

4 « Le Hussard sur le toit » À propos du déploiement des compteurs électriques communicants

Olivier CACHARD,

agrégé de droit privé et sciences criminelles,
doyen honoraire de la faculté de droit de Nancy,
Institut François Génys

Les compteurs électriques communicants, actuellement déployés par le gestionnaire du réseau de distribution, modifient de façon fondamentale les conditions de la distribution d'électricité au consommateur français. Qu'il s'agisse de la technique utilisée ou des fonctionnalités proposées, ces dispositifs ne sont plus des simples compteurs électriques, substituables aux anciens compteurs électromécaniques ou aux actuels compteurs à télé-relevé. Dans ces conditions, la question du libre choix de l'abonné, d'accepter ou de refuser la pose d'un tel dispositif à son domicile est cruciale sous l'angle du droit des biens, du droit du marché et des droits fondamentaux. L'analyse fonctionnelle du compteur communicant et du cadre juridique en vigueur permet de conclure que la volonté de l'abonné doit être respectée

1 - Dans la société industrielle qui a vu l'essor des réseaux publics de distribution d'électricité, d'eau et de gaz, les « dispositifs de comptage » servaient exclusivement à mesurer la consommation totale de l'abonné au moment de la relève. Puisque l'affichage du compteur faisait foi au terme d'une convention sur la preuve, la mission principale des services de métrologie consistait à garantir leur exactitude, parfois judiciairement contestée. Le basculement vers la société de l'information a fait du « compteur communicant » un enjeu de marché, aiguisant les appétits des opérateurs. Cette étude portera sur le seul compteur électrique en raison de ses caractéristiques techniques propres et des difficultés particulières que soulève son déploiement.

2 - Le compteur électrique communicant est le maillon le plus visible du réseau électrique dit « intelligent ». Comme son lointain ancêtre électromécanique, le compteur électrique communicant participe à la distribution du courant électrique très basse fréquence. Mais il s'en distingue à plus d'un titre. D'abord, le compteur communicant est bidirectionnel puisqu'il utilise la porteuse du courant pour injecter des radiofréquences dans l'installation électrique de l'abonné, ce qu'on appelle le courant porteur en ligne (CPL). Le signal entrant pourra véhiculer des instructions vers l'installation électrique tandis que le signal sortant pourra véhiculer des données de consommation très détaillées. Ensuite, le compteur communicant réalise, enregistre puis transmet des mesures de consommation à intervalles rapprochés, ce qui permet de connaître les habitudes de consommation. Enfin, le compteur communicant est relié aux opérateurs par une infrastructure complexe. À l'échelle de la rue, les données convergent d'abord par le réseau électrique filaire vers le poste de distribution équipé d'un concentrateur¹. Les données collectées seront ensuite acheminées par la voie hertzienne depuis l'un des 700 000 concentrateurs (pourvus d'une station radioélectrique déportée)² vers une antenne-relais du réseau de téléphonie mobile les relayant ensuite vers les centres de régulation.

3 - Loin des médias, un contentieux judiciaire s'est cristallisé sur la propriété industrielle des technologies utilisées par Linky³. Si le compteur électrique communicant est un redoutable outil de *data mining* reliant le secteur de l'électricité au *big data*⁴, il a surtout été présenté sous le jour favorable de la transition énergétique comme le moyen de lisser les pics de consommation. Toutefois, depuis le début du déploiement, des incidents sérieux sont rapportés par la presse quotidienne régionale : disjonctions intempestives⁵, débuts d'incendie⁶ ou courts-circuits.

4 - Alors qu'un tel projet nécessitait une concertation avec les collectivités territoriales⁷ et les consommateurs, l'ancien opérateur historique semble avoir choisi la manière forte pour l'imposer « à la hussarde » en le déployant non seulement à l'occasion des nouveaux raccordements aux réseaux publics de distribution, mais aussi en remplaçant les compteurs des points de livraison déjà raccordés. Les textes réglementaires établissant le calendrier de déploiement n'ont pas fait l'objet de la procédure de consultation publique prévue aux articles L. 123-19-1 et suivants du Code de l'environnement. Le déploiement rapide des compteurs a été confié à des sous-traitants rémunérés à la pose⁸, ce qui provoque la colère des agents de l'opérateur dénonçant la défectuosité de certaines installations⁹. Il est rapporté que, souvent, les abonnés n'ont reçu aucune information préalable à l'installation du compteur communicant lorsqu'il est accessible depuis l'extérieur ou dans les communs¹⁰ ; il est également rapporté par les associations

1. ERDF, Linky, un compteur nouvelle génération : Dossier de presse, nov. 2015 ; www.enedis.fr.

2. Centre de recherche et d'information indépendant sur les rayonnements électromagnétiques non ionisants, *Transmission* : Bull. Criirem n° 18, 2016. Le déploiement du réseau constitué par les émetteurs-récepteurs GPRS associés aux concentrateurs répond à la définition du « réseau et service de communications électroniques » au sens de l'article L. 33 du Code des postes et télécommunications, soumis à déclaration préalable auprès de l'ARCEP et au contrôle de l'ANFR.

3. Sur la saisie contrefaçon par un fabricant américain des compteurs et concentrateurs Linky, V. TGI Paris, Ord. réf. rétractation, 26 mai 2016, n° 16/03162 : *JurisData* n° 2016-019849.

