

N° 425975
Commune de Bovel

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies
Séance du 29 mai 2019
Lecture du 28 juin 2019

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, rapporteur public

A qui appartiennent les compteurs électriques ? Voici la question qui vous est posée par ce litige, dans le contexte de l'hostilité manifestée par un certain nombre de communes à l'encontre du déploiement des compteurs électriques communicants dénommés Linky.

Ce déploiement s'inscrit dans un édifice normatif composé à la fois de règles de droit de l'Union européenne et de droit national. Au niveau européen, la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 sur l'électricité¹ a prévu que « *les États membres veillent à la mise en place de systèmes intelligents de mesure qui favorisent la participation active des consommateurs au marché de la fourniture d'électricité* » ; lorsque l'Etat choisit de déployer ces systèmes, au vu d'une évaluation favorable des coûts et bénéfiques, il doit s'assurer qu'au moins 80 % des clients seront équipés de systèmes intelligents de mesure d'ici à 2020. Dans ce cadre, la France a fait le choix d'un déploiement généralisé des compteurs communicants². L'obligation de mise en œuvre des compteurs incombe aux gestionnaires des réseaux de distribution, à savoir Enedis, filiale du groupe EDF, et les entreprises locales de distribution. L'article R. 341-8 définit un calendrier de déploiement, en prévoyant notamment la mise en conformité d'ici le 31 décembre 2020 d'au moins 80 % des dispositifs de comptage, les 100 % devant être atteints d'ici 2024. Vous avez rejeté des recours pour excès de pouvoir dirigés contre le décret du 31 août 2010 dont sont issues ces dispositions réglementaires et contre l'arrêté définissant les fonctionnalités techniques (20 mars 2013, *Syndicat intercommunal d'énergie d'Indre-et-Loire et Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité*, n° 346971 et n° 346972, Inédit, s'agissant du décret ; même jour, *Association Robin des toits et autres*, n° 356816, Inédit, s'agissant de l'arrêté).

Le déploiement des compteurs Linky a néanmoins suscité des oppositions multiformes, qui se situent sur différents terrains : celui de la sécurité sanitaire, en raison des ondes électromagnétiques émises par les compteurs³ ; celui de la protection des données

¹ Directive 2009/72 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

² Cf. les articles L. 341-4 et R. 341-4 à R. 341-8 du code de l'énergie.

³ Cf. à ce sujet l'avis de l'ANSES du 6 juin 2017, *Exposition de la population aux champs électromagnétiques émis par les compteurs communicants*, concluant à une « *faible probabilité que l'exposition aux champs électromagnétiques émis par les compteurs communicants engendre des effets sanitaires à court ou long terme* ».

personnelles et de la vie privée, compte tenu des données détaillées communiquées par les compteurs sur les consommations individuelles ; celui du bon fonctionnement des installations électriques, les compteurs Linky étant accusés de provoquer des disjonctions intempestives, voire des incendies. Par ailleurs, la Cour des comptes a émis des critiques dans son rapport public annuel pour 2018⁴, pointant un coût de déploiement de 5,7 milliards d'euros supporté par les consommateurs et des conditions financières avantageuses pour Enedis. Ces critiques ont suscité une vive réaction de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) en défense du projet et du cadre de régulation qu'elle avait contribué à instaurer⁵.

De nombreuses communes ont pris des délibérations s'opposant au déploiement des compteurs Linky sur leur territoire, arguant de l'un ou l'autre ou de l'ensemble de ces motifs. Selon un décompte de la « plateforme opérationnelle anti-Linky »⁶, 797 communes auraient pris une délibération ou un arrêté municipal contre l'installation du compteur. Ces délibérations ou arrêtés sont systématiquement contestées par les préfets ou par Enedis. 675 décisions juridictionnelles ont déjà été rendues par les tribunaux administratifs et 19 par les cours administratives d'appel. Le présent pourvoi vous donnera ainsi l'occasion de rendre l'une de vos premières décisions dans le cadre de ce contentieux sériel.

