il sera néanmoins précisé qu'en vertu de l'article L. 2215-1 du CGCT, le préfet de département dispose d'un pouvoir de police générale propre ainsi que d'un pouvoir de substitution en cas de carence du maire dans l'exercice de ses pouvoirs de police. Par conséquent, la responsabilité de l'État peut être recherchée séparément ou simultanément avec celle de la commune en cas de faute dans l'exercice de ces pouvoirs de police.

¹⁰ CE, 8 avril 1998, n°165034, *Commune de Lattes*.

« s'il appartient au maire, responsable de l'ordre public sur le territoire de sa commune, de prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, il ne saurait en aucun cas s'immiscer dans l'exercice (d'une) police spéciale par l'édition d'une réglementation locale » (CE, 24 septembre 2012, n°342990).

Le principe de précaution ne peut être invoqué par le maire pour échapper à cette règle :

« le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions ; que, par conséquent, la circonstance que les valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques fixées au niveau national ne prendraient pas suffisamment en compte les exigences posées par le principe de précaution n'habilite pas davantage les maires à adopter une réglementation locale portant sur l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes » (CE, 26 octobre 2011, n°326492, 329904, 341767, 341768).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, en l'espèce, il serait délicat pour le maire de se prévaloir de son pouvoir de police générale pour s'opposer au déploiement des compteurs Linky sur le territoire de sa commune et ce, à trois égards.

D'une part, l'opposition aux compteurs intelligents en raison des risques, incertains, d'incendie ou de propagation d'ondes électromagnétiques relèverait davantage de la logique de précaution que de celle de prévention. Or, si depuis l'adoption de la Charte de l'environnement, le principe de précaution constitue en théorie un élément de légalité des mesures de police, les applications jurisprudentielles de ce principe en matière de pouvoir de police municipale sont rares, voire inexistantes. Le principe de précaution ne semble pas suffisant pour caractériser le risque grave ou imminent justifiant l'adoption de mesures par le maire.

La doctrine tend dans cette direction :

« L'ordre public général habilite le maire à agir pour prévenir les atteintes qui pourraient lui être portées. En ce sens, l'action préventive est certainement un caractère de l'action de police générale. Il n'en résulte pas que les maires sont appelés à invoquer le principe de précaution dans l'usage de leur compétence de police générale. Malgré la parenté des termes, l'action préventive de la police générale municipale ne s'identifie pas avec l'action de précaution induite du principe du même nom. » (JurisClasseur, Fasc. 705 « Police municipale – Compétences », 1^{er} juin 2013)

Ainsi, en l'espèce, il n'y aurait pas matière à faire usage des pouvoirs de police municipale.

D'autre part, il pourrait être considéré que le législateur a entendu organiser une police spéciale, confiée à l'Etat, chargée d'encadrer et de contrôler le déploiement des systèmes de comptage évolués. Il sera en effet rappelé que ce dernier est orchestré par les autorités nationales : autorisé par le Gouvernement en 2011, le législateur et le pouvoir réglementaire en ont précisément défini les modalités et la CRE a mis en place une régulation incitative¹¹.

Par ailleurs, c'est à l'Etat qu'il incombe de préciser les prescriptions techniques et normes sécuritaires applicables auxdits compteurs. Ainsi, alors que les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire tous les équipements électriques et électroniques ont été définies dans le décret n°2015-1084 du 27 août 2015 *relatif à la compatibilité électromagnétique des équipements électriques et électroniques*, un arrêté conjoint des ministres chargés de l'énergie et de la santé et un arrêté du ministre chargé de l'énergie, pris sur proposition de la CRE, doivent encore respectivement fixer :

- les prescriptions techniques qui doivent être satisfaites par les ouvrages des réseaux publics d'électricité afin d'« éviter que ces ouvrages compromettent la sécurité des personnes et des biens, [...] et qu'ils excèdent les normes en vigueur en matière d'exposition des personnes à un rayonnement électromagnétique » (art. R. 323-28 du Code de l'énergie) ;
- les fonctionnalités et spécifications des compteurs communicants (art. R. 341-6 du Code de l'énergie).

Au regard de ces éléments, il apparaît que l'Etat se serait réservé la mission de veiller au respect de l'ordre public en ce qui concerne le développement des dispositifs de comptage intelligents, en déterminant notamment les référentiels de sécurité applicables. Il s'agirait d'une police spéciale qui n'en porte pas (encore) le nom.