4. D. Forest, H. Leben, *Smart grid, compteurs intelligents : « l'internet de l'énergie » au risque des données personnelles* : RLDI n° 104, 2014.

5. « Court circuit », *La Nouvelle République Dimanche*, 2 oct. 2011 : « On ne compte plus les témoignages survoltés des usagers excédés par les dysfonctionnements de ce petit boîtier fluo susceptible de disjoncter à la moindre surtension ».

6. *Le nouveau compteur électrique qui défraie la chronique* : *Le Progrès de Lyon*, 10 nov. 2010. - *Linky : installé en septembre, il brûle en décembre* : *Le Progrès de Lyon*, 4 déc. 2010 ; *Ondes, incendies, des premiers pas délicats* : *Le Midi Libre*, 3 mars 2016 ; *L'incendie d'un dépôt de pains pose pas mal de questions* : *La Voix du Nord*, 3 févr. 2017.

7. H. Pauliat, *Linky et les collectivités territoriales : chronique de contentieux annoncés* : JCP A 2016, act. 472.

8. *Accord amiable entre salariés et un sous-traitant d'ERDF* : *L'Est Républicain*, 22 juin 2011.

9. *La CGT Énergie en tournée de déconnexion* : *L'Est Républicain*, 17 févr. 2017.

10. G. Mazeaud, *Le courant ne passe pas avec Linky* : *L'Est Républicain*, 26 févr. 2017.

de consommateurs qu'en dépit du refus clairement exprimé par des abonnés (au moyen de mises en demeure ou de sommations de ne pas faire), les compteurs ont malgré tout été changés sous la pression de menaces d'amendes ou de débranchement.

5 - Le refus du compteur communicant Linky, exprimé par plusieurs centaines de communes et par des collectifs d'abonnés, est sous-tendu par le refus de la technologie employée et de ses finalités. En ce qui concerne d'abord la technologie CPL, des radiofréquences de 9 à 150 kHz sont injectées dans l'installation qui, jusqu'alors, était conçue pour faire circuler du courant alternatif de basse fréquence (50 Hz). Ensuite, selon la proximité de l'antenne déportée, les riverains des concentrateurs-hauts se trouveront exposés à une augmentation de leur exposition aux champs électromagnétiques¹¹. En ce qui concerne les finalités de la technologie, la contestation porte d'abord sur la modification des conditions techniques de soutirage de l'électricité et de facturation. Elle porte encore sur la facilité avec laquelle le gestionnaire de réseau pourra, à certaines conditions, procéder à « l'effacement diffus de consommation », c'est-à-dire à la désactivation de certains appareils de l'abonné en cas de pic et même à l'interruption immédiate de fourniture¹² en cas de litige avec l'abonné. Elle porte enfin sur la collecte des données.

6 - Pour passer outre le refus des consommateurs et déployer son compteur, le gestionnaire du réseau de distribution s'appuie, à tort, sur une directive, une loi et un décret. La directive 2009/72/CE ne définit pas les caractéristiques techniques du compteur et n'en prescrit pas la généralisation absolue ; en outre, la directive ne produit pas d'effet direct horizontal entre le gestionnaire de réseau et l'abonné. La loi sur la transition énergétique modifiant l'article L. 341-4 du Code de l'énergie invite certes le gestionnaire de réseau à déployer des compteurs intelligents mais, d'une part, sans faire référence à la technologie CPL, et d'autre part sans prévoir que l'abonné a l'obligation d'y consentir. D'ailleurs, la peine d'amende de 1 500 € prévu par l'article 7 du projet de loi sur la transition énergétique contre l'abonné récalcitrant a été retirée car sa constitutionnalité était douteuse. Et le décret n° 2010-1022 du 31 août 2010, aujourd'hui codifié, ne fait pas davantage référence à la technologie CPL. Il n'y a pas lieu d'être surpris d'un tel silence car sur un marché en voie de libéralisation, l'État ne saurait utiliser ses prérogatives régaliennes pour soutenir l'initiative industrielle particulière de son ancien champion national.

7 - En l'absence de texte prescrivant le déploiement forcé du compteur communicant Linky, il convient d'analyser les rapports entre les compteurs communicants et le réseau de distribution (1), puis entre les compteurs communicants et le consommateur (2).

1. Les compteurs communicants et le réseau de distribution d'électricité

8 - L'analyse de l'installation des compteurs communicants doit d'abord être conduite au visa du régime de la propriété en droit civil et en droit administratif (A). Sur cette base, l'évaluation du rôle de l'exploitation des compteurs dans la libéralisation du marché de l'électricité pourra ensuite être esquissée (B).

A. - Propriété et installation des compteurs communicants

1° Propriété de l'immeuble et propriété du compteur

9 - **Les compteurs communicants, propriété des collectivités concédantes.** – Les compteurs électriques, quoiqu'incorporés dans

les murs des immeubles raccordés aux réseaux d'énergie, ne deviennent pas des immeubles par destination et n'appartiennent donc pas au propriétaire de l'immeuble. Si, en effet, les compteurs n'appartiennent pas au propriétaire de l'immeuble, ils ne sont pourtant pas davantage propriété du gestionnaire de réseau de distribution.

