

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE TOULOUSE**

**NOTE EN DELIBERE**

**POUR :**

version anonimisée



**Ci-après dénommés « les requérants »**

Ayant pour avocat :

**Me Jean-Sébastien BODA**  
6 avenue du Coq  
75009 PARIS  
Téléphone : 06.59.90.54.45  
Télécopie : 09.72.52.83.16  
Toque E 1690

**Et élisant domicile à son Cabinet.**

**CONTRE :**

La décision du Syndicat Intercommunal d'Energies du Département de l'Aveyron (SIEDA) en date du 14 juillet 2018 refusant de faire droit à la demande des requérants en date du 2 mai 2018 tendant à ce que le SIEDA 1) mette en demeure immédiatement et à titre conservatoire le concessionnaire de cesser de procéder illégalement au déploiement forcé des dispositifs de comptage intelligent dit « Linky » sur le périmètre de la concession du SIEDA 2) diligente un contrôle sur le fondement des stipulations du cahier des charges de la concession, afin d'établir la quantité précise de dysfonctionnements graves relevés dans la demande qui se sont produits à l'occasion du déploiement des dispositifs de comptage intelligent dit « Linky » sur le périmètre de la concession du SIEDA par des sous-traitants du concessionnaire et de pouvoir mettre le concessionnaire en demeure d'y mettre fin 3) veuille bien imposer au concessionnaire de respecter les stipulations du cahier des charges de la concession en toutes ses activités exercées au titre du service public concédé (**Production n° 1 : Décision de refus du 14 juillet 2018**).

A la suite de l'audience du 14 janvier 2022 au Tribunal administratif de Toulouse, les requérants viennent présenter leurs observations en réponse aux conclusions de M. le Rapporteur public.

A titre liminaire il sera relevé que la référence faite par M. le Rapporteur public, au frontispice de ses conclusions, aux jurisprudences relatives aux communes ayant délibéré sur le déploiement des dispositifs de comptage communicants est sans lien avec l'espèce.

Elle peut au contraire être interprétée comme un appel à la compétence de contrôle de l'AODE – compétence dont M. le Rapporteur public ne semble pourtant pas trouver l'exercice nécessaire dans la deuxième partie de ses conclusions. Dès l'abord, la cohérence du raisonnement paraît discutable.

En effet, la jurisprudence issue de l'arrêt *Commune de Bovel* (CE, 28 juin 2019, Commune de Bovel, n° 425975) semble bien impliquer que l'incompétence des conseils municipaux implique a contrario celle de l'AODE. Récemment, un jugement est allé dans le même sens s'agissant du maire : alors qu'un maire avait pris un arrêté enjoignant au gestionnaire de réseau et à ses sous-traitants de respecter les dispositions du règlement sanitaire départemental et donc la norme technique NFC14.100 à laquelle il renvoie, notamment s'agissant de la conformité du panneau de contrôle et de raccordement au réseau électrique et des éléments entrant dans sa composition, le tribunal administratif de Rennes l'a annulé pour incompétence du maire en précisant que la commune concernée n'a « pas la qualité d'autorité organisatrice du réseau public de distribution d'électricité sur le territoire de sa commune dès lors que cette compétence a été transférée au syndicat départemental d'énergie » (TA Rennes, 17 octobre 2019, préfète d'Ille-et-Vilaine, n° 1901348).

Il sera également relevé que les requérants sont bien tiers au contrat, mais usagers du service public objet de ce contrat, ce qui leur donne indiscutablement des droits sur sa bonne exécution.

## I. SUR LA RECEVABILITE DE LA REQUETE

M. le Rapporteur public conclut au rejet de la requête pour irrecevabilité au prix d'une analyse discutable de la jurisprudence administrative applicable à l'espèce.

**I.1.** Selon M. le Rapporteur public, la voie de droit consacrée par la jurisprudence *Croix-de-Seguey-Tivoli* ne serait en réalité ouverte qu'en cas de refus de l'autorité concédante de contraindre son concessionnaire à respecter une **clause réglementaire** du contrat.