Enfin, quand bien même le maire serait en droit de faire usage de son pouvoir de police générale, les circonstances justifieraient l'adoption de mesures de sécurité moins contraignantes que l'interdiction pure et simple de poser les compteurs. Il pourrait par exemple être envisagé d'enjoindre à ERDF d'installer les dispositifs de comptage dans des lieux exposant moins le public aux rayonnements électromagnétiques, d'adopter des mesures préventives éliminant le risque d'incendie, etc.

Il résulte de ce qui précède que, si un maire laisse ERDF déployer les compteurs Linky sur le territoire de sa commune, il semblerait vain de rechercher sa responsabilité à raison d'une prétendue carence dans l'usage de son pouvoir de police municipale. Dans la même logique, le refus du maire d'installer de tels compteurs par simple précaution serait susceptible de relever d'un usage irrégulier de ce pouvoir.

¹¹ Cf. la délibération de la CRE du 17 juillet 2014 *portant décision sur le cadre de régulation incitative du système de comptage évolué d'ERDF dans le domaine de tension BT < 36 kVA*.

3. Sur l'invocation du principe de précaution

La FNCCR s'interroge enfin sur la possibilité pour un requérant d'invoquer le principe de précaution, principe d'action consacré à l'article 5 de la Charte de l'environnement (3.1), pour s'opposer au déploiement généralisé des compteurs Linky (3.2).

3.1. Le principe de précaution, un principe d'action consacré à l'article 5 de la Charte de l'environnement

Règle de procédure et non de fond (a), le principe de précaution implique un devoir d'agir, en plusieurs étapes, de l'administration (b).

a) Une règle de procédure au champ d'application limité

Aux termes de l'article 5 de la Charte de l'environnement, texte à valeur constitutionnelle promulgué le 1^{er} mars 2005 :

« Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »

Cet article pose trois critères cumulatifs conditionnant la mise en œuvre du principe de précaution par les autorités publiques compétentes, à savoir (i) l'existence d'un risque de dommage pour l'environnement, (ii) l'incertitude des connaissances scientifiques sur la réalité de ce risque et (iii) le caractère potentiellement grave et irréversible des atteintes qui en résulteraient pour l'environnement.

Dans l'hypothèse où ces critères seraient réunis, il appartiendrait aux autorités publiques, non pas de renoncer aux décisions ou projets en cause, mais de mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques et d'adopter des mesures provisoires et proportionnées pour empêcher que le risque se concrétise.

Il s'agit donc d'une obligation de moyens, en l'état des connaissances scientifiques, qui incombe aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs (*cf.* par exemple CE, 19 juillet 2010, n°328687).

Le principe de précaution constitue dès lors une règle de procédure et non une règle de fond empêchant les autorités publiques compétentes d'agir. En d'autres termes, *« le principe de précaution n'a aucune vocation à garantir le « risque zéro ». Il appelle à une prise de risque*

raisonnable dans un contexte jugé encore incertain. En conséquence, il implique [...] un devoir d'agir à travers la promotion de la recherche et la prise en compte attentive des nouveaux éléments de connaissance scientifique» (Rapport n° 352 de M. Patrice GÉLARD sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, déposé au Sénat le 16 juin 2004).

b) La mise en œuvre concrète, par l'administration, du principe de précaution

Un arrêt du Conseil d'Etat du 12 avril 2013 (n°342409) définit précisément le « protocole » à suivre par l'administration pour la mise en œuvre du principe de précaution.

En premier lieu, l'autorité compétente doit vérifier si le principe de précaution est bien applicable à la situation qui l'occupe. Il lui appartient de rechercher s'il existe « *des éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé* » (CE, 12 avril 2013, préc.), justifiant l'application de ce principe, en dépit des incertitudes subsistant quant à sa réalité et à sa portée en l'état des connaissances scientifiques.

Autrement dit, tous les risques ne sont pas éligibles à la protection du principe de précaution. Ainsi, l'article 5 de la Charte de l'environnement ne saurait être invoqué s'agissant de risques purement sanitaires en dehors de tout « relais » environnemental ; par ailleurs, ne sont pas concernés les risques certains, c'est-à-dire avérés, qui relèvent du principe de prévention ou, *a contrario*, les risques purement hypothétiques.