Aux termes de l'article n° 36 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, ce sont les collectivités territoriales qui sont les propriétaires des compteurs et qui, dans le cadre d'un contrat de concession, en ont confié l'exploitation aux concessionnaires. Selon les cas, l'autorité concédante est une commune, un syndicat intercommunal ou une communauté de communes ; le concessionnaire est une régie municipale ou la filiale de l'ancien opérateur historique. Quoi qu'il en soit, l'autorité concédante est propriétaire des compteurs par l'effet de la loi et ne saurait licitement en transférer la propriété au gestionnaire de réseau par la convention conclue avec le concessionnaire¹³. Quelque trois cents communes ont adopté un arrêté municipal interdisant le déploiement des compteurs communicants à CPL.

10 - **Le droit de refus du possesseur de l'immeuble.** – Les compteurs étant la propriété de l'autorité concédante et se trouvant exploités par le concessionnaire, l'abonné ne peut utilement invoquer un droit de propriété sur le compteur électromécanique pour s'opposer à son démontage en vue du remplacement par un compteur communicant.

Cependant, le propriétaire de l'immeuble peut valablement s'opposer à la modification des conditions du raccordement de son immeuble au réseau. En sa qualité de propriétaire, il jouit en effet du droit le plus absolu de refuser la pose de tout équipement ou installation dont il réprovoque les caractéristiques techniques. Ainsi, le droit de propriété sur l'immeuble ne s'étend pas au compteur lui-même, mais il justifie cependant le refus de l'installation d'un compteur communicant dans son immeuble.

Cette prérogative est d'autant plus incontestable que le concessionnaire ne saurait se prévaloir d'une servitude sur l'immeuble. À l'évidence, il n'existe pas, au sens du Code civil, de servitude « établie par le fait de l'homme » instituée au profit d'un autre fonds dominant. Il n'existe pas davantage de servitude administrative imposant l'installation des compteurs électriques et des antennes déportées. En effet, les servitudes administratives sont instituées par la loi. Or en ce qui concerne le transport d'électricité, la loi du 15 juin 1906, codifiée à l'article L. 323-4 du Code de l'énergie n'institue aucune servitude imposant l'installation des compteurs et des antennes déportées sur ou à l'aplomb des propriétés privées : seules sont prévues des servitudes de passage, de support et d'ancrage des lignes et des servitudes d'élagage. L'installation d'un compteur communicant à rebours de la volonté du propriétaire constituerait donc déjà une violation caractérisée de son droit de propriété. À la protection du droit de propriété proprement dit, s'ajoute encore la protection par l'action possessoire lorsque la jouissance du possesseur de l'immeuble se trouve perturbée¹⁴.

2° Installation et fonctionnalités

11 - **Les compteurs communicants, élément du réseau de distribution.** – Les compteurs communicants, situés à la limite externe de l'installation électrique privative de l'abonné, sont des ouvrages des réseaux publics de distribution d'électricité au sens de l'article L. 322-4 du Code de l'énergie. Par application de l'article L. 322-8, « la fourniture, la pose, le contrôle métrologique, l'entretien et le renouvellement des dispositifs de comptage » incombent au gestionnaire de réseau de distribution ; mais ce déploiement s'opère aux frais de l'abonné puisque l'article R. 341-7 du même code dispose que « les coûts effectivement engagés liés aux dispositifs de comptage mis en œuvre par les gestionnaires de réseaux »

11. Ce point fait l'objet d'une discussion entre l'ANFR, qui affirme l'innocuité du système, et le CRIIREM qui recommande un périmètre de sécurité de 5 mètres (« Une distance de prévention de 5 mètres sera recommandée pour des expositions non impactantes dans les lieux de vie. De plus, ces installations doivent être sécurisées et doivent présenter des pictogrammes de danger et d'interdiction sur la signalétique spécifique aux ondes électromagnétiques pour la Sécurité et la Santé (Directive Européenne 92-58 et arrêté du 04/11/1993) »)

12. Tours : 120 locataires privés d'électricité : Le Figaro, 1^{er} août 2016.

13. CAA Nancy, 12 mai 2014, n° 13NC01303 : JurisData n° 2014-013627.

14. Y. Strickler, Les biens : PUF coll. Thémis 2006, § n° 210, p. 290.

seront supportés par l'abonné au titre du Tarif d'utilisation du réseau public de l'électricité (TURPE)¹⁵. Tous les abonnés, qu'ils aient ou non accepté la pose du compteur, contribuent donc forfaitairement au financement de son déploiement dans la zone de desserte. Le compteur est ensuite opéré par le gestionnaire de réseau dans l'exercice de ses missions généralement définies par l'article L. 322-8 et selon les dispositions locales du cahier des charges régissant la concession.

12 - L'accès aux données collectées et aux fonctionnalités d'effacement. – Les données détaillées de consommation sont recueillies par les gestionnaires de réseaux publics de distribution qui, par application de l'article R. 341-5 du Code de l'énergie « ont le droit d'utiliser ces données pour tout usage relevant de leurs missions. Ils communiquent, à leur demande, aux fournisseurs d'énergie et aux responsables d'équilibre, pour l'exercice de leurs missions, les données concernant leurs clients respectifs ».

D'une part, les fournisseurs d'électricité seront en mesure de facturer la consommation réelle, étant toutefois précisé que « seuls les volumes globaux d'énergie consommée, de façon différée et en kilowatt-heures (kWh) et non en euros seront transmis aux abonnés »¹⁶. Ils pourraient également mettre en place des tarifs dissuasifs, déclenchés en période de congestion du réseau.