La commune de Bovel a pris une délibération le 17 mars 2017 refusant le déclassement, au sens de la domanialité publique, des compteurs d'électricité existants et interdisant leur remplacement par des compteurs Linky sans le consentement préalable de la commune. Par un courrier du 18 mai 2017, le préfet d'Ille-et-Vilaine a invité la commune à procéder au retrait de cet arrêté, retrait refusé par une nouvelle délibération du conseil municipal du 23 juin 2017. Le préfet a alors saisi le tribunal administratif de Rennes, qui a annulé les deux délibérations par un jugement du 7 décembre 2017, annulation confirmée par un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 5 octobre 2018 (n° 18NT00454, C+ ; cf. pour les conclusions du rapporteur public, F.-X. Bréchet, « Les compteurs Linky et les irréductibles Gaulois », AJDA 2018 p. 2193). La commune se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

1. Il est à noter que les interventions de la société Enedis ont été admises en première instance comme en appel. La société Enedis se présente devant vous comme un défendeur. La question de savoir si un intervenant en défense devant la cour administrative d'appel peut, lorsque l'arrêt de la cour lui a été favorable, se présenter à vous comme un défendeur et non comme un simple intervenant, ce qui a notamment comme conséquence de lui ouvrir au droit au remboursement des frais exposés et non compris dans les dépens sur le fondement de l'article L. 761-1 du CJA (19 janvier 1994, *P...*, n° 143421, Tab., sur l'absence de droit au remboursement pour les intervenants), ne nous paraît pas avoir été tranchée par votre jurisprudence. Mais nous estimons que la société Enedis aurait eu qualité pour faire tierce opposition contre l'arrêt s'il lui avait été défavorable, car dès lors qu'elle est débitrice de l'obligation d'installer les compteurs Linky, un tel arrêt aurait préjudicié à ses droits. Par suite, elle aurait eu qualité pour se pourvoir en cassation (3 juillet 2000, *Syndicat des pharmaciens du Nord*, n° 169259, Tab.). Vous pourrez donc admettre par un *a fortiori* qu'elle puisse se constituer comme défendeur devant vous.

⁴ « Les compteurs communicants Linky : tirer pour les consommateurs tous les bénéfices d'un investissement coûteux », Rapport public annuel 2018, février 2018.

⁵ « Compteurs communicants Linky : le point de vue de la CRE », communiqué de presse, 7 février 2018.

⁶ <https://www.poyal.fr/appfree/carte-france-communes-refus-anti-non-linky.html>

2. Le premier moyen, qui concentrera l'essentiel de nos analyses, est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en jugeant que la commune n'était pas propriétaire des compteurs électriques sur son territoire et que cette propriété avait été transférée au syndicat mixte départemental d'énergie d'Ille-et-Vilaine.

La cour a interprété les dispositions combinées des articles L. 322-4 du code de l'énergie et L. L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales en jugeant qu'il en résultait que la propriété des ouvrages publics de distribution d'électricité, dont font partie les compteurs communicants Linky, était attachée à la qualité d'autorité organisatrice du réseau public de distribution d'électricité. Elle a ensuite constaté que la commune de Bovel était membre du syndicat mixte départemental d'énergie d'Ille-et-Vilaine et que ce syndicat avait la qualité d'autorité organisatrice du service public de distribution d'électricité (AODE), et en a déduit que la commune ne disposait pas de la compétence qu'elle revendiquait en tant que propriétaire pour s'opposer à l'enlèvement des anciens compteurs.

Ni l'appartenance de la commune au syndicat mixte ni la qualité d'autorité organisatrice de la distribution d'électricité de ce dernier n'étant contestées, la question se présente ainsi à vous de manière très pure : le transfert de la compétence d'autorité organisatrice de la commune à un groupement emporte-t-il transfert de la propriété des installations du réseau de distribution ? Cette question ne se limite d'ailleurs pas au compteur Linky et concerne l'ensemble des installations du réseau.

Deux choses sont acquises. Tout d'abord, les compteurs électriques sont bien l'une des composantes du réseau de distribution. Ceci résulte de l'article D. 342-1 du code de l'énergie, qui inclut les « *installations de comptage* » dans la catégorie des « *ouvrages de branchement* », qui sont les ouvrages assurant le raccordement de l'utilisateur final au réseau public de distribution.