En tout état de cause, l'administration doit se donner les moyens de rassembler les éventuels éléments circonstanciés susceptibles d'en commander l'application : expertises, études scientifiques étayées et concordantes, lesquelles ont d'autant plus de poids lorsqu'elles ont fondé l'adoption de mesures de précaution spécifiques à l'étranger.

En deuxième lieu, dans l'hypothèse où la première condition est remplie, l'administration doit veiller à ce que des procédures « sérieuses » d'évaluation du risque identifié soient mises en œuvre par les autorités publiques ou sous leur contrôle.

En troisième et dernier lieu, l'administration doit vérifier qu'eu égard, d'une part, à la plausibilité et à la gravité du risque, d'autre part, à l'intérêt de l'opération, les mesures de précaution dont est assortie l'opération afin d'éviter la réalisation du dommage ne sont ni insuffisantes, ni excessives (contrôle de proportionnalité).

3.2. La difficulté d'invoquer le principe de précaution pour s'opposer au déploiement généralisé des compteurs Linky

L'application du principe de précaution pouvant différer selon l'ordre de juridiction saisi, deux hypothèses doivent être envisagées, à savoir l'invocation du principe de précaution devant le juge administratif ou le juge constitutionnel (a) et devant le juge judiciaire (b).

a) Devant le juge administratif ou le juge constitutionnel

En l'espèce, les clients finals s'opposant à la pose de compteurs Linky pourraient envisager d'invoquer le principe de précaution dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'un texte réglementaire relatif aux compteurs intelligents ou contre une décision de l'AODE portant refus de s'opposer à leur déploiement (ou de portée similaire), voire dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur une disposition législative relative auxdits compteurs.¹²

Néanmoins, qu'il soit invoqué pour pallier le risque d'incendie (i), le risque pour la santé publique en raison de l'émission de rayonnements électromagnétiques (ii) ou le risque d'atteinte à la vie privée (iii), ce moyen aurait peu de chance de prospérer.

(i) *Sur le risque d'incendie*

Concernant le risque d'incendie, deux éléments pourraient faire obstacle à l'action des requérants.

D'une part, si un incendie est susceptible de causer des dommages aux personnes et aux biens, il est délicat de rattacher ces derniers à une atteinte à l'environnement. Autrement dit, en dehors de tout « relais » environnemental, le risque d'incendie ne serait pas éligible à la protection du principe de précaution consacré à l'article 5 de la Charte de l'environnement.

D'autre part, sous réserve d'études scientifiques contraires, aucun élément circonstancié ne fait apparaître, en l'état des connaissances scientifiques, de risque - même incertain - d'incendie en raison de l'utilisation d'un compteur Linky.

Il sera relevé à rebours que les médias se sont emparés de cas d'incendies déclarés au Canada en 2014 et 2015 pour alimenter les polémiques sur la dangerosité des compteurs intelligents posés par la société d'Etat Hydro-Québec. Des autorités provinciales auraient ordonné le retrait desdits compteurs.

Toutefois, ces informations ne pourraient être qualifiées d'« éléments circonstanciés » de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage dû à l'installation des compteurs Linky dans les résidences et entreprises situées sur le sol français dans la mesure où :

- l'imputabilité des dommages aux compteurs n'est pas avérée ; l'étude menée à ce sujet par l'Institut de recherche d'Hydro-Québec, sous l'observation du Centre de recherche industrielle du Québec, révèle qu'une distance d'un mètre entre l'appareil de mesurage et un réservoir fixe de propane ne présente aucun risque d'explosion, en particulier si est installé

¹² Comme établi au 2.4 de la présente note, le principe de précaution ne saurait permettre à une autorité publique d'intervenir en dehors de son champ de compétence. Dès lors, sous réserve qu'il n'y ait pas matière en l'espèce à faire usage du pouvoir de police municipale, le principe de précaution ne saurait être invoqué pour attaquer l'inaction du maire.

un conduit permettant de diriger la sortie des régulateurs de pression vers le sol (Rapport d'étude « *Installation de compteurs de nouvelle génération à proximité de réservoirs de propane* » publié le 19 août 2015); par ailleurs, il sera noté que le « *rapport d'inspection concernant l'utilisation par Hydro-Québec des compteurs de nouvelle génération et de l'implantation d'une infrastructure de mesurage avancée* » publié par la Commission d'accès à l'information du Québec en février 2013 ne relevait aucun risque particulier d'incendie ;

- en tout état de cause, quand bien même des données plus concluantes seraient disponibles, elles ne sauraient en tant que telles justifier l'application du principe de précaution au cas d'espèce dès lors que nous ne sommes pas en mesure de déterminer si les compteurs intelligents posés par la société Hydro-Québec ont les mêmes caractéristiques et fonctionnent selon le même procédé que les compteurs Linky.