D'autre part, la communication des données aux « opérateurs d'effacement » leur permet, aux moyens de boîtiers installés sur l'installation privative de l'abonné de procéder à « un effacement de consommation » en cessant sélectivement d'alimenter les appareils munis d'un boîtier. Selon l'article L. 271-1 du Code de l'énergie, l'effacement de consommation se définit comme « l'action visant à baisser temporairement, sur sollicitation ponctuelle envoyée à un ou plusieurs consommateurs finals par un opérateur d'effacement ou un fournisseur d'électricité, le niveau de soutirage effectif d'électricité sur les réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité d'un ou plusieurs sites de consommation, par rapport à un programme prévisionnel de consommation ou à une consommation estimée ». L'économie réalisée grâce à « l'effacement diffus »¹⁷ est évaluée par comparaison de la consommation effective avec la courbe de référence de consommation habituelle du site¹⁸.

B. - Libéralisation du marché et exploitation des compteurs communicants

1° La séparation formelle des opérateurs

13 - Séparation du gestionnaire de réseau et du fournisseur. – Les compteurs communicants sont déployés par le gestionnaire du réseau public de distribution, entité distincte du producteur d'électricité, du transporteur et des fournisseurs. Ainsi, avec la libéralisation du marché de l'électricité, le déploiement des compteurs constituerait une amélioration de l'infrastructure réalisée au bénéfice théorique de tous les fournisseurs. Cela résulte du principe de séparation des activités des opérateurs historiques intégrés¹⁹. Pourtant, si « les monopoles ont disparu », un auteur remarque que « la remise en cause de leurs situations n'est que très partielle et la concurrence effective n'est pas partout la règle dans les secteurs de

réseaux »²⁰. Cette remarque vaut autant pour les monopoles nationaux que pour les anciennes régies municipales devenues sociétés anonymes d'économie mixte locale (SAEML). Ainsi, en France, RTE (le gestionnaire du réseau de transport) et ENEDIS (le gestionnaire du réseau de distribution) sont des filiales de EDF SA dont le capital est lui-même détenu à 70 % par l'État (C. énergie, art. L. 111-67). De même les SAEML ont elles créées des filiales dédiées à la gestion du réseau municipal. Ainsi, l'unité économique et de décision des champions nationaux ou locaux est-elle maintenue par l'organisation en groupe de sociétés, selon les critères habituels du contrôle capitaliste et technologique.

14 - Séparation du gestionnaire de réseau et de l'opérateur d'effacement. – L'une des principales caractéristiques du compteur communicant est de permettre « l'effacement diffus de consommation ». La question est de savoir si seuls les opérateurs d'effacement peuvent valoriser les économies ainsi réalisées ou si les fournisseurs d'électricité et les gestionnaires du réseau de distribution peuvent également prétendre à une rémunération. À deux reprises, des délibérations de la CRE relatives au mécanisme d'ajustement ont fait l'objet d'un recours par des opérateurs d'effacement²¹. À l'appui du second recours, il était soutenu que « les gestionnaires de réseaux de distribution exercent ou sont susceptibles d'exercer une activité d'opérateur d'effacement » et « qu'ils poursuivent des intérêts économiques divergents de ceux des opérateurs d'effacement et sont susceptibles d'entraver leur activité, du fait en premier lieu de leur dépendance à l'égard des fournisseurs d'énergie ». Le Conseil d'État n'a pas fait droit à cette argumentation, considérant qu'il fallait distinguer d'une part l'effacement valorisable et « les effacements qui sont susceptibles d'être réalisés dans le cadre des différents projets menés par ces gestionnaires, notamment dans le cadre du déploiement du compteur Linky » qui « ne peuvent être regardés comme une activité concurrente de celle des opérateurs d'effacement dès lors que ces effacements, qui ne donnent lieu à aucune commercialisation, sont effectués seulement dans l'objectif de maintenir la sécurité et l'équilibre du réseau ». Ainsi, en pratique, deux types d'opérateurs distincts sont susceptibles d'effacer la consommation de l'abonné, l'un en percevant une rémunération, l'autre sans en percevoir.

2° L'abonné et la séparation des opérateurs

15 - Séparation et relation avec l'abonné. – Le voile de la personnalité morale séparant le gestionnaire du réseau public de distribution du fournisseur d'électricité permet-il de conclure que l'installation du compteur se trouve sans impact sur le contrat de fourniture d'électricité déjà souscrit par l'abonné ?²² Une telle affirmation semble hasardeuse tant du point de vue technique, que de la rédaction des conditions générales et de l'opposabilité des cahiers des charges de la concession.

D'abord, d'un point de vue technique, la mise en service d'un compteur communicant CPL modifie les conditions du soutirage de l'électricité alimentant l'installation privative de l'abonné, en injectant de nouvelles radiofréquences qui circuleront dans tous les appareils. Or l'ajout de ces nouvelles fréquences peut à la fois soulever des problèmes d'électro-compatibilité avec certains appareils raccordés et générer l'émission de nouveaux champs électromagnétiques. En outre, la pose de boîtiers en amont des appareils permettra leur déconnexion temporaire à distance, ce qui modifie encore le service fourni.