### **Telle n'est pas le cas à la lecture des arrêts du Conseil d'Etat.**

Rappelons d'abord que la notion de clause réglementaire a été inventée à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. Elle ne pouvait donc être pertinente pour analyser la portée de la jurisprudence *Croix-de-Seguey-Tivoli*.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Romieu posait ainsi la question à laquelle le Conseil d'Etat a répondu favorablement « *existe-t-il au profit des usagers un recours (...) contre l'administration au cas où celle-ci 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 ?* ». On rappellera qu'il s'agissait en l'espèce pour le préfet de **faire usage de pouvoirs qu'il tenait de la loi, non d'une clause du contrat.**

L'obligation, pour l'autorité concédante, de contraindre le cocontractant à respecter ses obligations ne se limite pas aux seules clauses dites réglementaires : dans l'arrêt *Caire* (CE, 5 novembre 1937, Sieur Caire, Rec., p. 899), le Conseil d'Etat a retenu la responsabilité quasi délictuelle du concédant à l'égard d'un usager que l'exploitant n'avait pu indemniser d'un accident faute d'avoir souscrit une police d'assurance conformément aux stipulations du cahier des charges de la concession.

Le dommage imputé au concédant consistait dans l'insolvabilité du concessionnaire, celle-ci ayant été favorisée par l'incurie du concédant qui avait négligé d'exercer son pouvoir de contrôle pour obliger le transporteur à respecter la clause relative à l'assurance, laquelle est pourtant purement contractuelle, nonobstant ses effets indirects sur les usagers.

Ainsi, il est très clairement retenu la possibilité pour les requérants de se prévaloir du non-respect ou de l'inexécution de clause non réglementaire, en particulier de la clause relative au contrôle de la concession.

**I.2.** La jurisprudence admet l'action en responsabilité dirigée par le tiers usager 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).

Dans cet arrêt, un usager avait vainement mis en demeure une société concessionnaire d'exécuter des travaux publics – de raccordement au réseau électrique – puis avait saisi l'autorité concédante en l'invitant à intervenir auprès du concessionnaire pour que ce dernier respecte les clauses du cahier des charges.

Comme le relève l'arrêt, le requérant 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* ».

A la lecture de cet arrêt, on comprend que le concédant peut commettre une faute en refusant d'exercer ses pouvoirs de contrôle et porter ainsi préjudice à des usagers du service public. Ceux-ci ont donc **intérêt à agir en excès de pouvoir** contre le refus du concédant d'exercer ses pouvoirs si cela est susceptible de leur porter préjudice comme c'est le cas en l'espèce.

La lecture restrictive de la voie de droit qu'entend promouvoir M. le Rapporteur public dans ses écritures aboutirait alors tout à la fois à priver de toute effectivité en pratique la jurisprudence *Croix-de-Seguey-Tivoli* et à consacrer un véritable déni de justice : car le bloc de légalité s'imposant au concessionnaire est loin de se limiter aux seules clauses réglementaires de son contrat ; pour l'ensemble des obligations extérieures à ces clauses, si le raisonnement du rapporteur public était suivi, le concessionnaire serait libre de les méconnaître avec l'assentiment du concédant sans que les usagers ne puissent trouver un juge pour sanctionner de telles violations de la légalité.

**I.3.** Par ailleurs, ce sont bien des droits de usagers dont il est question lorsque leur droit de propriété, leur santé, leur vie privée, leur sécurité est en cause.

On ne peut sérieusement leur dénier tout intérêt à agir sans revenir sur une jurisprudence séculaire.

**I.4.** Le raisonnement est d'autant plus étrange que la concession de distribution publique d'électricité et son cahier des charges sont en réalité bien peu contractuels. Le Conseil d'Etat vient de le rappeler (CE, avis contentieux, 27 octobre 2021, société Enedis, n° 452903) en jugeant que « *dans l'hypothèse où un contrat de concession avec l'un des gestionnaires du réseau public de distribution d'électricité mentionné à l'article L. 111-52 du code de l'énergie arriverait à son terme sans être renouvelé ou prorogé, les dispositions de l'article L. 322-8 de ce code imposent au gestionnaire d'assurer la continuité des missions de service public qui lui incombent dans le périmètre de cette concession* ».