Pour les mêmes raisons, se référer aux expériences des autres Etats membres de l'Union européenne et, en particulier des Etats les plus avancés dans le déploiement des compteurs intelligents, à savoir l'Italie et la Suède, ne permettrait pas de justifier l'application du principe de précaution. En effet, nous n'avons pas connaissance de données officielles et publiques permettant d'attester de la dangerosité des compteurs intelligents. Par ailleurs, l'Italie et la Suède ont déployé des systèmes de comptage évolués fondés sur une technologie particulière (technologie propriétaire non interopérable pour la première et sans téléopération possible pour la seconde).

En somme, aucun élément circonstancié n'établit l'existence d'un risque, même incertain, d'incendie de nature à justifier l'adoption de mesures de précaution par les autorités publiques.

(ii) *Sur le risque pour la santé publique en raison des ondes émises par le CPL*

Le risque d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire gravement à la santé en raison des rayonnements électromagnétiques émis par les dispositifs de comptage intelligents a déjà été écarté à deux reprises.

Le Conseil d'Etat a tout d'abord estimé, dans un arrêt du 20 mars 2013 (n°354321), que le principe de précaution n'avait pas été méconnu par le Gouvernement dès lors que :

« il ne ressort pas des pièces du dossier que des éléments circonstanciés feraient apparaître, en l'état des connaissances scientifiques, des risques, même incertains, de nature à faire obstacle au déploiement de dispositifs de comptage dont les caractéristiques sont fixées par l'arrêté attaqué¹³ ; qu'il ressort, en revanche, des pièces du dossier que les rayonnements électromagnétiques émis par les dispositifs de comptage et les câbles n'excèdent ni les seuils fixés par les dispositions du décret du 18 octobre 2006 relatif à la compatibilité électromagnétique des équipements électriques et électroniques, [...], ni ceux admis par l'Organisation mondiale de la santé ; que le

¹³ Il s'agissait de l'arrêté du 4 janvier 2012 pris en application de l'article 4 du décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité.

Gouvernement n'avait pas, dès lors, à procéder à une évaluation des risques des effets de ces rayonnements ou à adopter des mesures provisoires et proportionnées ; que les moyens tirés de la méconnaissance des articles 1^{er} et 5 de la Charte de l'environnement doivent, par suite, être écartés ».

Puis, dans une réponse ministérielle publiée au journal officiel de l'Assemblée Nationale du 16 septembre 2014 (Question n°60319, JO AN 15 juillet 2014), le Gouvernement a rappelé que :

« une expertise menée par le Centre de recherche et d'informations indépendantes sur les rayonnements électromagnétiques, à la demande du SIPPAREC, du SIEIL et du SIGERLY, autorités organisatrices de la distribution d'électricité, a confirmé qu'il n'y a avait pas de risque sanitaire aigu ni de risque d'effets physiopathologiques à craindre en lien avec l'exposition aux rayonnements extrêmement et très basses fréquences, radiofréquences et hyperfréquences. Il apparaît ainsi que le niveau d'ondes électromagnétiques générées par Linky est conforme à la réglementation en vigueur et qu'il n'y a donc pas de risque sanitaire attaché à l'utilisation de ce compteur ».

Néanmoins, comme le rappelle le Conseil d'Etat dans son arrêt du 12 avril 2013 précité (au 3.1 de la présente note), dans la mesure où le champ d'application du principe de précaution est intimement lié à l'état des connaissances scientifiques qui est par nature évolutif, les autorités publiques doivent veiller à mettre en œuvre des procédures d'évaluation du risque, même en aval de toute prise de décision.