Ensuite, du point de vue des conditions générales de fourniture, il est également acquis que suite au déploiement des compteurs,

15. Rép. min. : JOAN Q 4 oct. 2016, p. 8005.

16. Quest. parlementaire : JOAN Q 4 oct. 2016, p. 8010.

17. P. Sablière, *Droit de l'énergie* : Dalloz Action, 2014-2015, n° 114-25, « Par effacement diffus, on entend l'agrégation des effacements de consommation (essentiellement sur les installations de chauffage) à partir d'un ensemble de consommateurs raccordés aux réseaux publics de distribution. Ces effacements sont réalisés par l'intermédiaire de boîtiers installés chez les consommateurs et commandés à distance par un point de commande centralisé géré par un opérateur ».

18. G. Dezobry, *L'effacement diffus : un modèle économique incertain et un cadre juridique instable* : Énergie – Env. – Infrastr. 2017, étude 2.

19. A. Séé, *Le réseau, modèle de régulation ?* : Énergie – Env. – Infrastr. 2016, dossier 25.

20. F. Tesson, *Monopoles historiques et libéralisation : que reste-t-il du service public ?* : Énergie – Env. – Infrastr. 2016, dossier 26.

21. CE, 3 mai 2011, req. n° 331 858, SA Voltadis c/ CRE : Rec. CE 2011. – CE, 13 mai 2016, req. n° 390049, Synd. professionnel Cathode c/ CRE

22. UFC Que choisir ?, *Compteur Linky. Le vrai du faux*, 15 sept. 2016 : <http://www.quechoisir.org> : « En soi le compteur ne constitue pas un nouveau service. Il ne modifie en rien votre contrat actuel puisque le changement de compteur pour cause d'évolution technologique est déjà intégré dans votre contrat ».

les fournisseurs d'énergie proposeront de nouvelles offres commerciales déterminées en fonction de plusieurs paramètres : niveau de consommation, période tarifaire selon le TURPE et présence des boîtiers d'effacement. Pour les puissances inférieures à 36 kVA servies aux clients résidentiels, le tarif réglementé de vente²³ subsistera donc, mais selon des modalités de calcul « désintégré » revues selon l'article L. 337-6 du Code de l'énergie.

Enfin, il est erroné de prétendre que l'abonné n'entretient aucune relation avec le gestionnaire du réseau de distribution publique d'électricité. La question est de savoir si cette relation est de nature contractuelle et/ou réglementaire. À l'occasion de la conclusion de la concession de distribution d'électricité, un cahier des charges a été établi précisant les dispositions applicables par le concessionnaire aux usagers, notamment en ce qui concerne le raccordement, le comptage ou la facturation. Il est soutenu que ce cahier des charges présente un caractère réglementaire à l'égard de l'abonné²⁴, son opposabilité étant toutefois subordonnée à l'information de l'abonné qui, en pratique, est rarement donnée. Mais l'article L. 224-8 du Code de la consommation dispose que « *Le fournisseur est tenu d'offrir au client la possibilité de conclure avec lui un contrat unique portant sur la fourniture et la distribution d'électricité* », contrat qui « *reproduit en annexe les clauses réglant les relations entre le fournisseur et le gestionnaire de réseau* ». Par le contrat unique, l'abonné donne donc mandat au fournisseur de signer en son nom le contrat qui le liera au gestionnaire de réseau pourvu qu'il en ait connaissance. Dans tous les cas, la teneur du cahier des charges de la concession et sa diffusion aux abonnés sont donc déterminantes.

16 - Finalement, l'abonné dispose de plusieurs fondements pour s'opposer au déploiement du compteur communicant de technologie CPL : fondements de droit des biens tirés de la propriété ou la possession de l'immeuble qu'il occupe, fondements de droit de l'énergie tirés de ce que le déploiement du compteur modifiera les conditions de soutirage de l'électricité, les conditions tarifaires de fourniture, sans même mentionner que le déploiement du CPL ne figure pas nécessairement dans le cahier des charges de la concession. Mais le droit de la consommation fournit encore d'autres bases juridiques au refus.

2. Les compteurs communicants et le consommateur

17 - Puisque le compteur communicant se trouve à l'entrée de l'installation privative de l'abonné et puisqu'il modifie les conditions de fourniture de l'électricité, son déploiement doit être évalué au regard des prérogatives du consommateur, qu'il s'agisse de ses droits subjectifs (A) ou de ses droits fondamentaux (B).

A. - Les droits subjectifs du consommateur

1° Le droit à l'information

18 - **Les débiteurs de l'information préalable sur les compteurs communicants et sur la fourniture.** – Le gestionnaire de réseau de distribution d'une part et le fournisseur d'électricité d'autre part sont tous deux débiteurs d'une obligation d'information précontractuelle au bénéfice de l'abonné, par application de l'article L. 111-1 du Code de la consommation visant explicitement la fourniture d'électricité. Il faut ici souligner que les périmètres respectifs de l'obligation d'information pesant sur le fournisseur et sur le gestionnaire de réseau sont loin d'être clairs, puisque leurs missions respectives sont imbriquées : le comptage de la consommation

permet au fournisseur d'établir sa facture. Ainsi, l'article L. 224-3 du Code de la consommation, énumérant des mentions obligatoires, tente d'apporter un peu de clarté, sans y parvenir cependant²⁵. En outre, cet article spécial n'épuise pas les obligations d'information fondées sur d'autres textes généraux ou spéciaux, par exemple sur la sécurité des produits puisque l'électricité est bien un produit au sens de l'article 1245-2 du Code civil.