Ensuite, le propriétaire de ces installations n'est pas le gestionnaire du réseau de distribution. En effet, l'article 36-I de la loi du n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières a transféré aux collectivités territoriales ou à leurs groupements les ouvrages du réseau de distribution appartenant antérieurement à EDF. Ces dispositions sont reprises aujourd'hui à l'article L. 322-4 du code de l'énergie. Dans le cadre de contentieux relatifs à la fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE), vous avez relevé à plusieurs reprises que les gestionnaires des réseaux de distribution n'étaient que les concessionnaires de ces ouvrages et n'en avaient pas la propriété (28 mars 2012, *Société Direct Energie et autres*, n° 330548, Rec. ; 9 mars 2018, *Société Enedis et autres*, n° 407516, Tab. sur un autre point).

En revanche, vous n'avez jamais décidé qui de la commune ou de l'autorité organisatrice de la distribution d'électricité est propriétaire des ouvrages du réseau. Contrairement à ce que soutiennent les défendeurs, la décision *Société Enedis et autres* du 9 mars 2018 ne s'est pas prononcée sur cette question, qui n'était pas posée par ce litige. Si elle relève que « *la gestion des réseaux publics de distribution d'électricité fait en principe l'objet d'une concession par les collectivités territoriales qui en sont les autorités organisatrices et qui sont propriétaires des ouvrages des réseaux en application de l'article L. 322-4 du code de l'énergie* », c'est dans le cadre d'un débat sur la prise en compte, dans le calcul du taux de rémunération des actifs, de l'exploitation des réseaux dans le cadre de concessions. Le Conseil d'Etat a seulement rappelé à cette occasion que les gestionnaires des réseaux n'étaient pas

propriétaires des installations, dans une formule ramassée qui n'opérait pas de distinction entre les communes et leurs groupements.

Il faut donc en revenir aux textes législatifs. Comme le souligne la commune à juste titre, dans le cadre du droit commun des collectivités territoriales, le transfert de compétences à un EPCI n'entraîne pas le transfert de propriété des biens afférents à la compétence transférée. Selon l'article L. 1321-1 du CGCT⁷, « *le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence* ». La mise à disposition suffit à donner à la collectivité bénéficiaire du transfert les moyens d'exercer sa compétence, d'autant plus que l'article L. 1321-2 dispose qu'elle assume l'ensemble des obligations du propriétaire et possède tous pouvoirs de gestion.

Ces dispositions générales doivent néanmoins être articulées avec les dispositions spéciales relatives à la distribution d'électricité, l'article L. 1321-4 réservant d'ailleurs l'hypothèse de lois spéciales organisant le transfert de propriété. Ces dispositions spéciales sont d'abord celles qui définissent le rôle et l'identité des AODE. Sur le rôle, l'article L. 2224-31-I du CGCT dispose que l'autorité organisatrice ou autorité concédante⁸ négocie et conclut le contrat de concession et contrôle le bon accomplissement des missions de service public fixées par le cahier des charges du contrat. Sur l'identité, le IV du même article prévoyait initialement⁹ que l'AODE pouvait être soit la commune, soit l'EPCI auquel elle avait transféré cette compétence, soit le département si celui-ci exerçait cette compétence à la date de publication de la loi du 9 août 2004. Toutefois, la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie a prévu que lorsque la compétence d'AODE n'était pas exercée par le département, par un unique syndicat intercommunal ou mixte sur le territoire du département ou par un groupement de collectivités dont la population soit au moins égale à un million d'habitants, une procédure de création d'un syndicat intercommunal ou mixte unique à l'échelle du département devait être engagée par le préfet. Le législateur a donc remis en cause la possibilité pour les communes de conserver leur compétence d'AODE et poussé à l'exercice de celle-ci dans le cadre de groupements à l'échelle du département.