Comme l'avait relevé le rapporteur public, M. Reymond-Kellal, en ouverture de ses conclusions sur le jugement renvoyant la question tranchée dans cet avis, « *le régime des concessions de distribution électrique est suffisamment atypique pour qu'on puisse légitimement finir par se demander ce qu'il reste de concessif et de contractuel en la matière* » (Conclusions sur TA Lyon, 11 mai 2021, n° 1905957, 2004468 et 2004893, Sté Enedis). C'est bien résumé l'esprit de l'avis rendu par le Conseil d'Etat qui vient minimiser encore un peu plus la part contractuelle existante en ce domaine décidément particulier du droit des services publics.

Ce d'autant qu'un tel avis contentieux intervient à peine un an après que le Conseil d'Etat a expressément validé les monopoles dévolus par la loi aux sociétés Enedis et EDF (CE, 10 juillet 2020, n° 423901 ; CE, 28 septembre 2020, n° 440703).

L'analyse développée par M. le Rapporteur public dans ses conclusions apparaît alors d'autant plus en décalage avec le droit particulier applicable aux concessions de distribution publique d'électricité. Et ce d'autant que, contrairement à ce qu'il affirme, c'est bien la loi qui fonde ici, par le biais de l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales, le pouvoir de contrôle de l'autorité concédante. Ce pouvoir de contrôle est ainsi réglementaire dans son fondement en ce que le concédant ne peut y renoncer par une clause contraire.

En effet, au regard de la situation de monopole de la société Enedis, le législateur a organisé, à l'article L. 2224-31 précité, un pouvoir de contrôle spécifique et renforcé au profit des autorités concédantes.

Comme l'a récemment relevé le rapporteur public Laurent Cytermann « 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 » (Conclusions sur CE, 28 juin 2019, Commune de Bovel, n° 425975). Le Conseil d'Etat a jugé qu'il résultait de ces dispositions 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 » (CE, 21 décembre 2012, Commune de Douai n° 342788).

Dans ce cadre, les AODE peuvent vérifier que le déploiement s'effectue dans de bonnes conditions, notamment une prestation de pose dans les règles de l'art, le respect de la propriété privée des usagers lorsque le dispositif de comptage figure sur celle-ci et une juste et préalable information de l'ensemble des usagers concernés par le déploiement. Un tel contrôle, qui vise seulement à surveiller les conditions de déploiement d'un bien devant faire retour à l'AODE en fin de concession, a pour mérite d'offrir une vision pleinement objective des conditions du déploiement et des risques existants afin de permettre, au besoin, de corriger les éventuels manquements

I.5. Les requérants ajouteront qu'ils ne voient pas bien le lien entre l'affaire présentement jugée et celle citée en exemple par M. le Rapporteur public à l'appui de son raisonnement (CE, 27 mai 2015, Syndicat de la magistrature, n° 388705). Cela témoigne de la confusion qu'il opère entre la voie de droit initiée par l'arrêt de 1906, propre aux usagers du service public concédé, et la question de l'intérêt à agir en excès de pouvoir de manière générale.

## II. SUR LE FOND

II.1. M. le Rapporteur public n'a dit mot dans ses conclusions de l'important changement des circonstances de droit intervenue en cours d'instance. Les requérants souhaitent s'en prévaloir dans le cadre de leur requête car il apporte de nouveaux éléments à l'instruction, et ce d'autant plus que la société Enedis a désormais le statut de défendeur à l'instance et peut produire.

Par un important arrêt du 17 novembre 2020 (**Production n° 89 : CA Bordeaux, 1re ch civ 17 novembre 2020 n° 1902419**), la Cour d'appel de Bordeaux est venue apporter de nouveaux éclairages sur le droit applicable aux rapports entre le concessionnaire et les usagers du service public de la distribution d'électricité. Sur au moins cinq points distincts, la Cour a apporté des éclairages qui viennent directement à l'appui de moyens soulevés au cours de l'instance par les requérants.