19 - **La teneur de l'information préalable.** – En ce qui concerne l'installation du réseau électrique intelligent, les abonnés sont créanciers d'une obligation d'information sur les caractéristiques techniques du compteur et sur l'éventuelle mise en service d'un concentrateur GSM à proximité de leur immeuble. Ils sont également créanciers d'une information sur la sécurité du compteur, sous le double aspect de la santé et de la compatibilité électromagnétique avec leurs appareils. En ce qui concerne l'exploitation du compteur, les abonnés sont également créanciers d'une information précise sur la nature des modifications affectant le soutirage de l'électricité et sur les perspectives de modification du comptage et de la tarification. Au lieu d'une telle information préalable les abonnés n'ont été destinataires que d'une communication institutionnelle laconique, passant sous silence la possibilité de refuser l'installation. Lorsqu'ils ont insisté et notifié leur refus du compteur communicant, les abonnés ont reçu une lettre type du gestionnaire de réseau, dont partie de l'information peut être qualifiée de trompe-l'œil. Il est par exemple fait mention du respect par le compteur des normes techniques NF EN²⁶, dont la teneur, peu intelligible pour le consommateur, n'est au surplus accessible que moyennant paiement... De même, la possibilité d'un *opt out* est passée sous silence, le caractère obligatoire du déploiement étant affirmé à tort.

20 - **L'information accessible sur la consommation électrique en temps réel.** – Du point de vue de la transition énergétique et de l'article R. 314-4 du Code de l'énergie, l'élément déterminant n'est pas l'information sur le déploiement du compteur mais l'accessibilité quotidienne de l'information sur la consommation électrique, au moyen du compteur. Or le compteur Linky ne comporte même pas cette fonctionnalité²⁷. L'abonné devra accepter, moyennant le paiement d'un complément de prix, l'installation d'un « afficheur déporté » lui permettant d'accéder en temps réel à sa propre consommation qui lui est autrement inaccessible... En outre, le nouveau compteur communicant sanctionne le dépassement ponctuel de la puissance souscrite par une disjonction immédiate, ce qui contraindra les abonnés à souscrire une puissance supérieure à celle actuellement souscrite s'ils disposent d'un équipement tel qu'une pompe chaleur qui, pour son amorçage, peut provoquer un bref dépassement de puissance (lequel passait jusqu'à présent inaperçu avec les compteurs électromécaniques). Paradoxalement, un compteur conçu dans l'optique de la transition énergétique pourrait donc conduire à la souscription d'une puissance électrique supplémentaire et à un renchérissement pour l'abonné.

2° La protection du consentement

21 - **La liberté de contracter ou de ne pas contracter.** – L'installation et l'exploitation des compteurs communicants conduiront nécessairement à la modification des conditions contractuelles du contrat unique liant l'abonné, le gestionnaire de réseau et le fournisseur. Or plusieurs arguments, de droit commun et de droit spécial, fondent le refus de l'abonné d'accepter le compteur et les modifications contractuelles en découlant. Le premier argument, d'évidence, est tiré de la liberté contractuelle qui se traduit par le

23. Décrié par certains, Ch. Le Bihan Graf, *Les tarifs réglementés à l'épreuve de la libéralisation des marchés de l'énergie : bilans et perspectives* : Énergie – Env. – Infrastr. 2015, étude 4.

24. P. Sablière, *L'opposabilité à la clientèle des cahiers des charges de concession de distribution publique d'électricité* : Énergie – Env. – Infrastr. 2015, étude 1.

25. M. Latina, *Contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel* : JCI. Concurrence-Consommation, fasc. 995, § 13.

26. NF EN 50470, NF EN 55022, NF EN 50065.

27. UFC Que choisir ?, *Compteur Linky. Le vrai du faux*, préc. – UFC Que choisir ?, *Compteur Linky, l'intérêt des consommateurs à la trappe*, 2 déc. 2015 : <http://www.quechoisir.org>, consulté le 15 avril 2016.

droit de ne pas contracter à des conditions que l'abonné juge inacceptables. Un second argument, radical, fait échec à l'installation du compteur et à sa mise en service. Si plusieurs dispositions législatives tendent à la consécration d'un *droit au raccordement*²⁸ aux réseaux publics d'électricité, il n'existe aucune obligation de *raccordement* d'un immeuble au réseau. Le développement des techniques liées à la transition énergétique devrait d'ailleurs permettre, à moyen terme, aux consommateurs qui le souhaitent de produire, stocker et consommer leur propre électricité sans raccordement au réseau. Toutefois, des associations de riverains rapportent que la menace du « dé-raccordement » est brandie par les sous-traitants du gestionnaire de réseau pour imposer le déploiement du compteur. Au-delà de cette logique du tout ou rien face à laquelle les abonnés ne sont pas en situation égale en fonction de leurs ressources financières et de la configuration de leur habitat, la réponse doit être recherchée en droit de la consommation.

22 - Produit de première nécessité et clauses abusives. – L'électricité constitue « un produit de première nécessité » qui, comme l'eau, n'est pas substituable. Il existe d'abord un tarif social financé par la contribution au service public de l'électricité²⁹ pour permettre l'accès de tous à l'électricité. Ensuite, la jurisprudence veille à ce qu'il ne soit pas procédé à l'interruption de la fourniture en cas d'incident ponctuel de paiement, utilisant les ressources du droit commun telles que le délai de grâce. Enfin, l'article L. 732-1 du Code de la sécurité intérieure impose aux opérateurs de prendre « les mesures nécessaires au maintien de la satisfaction des besoins prioritaires de la population lors des situations de crise ». Il en découle que les fournisseurs d'électricité et les gestionnaires de réseau ne sauraient raisonnablement invoquer l'interruption de la fourniture ou la fin du raccordement pour contraindre les abonnés à accepter les compteurs communicants avec CPL.

