

NOTE SUR LES COMPTEURS DE TYPE LINKY

La directive européenne n° 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité a prévu, dans son annexe I, que les Etats membres veillent à la mise en place de systèmes dits « intelligents » de mesure « *qui favorisent la participation active des consommateurs au marché de la fourniture d'électricité* ». Sous réserve d'une évaluation économique favorable de l'ensemble des coûts et des bénéfices pour le marché et pour le consommateur, ils ont été invités à fixer un calendrier pour la mise en place de ces « systèmes intelligents de mesure ».

En France, bien que les compteurs actuels et les offres commerciales des différents fournisseurs d'énergie permettent déjà une « participation active des consommateurs au marché de la fourniture d'électricité »¹, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a confié à la société Capgemini Consulting la réalisation d'une étude technico-économique analysant les coûts et les gains potentiels d'un projet de déploiement des compteurs électriques communicants. Cette étude ayant conduit à une évaluation favorable sous certaines conditions, le décret du 31 août 2010, pris en application de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, a rendu obligatoire la mise en œuvre des compteurs de type « Linky » dans toute la France, avec un calendrier rapide de déploiement prévoyant que 35 millions de foyers seraient équipés d'ici à 2020.

Cependant, le déploiement accéléré de ces compteurs, sans consultation préalable du public, a fait naître des craintes importantes dans la population, tant en ce qui concerne l'impact potentiel sur la santé des technologies utilisées, que relativement au respect de la vie privée des personnes, lequel est un droit fondamental reconnu et protégé par un grand nombre de textes de droit international, européen et national².

En matière de vie privée, il convient d'observer que les compteurs communicants permettent de collecter de très nombreuses informations, et notamment :

¹ Voir par exemple les offres de modulation de la facturation en fonction de plages horaires déterminées et/ou d'un calendrier annuel d'EDF (options EJP, Tempo, heures pleines/heures creuses...)

² Le droit au respect de la vie privée est consacré par l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 9 du code civil français et plus spécifiquement par la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

- des données mesurant la qualité de l'alimentation électrique fournie à l'abonné ;
- les index de consommation : ces index permettent de calculer la consommation d'électricité et sont déjà utilisés par les fournisseurs d'énergie pour procéder à la facturation de leurs clients ;
- **la courbe de charge** : cette courbe de charge est une nouvelle fonctionnalité offerte par les compteurs communicants qui permet d'avoir une connaissance beaucoup plus précise de la consommation des ménages et notamment d'identifier les heures de lever et de coucher, les heures ou périodes d'absence, ou encore, sous certaines conditions, le volume d'eau chaude consommée par jour, le nombre de personnes présentes dans le logement, etc. Ainsi, le compteur « Linky » va permettre de collecter des informations inédites sur ce que les personnes font lorsqu'elles sont à leur domicile. Bien entendu, ces informations sont susceptibles de faire l'objet d'une valorisation économique par de nombreux opérateurs. Elles intéressent donc les fournisseurs d'énergie, mais aussi des sociétés tierces, qualifiées de « partenaires commerciaux ».

C'est pour cette raison que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a pris le soin, par une délibération du 15 novembre 2012³ et une communication du 30 novembre 2015⁴, d'encadrer les conditions dans lesquelles la courbe de charge peut être enregistrée dans le compteur, collectée dans le système d'information des gestionnaires du réseau électrique (ENEDIS), et transmise aux fournisseurs d'énergie et à des sociétés tierces.

Or l'examen des documents techniques publiés par ENEDIS, sites web, contrats des fournisseurs, notices et plaquettes d'information remises aux clients lors de la pose des compteurs, révèle de nombreuses infractions aux recommandations émises par la CNIL.

De plus, le remplacement par les concessionnaires des compteurs existants par les nouveaux compteurs « Linky », sans le consentement préalable des communes - lesquelles, malgré des transferts de compétence à des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) ou des contrats de concession avec ENEDIS, sont restées propriétaires des compteurs -, intervient souvent au mépris des règles de la domanialité publique.

La présente note a pour objet de présenter les fondements des actes que les Communes seraient susceptibles d'adopter pour empêcher une implantation irrégulière des compteurs Linky sur leur territoire.