La Cour d'appel de Bordeaux a d'abord jugé :

*« on ne saurait suivre la société Enedis lorsqu'elle affirme l'existence d'une obligation légale pour le consommateur d'accepter la pose d'un compteur Linky. En effet, les textes visés par Enedis, à savoir une directive européenne, une loi et un décret n'imposent en rien une telle obligation (...)*

Il semble bien que, sur ce point, l'analyse juridique du rapporteur public ne soit donc pas pleinement partagée en droit positif.

Comme le relève Olivier Cachard, *« la cour souligne ensuite que "contrairement à ce qu'affirme la société Enedis, aucun texte légal ou réglementaire, européen ou national n'impose à Enedis société commerciale privée, concessionnaire du service public, d'installer au domicile des particuliers des compteurs Linky, qui entrent certes dans la catégorie des compteurs intelligents ou communicants, c'est-à-dire pouvant être actionnés à distance, mais n'en sont en réalité qu'un modèle". Autrement dit, le Linky est le résultat d'un choix technico-commercial qui ne saurait être imposé à l'abonné.*

*La cour avait préalablement relevé que les dispositions de la directive 2009/79/CE ne mettent à la charge des abonnés aucune obligation d'accepter son installation. Ce à quoi il faut ajouter que le droit français de l'énergie n'institue aucune servitude de compteur à la charge des abonnés (O. Cachard, L'exposition aux ondes électromagnétiques : LexisNexis, 2020, § 571). Le refus de la pose d'un compteur communicant n'est donc nullement constitutif d'un prétendu délit d'entrave au réseau » (Le Linky en référé : vers un retour à l'État de droit, La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, 7 Décembre 2020, 1372).*

**II.2.** La Cour d'appel de Bordeaux a précisé que « *Les personnes souffrant d'électrohypersensibilité démontrent, par la production de certificats médicaux précis et détaillés le dommage imminent constitué par les troubles auxquels elles sont exposées en raison des champs provoqués par le Courant Porteur en Ligne par lequel le compteur communique les données qu'il a collectées. Le jugement sera confirmé en ce qu'il a fait injonction à la société Enedis de procéder, à titre conservatoire, à la pose de dispositifs filtrants destinés à protéger ces personnes des champs électro-magnétiques générés par la bande CPL associée au compteur Linky. Il convient cependant de porter à la somme de 500 euros par jour de retard et par point de livraison, passé un mois à compter de la présente décision, et ce pendant un délai de trois mois., à l'issue duquel il appartiendra aux demandeurs de se pourvoir à nouveau ainsi qu'ils le jugeront utiles* ».

On peut ainsi y lire que l'installation de filtres est à la charge de la société concessionnaire et non à celle des usagers.

Le Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence a également condamné la société Enedis à retirer le dispositif communicant d'une personne EHS (**Production n° 90 : TJ Aix-en-Provence, 19 mai 2020, n° 20/00225**).

**II.3.** Plus grave, la Cour d'appel de Bordeaux a relevé que le concessionnaire avait violé le Règlement général sur la protection des données (RGPD) à l'occasion de la collecte et du traitement des données recueillies par le Linky. En effet, alors que les abonnés n'y avaient pas consenti, le concessionnaire communiquait aux fournisseurs d'énergie la courbe de charge sur des « pas de temps » de trente minutes.