Si toutefois les filiales de l'opérateur historique venaient à stipuler dans le contrat unique ou dans le contrat de fourniture une clause subordonnant explicitement le raccordement et la fourniture d'électricité à l'installation d'un compteur communicant CPL, il y aurait lieu de s'interroger sur la qualification de clause abusive. L'objet même de cette clause ne porterait en effet pas sur l'électricité ou sur l'adéquation de son prix qui, en tant que tels, sont soustraits au contrôle. La clause imposerait une modalité de fourniture déterminant les conditions de la preuve de la consommation et de collecte de données personnelles, créant ainsi « un déséquilibre juridique »³⁰. L'existence d'un déséquilibre significatif au détriment du consommateur ne ferait alors guère de doute, que ce soit vis-à-vis du gestionnaire qui se trouve en situation de monopole ou vis-à-vis du fournisseur qui se trouve en situation de quasi-monopole. Doit-on considérer que les exigences d'intérêt général afférentes à la gestion du réseau justifient ces restrictions ? Nous ne le pensons pas car ce n'est pas le compteur communicant qui permet la consultation journalière de la consommation (mais un afficheur déporté facultatif) et ce n'est pas davantage le compteur communicant qui permet l'effacement de consommation (mais des boîtiers situés en aval du compteur, également facultatifs). Dans sa recommandation n° 14-01, la Commission des clauses abusives avait déjà déclaré abusives diverses clauses des contrats de fourniture de gaz et d'électricité relatives au paiement de frais (dont les frais de déplacement), à la suppression de la possibilité d'auto-relève et au comptage. En outre, d'autres considérations d'intérêt général, tirées des droits fondamentaux du consommateur justifient

que sa liberté de refuser les compteurs communicants soit respectée.

B. - Les droits fondamentaux du consommateur

1° La protection du droit à la santé

23 - M^{me} H. Pauliat remarque que « Linky rejoint alors Monsanto dans les débats sur les risques possibles à la santé »³¹. L'évaluation du déploiement des réseaux électriques intelligents suppose de préciser la portée du droit à la santé, de distinguer les différents éléments du réseau électrique intelligent et de distinguer selon l'état de santé dans lequel se trouve déjà l'abonné au moment du déploiement du compteur.

24 - Le droit à la santé et le droit à un environnement favorable à la santé. – Le droit à la santé est garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et au vieux travailleur le droit à la santé* ». Quant à la Charte de l'environnement, qui est également de valeur constitutionnelle, son article 1 proclame que « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à la santé* ». Si les contours du droit à la santé font l'objet de discussions, il est admis que « Le droit à la santé ne peut être considéré de manière générale comme un droit subjectif, mais comme une obligation pesant sur l'État et sur la collectivité publique »³². Autrement dit, il s'agit d'un objectif constitutionnel qui doit être combiné avec le principe de précaution. Or, la collectivité publique se trouve « *organiquement* » concernée par le déploiement des réseaux électriques intelligents du fait des décisions prises par son régulateur, par l'opérateur historique contrôlé par l'État actionnaire et par ses juridictions.

25 - L'approche analytique du réseau électrique intelligent. – La controverse sur la nocivité des compteurs communicants à CPL, si elle est largement relayée, est posée en des termes trop réducteurs.

En ce qui concerne, les éléments évalués, il faut certes déterminer si le compteur lui-même, qui est parfois installé dans l'habitation de l'abonné, émet des champs électromagnétiques dans son périmètre immédiat³³. Mais il faut aussi déterminer, ce qui n'a pas été fait de façon indépendante, si l'installation électrique dans laquelle le CPL a été injecté conduit à une augmentation diffuse des champs électromagnétiques dans l'habitat. Et il faut encore déterminer si la transmission hertzienne des données de consommation depuis les concentrateurs ne va pas renforcer l'*electrosmog* dans la zone de desserte des réseaux électriques.

En ce qui concerne les niveaux d'immission auxquels sont exposés les habitants, il conviendrait de les rapporter utilement aux valeurs d'orientation définies à l'étranger pour protéger la santé humaine, et non aux valeurs limites posées par le décret n° 2002-775 caractérisées à la fois par leur obsolescence et leur indifférence aux effets biologiques associés à une exposition de longue durée³⁴.

En ce qui concerne la durée journalière agrégée d'émission du compteur, qui serait d'une minute environ, elle n'est pas davantage pertinente. C'est l'espacement et le nombre d'impulsion en une journée qu'il convient de considérer.

26 - L'état de santé de l'abonné. – Enfin, il convient de distinguer selon que l'abonné ou son entourage jouit d'un bon état de santé initial ou selon qu'il se trouve déjà affecté d'une pathologie le rendant particulièrement vulnérable aux champs électromagné-

28. Sur le délai maximum de raccordement, C. *énergie*, art. L. 342-3. – Sur la prise en charge d'une partie des coûts du raccordement par les tarifs d'utilisation, L. n° 2003-590, 2 juill. 2003 sur l'urbanisme et l'habitat, art. 4. – Sur la gestion des « files d'attente », P. Sablière, *Droit de l'énergie*, préc., n° 834-21. – Sur la prise en compte du raccordement dans l'appréciation de la constructibilité, V. C. urb., art. L. 421-5.