S'agissant de la propriété des installations, l'article L. 322-4 du code de l'énergie dispose que « *les ouvrages des réseaux publics de distribution, y compris ceux qui, ayant appartenu à Electricité de France, ont fait l'objet d'un transfert au 1er janvier 2005, appartiennent aux collectivités territoriales ou à leurs groupements désignés au IV de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales* ». Plusieurs arguments plaident pour interpréter ces dispositions comme l'a fait la cour.

Il s'agit tout d'abord de la lecture la plus naturelle de la lettre du texte. Le membre de phrase « *désignés au IV de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales* » s'applique en facteur commun aux « *collectivités territoriales* » et à « *leurs groupements* », sinon l'on ne saurait pas de quelles « *collectivités territoriales* » il s'agit. Or la désignation au

⁷ Applicable aux transferts intervenant au bénéfice des EPCI en vertu de l'article L. 5211-5-III.

⁸ Les deux formules sont employées de manière équivalente par l'article L. 2224-31, l'article L. 322-1 du code de l'énergie disposant d'ailleurs que « *les autorités organisatrices d'un réseau public de distribution sont définies à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales* » et que sauf dans le cas d'une gestion en régie, « *la concession de la gestion d'un réseau public de distribution d'électricité est accordée par ces autorités organisatrices* ».

⁹ Lors de sa création par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

IV de l'article L. 2224-31 du CGCT est celle de l'AODE. Lorsque la loi parle des collectivités territoriales ou de leurs groupements désignés au IV de l'article L. 2224-31, elle parle donc de ceux qui ont été désignés comme AODE. La seule autre lecture grammaticalement possible, qui consisterait à comprendre l'article comme laissant un choix quant à la propriété des installations entre la collectivité territoriale et le groupement désigné comme AODE, donnerait à la loi une portée bien peu normative, puisque l'article L. 322-4 ne définirait alors ni l'identité du propriétaire ni la manière de le choisir.

Les travaux préparatoires de la loi du 9 août 2004 dont ces dispositions sont issues n'invalident pas cette lecture, même s'il en résulte une légère ambiguïté. Le projet de loi prévoyant la création d'une filiale distincte d'EDF chargée de la gestion du réseau de transport, il a en conséquence défini de manière séparée le réseau de distribution et le réseau de transport¹⁰, ces deux composantes étant jusqu'alors confondues dans le « *réseau d'alimentation générale* » appartenant à EDF. L'article 33 du projet de loi précisait que les ouvrages du RAG reclassés dans le réseau de distribution étaient « *transférés à titre gratuit à la même date aux collectivités territoriales mentionnées au I* » de l'article L. 2224-31, c'est-à-dire à l'autorité concédante. Le rapport de M. Ladislas Poniowski, fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat¹¹, indique que les ouvrages du RAG qui relèvent des réseaux publics de distribution « *sont reclassés dans les réseaux de distribution au 1er janvier 2004 et transférés à titre gratuit aux collectivités territoriales concédantes* ».

Lors des débats en séance publique en première lecture au Sénat, un amendement de la commission des affaires économiques a été adopté qui ajoutait à l'article 33 un nouveau paragraphe III, en vertu duquel, à l'exception des postes de transformation du courant de haute ou très haute tension en moyenne tension exploités par EDF, « *les autres ouvrages de distribution appartiennent aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, visés au IV de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales* ». La portée de cet ajout, présenté comme un amendement de précision, n'est pas évidente dès lors que le I de l'article 33 prévoyait déjà le transfert de propriété aux collectivités concédantes, le seul apport de l'amendement étant de mentionner explicitement les groupements de collectivités. L'interrogation est alimentée par le fait que le rapporteur s'est en revanche opposé à un amendement qui aurait ajouté la mention des EPCI au I de l'article 33, arguant que cet amendement aurait laissé à EDF le choix de la personne publique à laquelle il transférerait la propriété de ses installations. La redondance du I et du IV s'est confirmée lors de l'adoption de la partie législative du code de l'énergie par une ordonnance du 9 mai 2011¹², puisqu'elle les a fusionnés pour créer l'article L. 322-4 que nous avons cité.