Dès lors, en l'espèce, la circonstance que le risque lié aux rayonnements électromagnétiques émis par les systèmes de comptage évolués n'a pas été retenu en 2013 et 2014 n'exempte pas les pouvoirs publics de s'assurer qu'il n'existe pas, à la date d'aujourd'hui, d'éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque d'atteinte grave à la santé publique.

Ceci étant, sous réserve d'études étayées contraires, y compris celles relatives aux systèmes de comptage déjà mis en place dans d'autres Etats membres, et dans l'attente du rapport sollicité à l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) par la Direction Générale de la Santé relevant du Ministère de la Santé¹⁴, les connaissances scientifiques ne semblent pas avoir évolué sur ce sujet.

Pour mémoire, déjà saisie en 2013, l'ANSES avait exprimé *« la difficulté pour répondre aux questions de l'exposition humaine aux champs électromagnétiques émis par des sources nouvelles dont les technologies ne sont pas stabilisées. Si pour les compteurs électriques les niveaux rayonnés restent très faibles (en comparaison avec un téléphone mobile par exemple ; en France, la technologie CPL émet quelques dizaines de $\mu\text{W}/\text{m}^2$ à 1 mètre de la source), leur conception devrait évoluer vers des*

¹⁴ D'après P.R.I.A.R.T.E.M et Electrosensibles de France, la Direction Générale de la Santé a indiqué, lors d'une réunion du 7 octobre 2015, avoir saisi l'ANSES le 30 septembre 2015 afin d'obtenir pour début 2016 un état des lieux technique et scientifique sur les rayonnements émis et les réseaux nécessaires ainsi que des propositions pour la recherche et la surveillance et s'est engagée à demander à ERDF de ne pas déployer le compteur Linky chez les personnes électro-sensibles <http://www.electrosensible.org/b2/index.php/communiques-presse/communiquede-presse-dgs-grains-de-sable>.

niveaux encore plus réduits pour de simples raisons de normes de compatibilité électromagnétique et d'immunité de l'électronique associée aux dispositifs « smart grid » » (Rapport d'expertise collective « Radiofréquences et santé - Avis de l'Anses » d'octobre 2013).

En somme, en l'absence d'éléments circonstanciés attestant de risque, même incertain, lié au CPL injecté dans les lignes et autres équipements électriques, et tant que les dispositifs de comptage installés par ERDF respectent les seuils réglementaires (notamment ceux fixés par le décret du 27 août 2015 *relatif à la comptabilité électromagnétique des équipements électriques et électroniques*), il ne pourrait *a priori* être reproché aux autorités publiques de ne pas s'opposer au déploiement des compteurs Linky au nom du principe de précaution.

(iii) *Le risque d'atteinte à la vie privée*

Contrairement au risque d'incendie ou de troubles sanitaires, le risque d'atteinte à la vie privée lié aux systèmes de comptage évolués a très tôt été pointé du doigt (*cf.* à cet égard la recommandation n°2012/148/UE de la Commission européenne du 9 mars 2012 *relative à la préparation de l'introduction des systèmes intelligents de mesure* ou encore la délibération de la CNIL n°2012-404 du 15 novembre 2012 *portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants*).

Le législateur a alors adopté des mesures visant à encadrer la communication des données personnelles et assurer leur confidentialité (*cf.* art. 9 de la directive 2012/27/UE ; art. R. 341-4 et R. 341-5 du Code de l'énergie).

Dès lors, outre le fait que le risque d'atteinte à la vie privée ne figure pas parmi les risques protégés par le principe de précaution en l'absence de tout « relais » environnemental, il ne saurait *a priori* être reproché aux autorités publiques de ne pas avoir entrepris les actions nécessaires aux fins d'éviter la réalisation du dommage.

*

Au regard de ces éléments, il est peu probable que le motif tiré de la méconnaissance du principe de précaution soit de nature à justifier l'annulation de décisions administratives ou l'abrogation de dispositions législatives relatives au déploiement des compteurs intelligents.