29. P. Sablière, *Droit de l'énergie*, préc., n° 858-32.

30. J.-D. Pellier, *Droit de la consommation* : Dalloz 2017, § 100, p. 120.

31. H. Pauliat, *Linky et les collectivités territoriales : chronique de contentieux annoncés* : JCP A 2016, act. 472

32. A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé* : PUF coll. *Thémis* 2012, 3^e éd., n° 3, p. 3.

33. Sur la position de l'ANFR qui se réfère aux valeurs limites et sur les critiques du CRIREM, D. Laperche, *Champs électromagnétiques : le Linky n'inquiète pas l'ANFR*, 1^{er} juin 2016 : <http://actu-environnement.com>.

34. Sur la genèse du décret, sa portée aujourd'hui et le droit comparé, V. pour de plus amples développements, O. Cachard, *Le droit face aux ondes électromagnétiques* : Lexis-Nexis 2016, n° 239 s, p. 121 s.

tiques même faibles, en particulier s'il est affecté par une électrohypersensibilité (EHS)³⁵ médicalement diagnostiquée. Par une décision remarquée, le juge des référés a ainsi ordonné à un bailleur social d'enlever un compteur communicant installé dans l'appartement d'une locataire frappée d'EHS afin d'éviter que son état de santé ne s'aggrave encore³⁶.

2° La protection du droit à la vie privée

27 - Les fonctionnalités des compteurs pour un usage domestique. – Les compteurs communicants peuvent établir et enregistrer « la courbe de charge » du soutirage d'électricité (consommation) et de l'injection d'électricité (production et revente par l'abonné). Cette « courbe de charge » est constituée d'un relevé à intervalles réguliers dénommés « pas de mesure » horaire, demi-horaire ou de dix minutes. Il convient de distinguer la mesure de la puissance souscrite exprimée en watt (W) ou kilovoltampères (kVA), désignant la quantité maximum d'électricité soutirée chaque seconde, et la mesure totale de l'énergie consommée exprimée en kilowattheure (kWh). Alors que les compteurs mécaniques mesuraient et enregistraient la valeur totale de l'énergie consommée entre les deux relevés (sans donner d'indication sur le dépassement de la puissance souscrite), les compteurs communicants renseignent à la fois sur la puissance et sur l'énergie consommée sur des « pas de temps » réduits. Certes, les données recueillies par le compteur sont globales et ne renseignent pas (encore) sur la consommation individuelle de chaque appareil. Mais ces données dites « globales » peuvent être recueillies sur un pas de temps court³⁷ et fournir pour cette raison une indication détaillée sur le mode de vie des abonnés : « leur horaire de réveil, le moment où ils prennent une douche ou bien quand ils utilisent certains appa-

reils »³⁸. En outre, il n'est pas à exclure que les boîtiers facultatifs en aval du compteur permettent à l'avenir un recueil analytique par appareil. Les données enregistrées dans la « courbe de charge » sont ainsi des données personnelles soumises au régime de protection national et européen.

28 - Les normes applicables à la collecte et au traitement des données. – Outre la loi informatique et libertés, d'application générale, le Code de l'énergie formule des règles spéciales. Il prévoit d'une part que « les utilisateurs des réseaux et les tiers autorisés par les utilisateurs y ont accès » (C. énergie, art. R. 341-4) et d'autre part que les gestionnaires de réseau ont « le droit d'utiliser ces données pour tout usage relevant de leurs missions » (C. énergie, art. R. 341-5, al. 2). Il est fait renvoi aux articles R. 111-26 et suivants pour définir à quelles conditions le gestionnaire de réseau peut à son tour communiquer ces données à de véritables tiers ou au fournisseur d'énergie lié au client par le contrat unique instituant la relation tripartite. Le consentement du client étant expressément exigé par le code, la communication institutionnelle du gestionnaire indique à juste titre que « les données appartiennent au client » et, en vue de favoriser le recueil de son consentement, souligne habilement qu'il entend agir « comme tiers de confiance »³⁹ certifié par la CNIL. Mais de toute façon, le consommateur n'aura, en pratique, guère de choix s'il veut bénéficier des offres tarifaires du fournisseur d'électricité. Il devra consentir à la collecte de la courbe de mesure, à son traitement et à son transfert. Il n'est pas sûr, en cette matière comme en d'autres, que le consentement constitue la meilleure protection de l'abonné.

29 - La protection des droits fondamentaux du consommateur justifie donc encore davantage la protection de son consentement et de son droit de refus, sous peine de lui imposer la présence d'un hussard sous son toit...

Mots-Clés : Compteurs électriques communicants - Consentement - Consommateur - Droit à la vie privée

35. O. Cachard, *le droit face aux ondes électromagnétiques*, préc., n° 145 s., p. 78 s.

36. Tl Grenoble, ord. réf., 17 nov. 2016, n° 12-16-000575, M^{me} X. c/ OPAC 38. L'auteur remercie M^e Joseph de lui avoir transmis cette décision.

37. CNIL, délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommations détaillées collectées par les compteurs communicants ;

38. P. Sablière, *Droit de l'énergie*, préc., § 855-16

39. ERDF, Linky, un compteur nouvelle génération, dossier de presse, nov. 2015 : <http://www.enedis.fr>.