En dépit de cette ambiguïté, il ressort clairement que l'intention du législateur en 2004 était de transférer la propriété des ouvrages du réseau de distribution à l'autorité concédante, désignée ès-qualités. Dans l'état du droit alors en vigueur sur les AODE, la commune était l'autorité concédante de droit commun, ce qui explique la rédaction initialement centrée sur les collectivités territoriales. Mais la loi du 7 décembre 2006 ayant ensuite exclu le maintien de cette compétence au niveau communal, sans modifier pour autant les dispositions issues de la loi du 9 août 2004 sur le transfert de propriété, ce transfert aux autorités concédantes bénéficie nécessairement aux autorités concédantes telles que définies dans le nouveau cadre.

¹⁰ Selon les dispositions respectives des articles L. 321-4 du code de l'énergie et L. 2224-31 du CGCT, les ouvrages du réseau de transport sont ceux dont la tension est supérieure à 50 000 volts et les ouvrages du réseau de distribution sont ceux dont la tension est inférieure à cette limite.

¹¹ Rapport n° 386 (2003-2004), déposé le 30 juin 2004.

¹² Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

En troisième lieu, cette lecture découle de l'économie générale de la loi. Depuis la loi du 9 août 2004, le législateur a entendu conforter le rôle et les prérogatives de l'autorité concédante face au concessionnaire. Cette tâche n'est pas aisée, le concessionnaire étant en situation de monopole et bénéficiant de moyens et de compétences techniques disproportionnés par rapport à ceux du concédant. C'est pour réduire cette disproportion que le législateur a poussé à l'exercice de la compétence d'AODE à l'échelle départementale. Au-delà du sujet des compteurs Linky, il ne serait guère cohérent de laisser à la commune une propriété des installations qui serait purement passive, alors qu'elle n'exerce aucun autre rôle en la matière si ce n'est par sa participation au syndicat ou à l'EPCI dépositaire de la compétence.

Enfin, cette lecture des textes a été retenue non seulement par la CAA de Nantes mais aussi par de nombreuses autres juridictions du fond (voir en ce sens par exemple : CAA Nancy, 12 mai 2014, *M. M... et autres*, n°13NC01303, C+ ; JRCAA Marseille, 8 mars 2019, *Commune de Barjols*, n° 19MA00537).

Dans un mémoire en réplique produit deux jours avant l'audience, la commune cite un extrait du rapport de la Cour des comptes sur Linky, selon lequel les réseaux de distribution sont restés la propriété des communes. Toutefois, cet extrait très bref mentionne la propriété communale en contrepoint d'un exposé sur rôle des distributeurs et ne prend pas position sur l'attribution de la propriété entre les communes et leurs groupements. L'affirmation selon laquelle les compteurs sont valorisés à l'inventaire des communes n'est quant à elle assortie d'aucune précision et, en tout état de cause, une pratique comptable ne serait pas susceptible de dicter votre lecture des textes.

En conséquence, nous vous invitons à juger que les dispositions combinées de l'article L. 322-4 du code de l'énergie et de l'article L. 2224-31 du CGCT impliquent que le propriétaire des installations du réseau de distribution, auxquelles appartiennent les compteurs électriques, est l'AODE, et que lorsqu'une commune transfère sa compétence en la matière à un syndicat mixte, elle transfère par là-même cette propriété. Vous écarterez donc le moyen d'erreur de droit.

3. La commune soutient en second et dernier lieu que la cour n'a pas répondu au moyen tiré de ce qu'en vertu des statuts du syndicat mixte, la commune aurait conservé la propriété de ses biens, les statuts renvoyant aux dispositions du CGCT sur la mise à disposition des biens afférents aux compétences transférées.

Cependant, en jugeant que la commune n'était pas propriétaire des compteurs électriques en vertu des dispositions légales, la cour répondait par là-même au moyen tiré des statuts, qui ne peuvent déroger à la loi telle que la cour l'a à juste titre interprétée. Vous écarterez donc ce dernier moyen.

PCMNC :

- **au rejet du pourvoi de la commune de Bovel ;**
- **à ce qu'il soit mis à la charge de la commune le versement à la société Enedis d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.**