Ceci étant, la démarche sécuritaire de la FNCCR tendant à mandater un bureau d'études pour procéder à l'évaluation des risques d'incendie ou de troubles de santé liés aux rayonnements électromagnétiques ne pourrait être critiquée.

b) Devant le juge judiciaire sur le fondement du trouble anormal de voisinage

En droit privé, le juge judiciaire s'est déjà référé au principe de précaution pour établir un trouble anormal de voisinage. Sur ce fondement, il a même ordonné le démantèlement d'antennes-relais situées à proximité d'habitations en relevant l'existence d'une « *Crainte légitime d'une atteinte*

directe à (la) santé (des riverains) constitutive d'un trouble dont le caractère anormal tient au fait qu'il porterait atteinte, une fois réalisé, à l'intégrité physique sans qu'il soit à ce jour possible d'en mesurer toute l'ampleur » (TGI Carpentras, 16 février 2009, n°08/00707 ; TGI Grasse, 17 juin 2003, JurisData n°2003-221748, confirmé par CA, Aix-en-Provence, 8 juin 2004 ; CA Versailles, 4 février 2009, n°08/08775).

Si les problématiques liées à l'implantation des antennes-relais, d'une part, et à la pose des compteurs Linky, d'autre, part semblent au premier abord comparables, une analyse plus approfondie permet d'exclure la transposition de la jurisprudence précitée au cas d'espèce.

En premier lieu, il sera rappelé que le contexte juridique de déploiement généralisé des compteurs Linky (obligation légale incombant aux GRD, dans le cadre de l'exécution de contrats de concession, ayant trait à la pose et à l'utilisation d'un ouvrage appartenant au domaine concédé et pouvant *a priori* être qualifiée d'« ouvrage public ») diffère de celui de l'implantation des antennes-relais (régime d'autorisation accordée à une personne morale de droit privée qui n'est pas chargée d'une mission de service public, portant sur un ouvrage qui n'a pas le caractère d'ouvrage public).

Sous réserve que les dommages liés aux rayonnements électromagnétiques du dispositif de comptage Linky relèvent bien de l'existence et du fonctionnement de cet ouvrage et non de la fourniture de la prestation de distribution due par le GRD, l'action de l'utilisateur victime devrait, en toute vraisemblance, être exercée devant le juge administratif¹⁵, ce qui exclurait *de facto*, l'application de la jurisprudence précitée de droit privée sur le trouble anormal de voisinage.

En deuxième lieu et en tout état de cause, la jurisprudence précitée sur les antennes-relais est contestable dès lors qu'elle propulse la théorie des troubles anormaux de voisinage dans le domaine de l'éventuel alors que, dans sa conception traditionnelle, la victime doit apporter la preuve d'un trouble avéré¹⁶. D'ailleurs, les juges ne sont pas unanimes sur le sujet, d'aucuns exigeant que le risque sanitaire allégué lié à l'exposition aux radiations des antennes soit établi pour retenir le trouble anormal de voisinage (CE Aix-en-Provence, 15 septembre 2008, JurisData n°2008-372567 ; TGI Pau, 10 juin 2009, n°09/00169 ; CA Chambéry, 4 février 2010, n°09/00731 ; CA Bastia, 21 juillet 2010, n°09/00709 et 09/00710 ; CA Lyon, 3 février 2011, n°09/06433¹⁷).

¹⁵ « Considérant que, si les litiges nés des rapports de droit privé qui lient un service public industriel et commercial assurant la distribution d'électricité à ses usagers relèvent de la compétence des juridictions judiciaires, il en va autrement lorsque l'utilisateur demande réparation d'un dommage qui est étranger à la fourniture de la prestation et provient du fonctionnement d'un ouvrage ne constituant pas un raccordement particulier au réseau public » (Tribunal des conflits, 12 avril 2010, n°3718 ; cf. également en ce sens CE, 21 mars 2005, *De Haay*).

¹⁶ « En assimilant l'éventualité d'un trouble anormal à un trouble anormal, les tribunaux ont, par un tour de passe-passe, contourné la vieille règle selon laquelle seul le trouble « certain » peut être réparé. » (G. Godfrin, *Trouble de voisinage et responsabilité environnementale* : Constr.-Urb.2010, étude 16).

« il ne peut être question d'opérer un glissement entre un trouble anormal certain et un trouble hypothétique qui viendrait au soutien d'une responsabilité préventive engagée avant tout dommage » (P. Stoffel-Munck, *La théorie des troubles anormaux de voisinage à l'épreuve du principe de précaution* : D. 2009, n°42, chron., p. 2817).