**II.4.** La Cour d'appel de Bordeaux a également reconnu l'existence d'une pose forcée, celle-là même dont le rapporteur public ne dit mot dans ses conclusions. Comme le relève Olivier Cachard :

*« La **pose forcée des compteurs communicants** au domicile des abonnés, sans prise en considération des situations individuelles, devait inévitablement susciter un contentieux devant le juge des référés, juge de l'urgence et de l'évidence. L'arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux contribue ainsi, avec d'autres (CA Grenoble, 10 mars 2020, n°19/03354 ; CA Orléans, 18 nov. 2020, n° 19/02880), au rétablissement des droits des abonnés.*

*Face à l'inflexibilité du gestionnaire de réseau de distribution (GRD), des électrohypersensibles (EHS) avaient dû saisir le juge des référés bordelais pour obtenir que la SA Enedis soit condamnée à délivrer un courant électrique dépollué des champs électromagnétiques (CEM) supplémentaires générés par le Linky et sa technologie CPL. La cour d'appel de Bordeaux, au terme d'une motivation soignée confirme l'ordonnance du juge des référés et alourdit l'astreinte journalière. Le syndrome d'électrohypersensibilité, reconnu par l'OMS et par l'ANSES, rend les EHS vulnérables à des niveaux d'exposition ordinairement tolérés.*

*L'intérêt de l'arrêt rapporté est qu'il vérifie à la fois la condition d'imminence du dommage pour les EHS et, pour tous les requérants, d'existence d'un trouble manifestement illicite selon l'article 835 du CPC (CPC art. 809, al. 1 ancien). Ainsi, le **déploiement forcé des compteurs communicants** est ici considéré sous l'angle de sa licéité. La cour d'appel de Bordeaux délimite clairement les obligations incombant au GRD, avant d'identifier plusieurs violations du droit positif » (Le Linky en référé : vers un retour à l'État de droit, La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, 7 Décembre 2020, 1372).*

Ainsi, le SIEDA est bien obligé de reconnaître l'existence de ce phénomène qui perdure.

**II.5.** La Cour d'appel de Bordeaux a également relevé que le concessionnaire Enedis, viole ses obligations d'information au titre de l'article L. 111-1 du Code de la consommation car il « *n'est en mesure de se prévaloir d'aucune prérogative légale ou réglementaire l'autorisant à s'exonérer des obligations résultant des dispositions du droit de la consommation* ». Or l'information donnée aux abonnés passait sous silence la fonctionnalité permettant d'identifier, lors de leur mise sous tension, les différents appareils utilisés par l'abonné.

**Tous ses éléments sont de nature à renforcer l'argumentation initiale des requérants et la crédibilité de leur démarche.** Il faut d'ailleurs préciser que d'autres juridictions d'appel sont allées dans un sens similaire sur la protection des droits des usagers et notamment des personnes EHS (**Production n° 91 : CA Grenoble, 10 mars 2020, n°19/03354 ; Production n° 92 : CA Orléans, 18 novembre 2020, n° 19/02880**).

Or, loin de reprendre ces éléments de droit positif, M. le Rapporteur public s'est complu, dans ses conclusions, dans la critique stérile de la démarche et les arguments des requérants en méconnaissant souvent l'acuité de leurs critiques : ces critiques sont limitées au *périmètre* de la concession, elles contestent un déploiement *forcé*. M. le Rapporteur public a, de même, passé sous silence l'ensemble des témoignages obtenus et transmis au SIEDA qui ont pourtant troublé ce dernier quant aux modalités du déploiement sur le périmètre de sa concession.

**II.6.** Il y a lieu de constater que, si, comme M. le Rapporteur public a pu le relever, le SIEDA a eu des échanges avec la société Enedis étayant son contrôle, c'est manifestement postérieurement à la démarche initiée par les requérants et donc par cette démarche que ce contrôle, certes insuffisant, a eu lieu.

On en peut donc ainsi retenir en faveur de la légalité d'une décision administrative des éléments de fait et de droit postérieures à cette décision. Ce d'autant qu'ainsi qu'il a été démontré dans les écritures antérieures, les interventions du SIEDA sont insuffisantes ; il est en réalité la proie de son concessionnaire s'agissant des modalités du déploiement des dispositifs de comptage communicants.

## PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire, ou suppléer même d'office, les exposants concluent aux mêmes fins, par les mêmes moyens.

Fait à Paris le 18 janvier 2022

JEAN-SEBASTIEN BODA