¹⁷ « Il ne peut être question d'opérer un glissement entre un trouble anormal certain et un trouble hypothétique qui viendrait au soutien d'une responsabilité préventive engagée avant tout dommage (...) ; (le juge) se doit seulement de rechercher s'il y a bien un trouble anormal de voisinage ; que l'indétermination dans laquelle nous nous trouvons exclut un tel trouble ».

En troisième et dernier lieu, le Tribunal des conflits a finalement tranché, dans six arrêts rendus le 14 mai 2012, en faveur de la compétence des juridictions administratives pour connaître de l'action tendant à obtenir l'interruption de l'émission, l'interdiction, l'enlèvement ou le déplacement d'une station radioélectrique. Les juridictions judiciaires restent compétentes pour connaître des seuls litiges tendant à l'obtention de dommages et intérêts en réparation des préjudices causés par l'implantation ou le fonctionnement de la station, qui n'a pas le caractère d'un ouvrage public, et « *faire cesser les troubles anormaux du voisinage liés à une implantation irrégulière ou un fonctionnement non conforme aux prescriptions administratives ou à la preuve de nuisances et d'inconvénients anormaux autres que ceux afférents à la protection de la santé publique et aux brouillages* ». Le champ d'application de la théorie des troubles anormaux du voisinage s'en trouve fortement réduit.

Ainsi, quand bien même l'utilisateur qui souhaiterait faire cesser les troubles liés au dispositif de comptage Linky pourrait agir devant le juge judiciaire, il ne pourrait se prévaloir des nuisances afférentes aux rayonnements électromagnétiques. Son action serait *de facto* privée de sa raison d'être.

En conclusion, l'action d'un requérant qui souhaiterait invoquer le principe de précaution devant le juge judiciaire pour établir un trouble anormal de voisinage n'aurait que peu de chance d'aboutir.

*

Synthèse

Il ressort des développements qui précèdent que :

- En principe, en cas de dommages résultant de l'existence ou du fonctionnement des installations de comptage Linky, la responsabilité d'ERDF devrait être recherchée à titre principal au regard du principe de responsabilité exclusive du concessionnaire, inhérent au contrat de concession.

Il est néanmoins conseillé aux AODE de veiller au strict respect de leur mission de contrôle en s'assurant notamment auprès d'ERDF que les compteurs Linky respectent les prescriptions techniques et normes sécuritaires, en sollicitant les justificatifs et en invitant le GRD à effectuer les vérifications jugées nécessaires pour assurer la sécurité des biens et des personnes, le cas échéant.

- ERDF ayant l'obligation légale de déployer ses compteurs Linky, la marge de manœuvre des clients finals et des AODE pour s'opposer à la pose et à l'utilisation desdits compteurs s'avère fortement réduite :
 - o le client final risquerait de voir sa responsabilité contractuelle engagée et s'exposerait *in fine* à un risque de coupure de son alimentation en électricité ;

- l'AODE pourrait être condamnée à dédommager ERDF devant le juge du plein contentieux.
- Il serait inadéquat pour le maire de se prévaloir de son pouvoir de police générale pour refuser l'installation des compteurs Linky sur le territoire de sa commune ; en tout état de cause, les circonstances ne justifieraient que de l'adoption de mesures de sécurité moins contraignantes.
- Sous réserve d'études étayées et concordantes contraires, aucun élément circonstancié ne serait de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque, même incertain, d'incendie ou de troubles de santé dus aux rayonnements électromagnétiques résultant des installations de comptage Linky.

Le risque d'atteinte à la vie privée étant quant à lui établi, le législateur a adopté des mesures visant à encadrer la communication des données personnelles et assurer leur confidentialité.

Par conséquent, sur le terrain du principe de précaution, il serait malvenu de reprocher aux autorités publiques de ne pas avoir adopté, dans leurs domaines de compétences respectifs, des mesures tendant à restreindre voire interdire le déploiement desdits compteurs.

Ceci étant, la démarche sécuritaire de la FNCCR tendant à mandater un bureau d'études pour procéder à l'évaluation des risques d'incendie ou de troubles sanitaires ne pourrait qu'être approuvée.

- L'action d'un requérant qui souhaiterait invoquer le principe de précaution devant le juge judiciaire pour établir un trouble anormal de voisinage n'aurait que peu de chance d'aboutir.
- Enfin, il convient de relever qu'à notre connaissance aucune conclusion ne peut être tirée à ce jour des expériences étrangères relatives au déploiement de compteurs intelligents.