Elle a été élaborée par les avocats du Cabinet ARTEMISIA, situé 51, Av. Raymond Poincaré – 75116 Paris – Tel : 01.56.89.86.00 ; Fax : 01.56.89.86.09 – contact@artemisia-lawyers.com - www.artemisia-lawyers.com , grâce au soutien de l'association ARTEMISIA, située 1517, Chaussée de Wavre – 1160 Bruxelles – Belgique – contact@artemisia-aisbl.org - www.artemisia-aisbl.org.

³ Délibération n°2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relatives aux traitements de données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants.

⁴ CNIL "Compteurs communicants Linky : la position de la CNIL sur le stockage local de la courbe de charge" - 30 novembre 2015.

Elle adopte le plan suivant :

I. L'INTERVENTION DES MAIRES POUR DEFENDRE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES .	4
I.1 LE COMPTEUR LINKY TRAITE-T-IL DES DONNEES PERSONNELLES ?	4
I.2 QUELLES SONT LES EXIGENCES A RESPECTER EN MATIERE DE TRAITEMENT DE DONNEES PERSONNELLES ?	5
I.3 LES EXIGENCES EN MATIERE DE TRAITEMENT DES DONNEES SONT-ELLES RESPECTEES ?	9
I.4 QUELLES PREROGATIVES LES MAIRES PEUVENT-ILS UTILISER POUR S'ASSURER QUE LES RECOMMANDATIONS DE LA CNIL SONT BIEN RESPECTEES ?	14
<i>I.4.1 Saisir la CNIL d'une demande d'investigation et suspendre l'implantation des compteurs dans l'attente des résultats de l'investigation</i>	<i>14</i>
<i>I.4.2 User du pouvoir d'exécution de la loi en établissant un règlement d'implantation des compteurs sur la Commune</i>	<i>16</i>
II. L'INTERVENTION DES MAIRES POUR DEFENDRE LES BIENS DU DOMAINE PUBLIC CONCEDE	17
II.1 LES COMPTEURS APPARTIENNENT AU DOMAINE DES COLLECTIVITES	17
II.2 LES MODALITES D'INTERVENTION DU MAIRE POUR DEFENDRE LES BIENS DU DOMAINE CONCEDE.....	18
<i>II.2.1 Lorsque la Commune est l'autorité concédante.....</i>	<i>18</i>
<i>II.2.2 Lorsque la Commune a délégué sa compétence à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI)</i>	<i>20</i>
ANNEXES	24

I. L'INTERVENTION DES MAIRES POUR DEFENDRE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES

I.1 Le compteur Linky traite-t-il des données personnelles ?

Il résulte de l'article 2 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés que :

*“Constitue une donnée à caractère personnel **toute information relative à une personne physique** identifiée ou **qui peut être identifiée, directement ou indirectement**, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne.”*

Les compteurs Linky collectent des données de consommation électrique qui sont rattachées à un point de livraison et permettent ainsi de remonter aux personnes physiques.

Le traitement de données à caractère personnel par le compteur Linky ressort de l'arrêté du 4 janvier 2012⁵ qui précise les fonctionnalités que ces dispositifs de comptage installés chez les particuliers⁶ doivent présenter.

Selon ce texte, ils doivent permettre notamment de « *mesurer et enregistrer la courbe de mesure, en puissance active, en soutirage selon trois pas de temps : horaire, demi-horaire, de dix minutes ainsi que la valeur maximale de la puissance soutirée* ».

Ils comportent également « *une interface locale de communication électronique accessible à l'utilisateur ou à un tiers autorisé par cet utilisateur. Cette interface transmet, a minima, la puissance instantanée, une ou plusieurs indications de période tarifaire et au moins l'indication de la période tarifaire en cours, les index relatifs aux calendriers tarifaires, des éléments de courbe de mesure et la valeur maximale de la puissance soutirée et, le cas échéant, la valeur maximale de la puissance injectée. Cette interface permet également de transmettre des informations permettant le pilotage des usages en aval du compteur* ».

Aussi, ces fonctionnalités démontrent que les compteurs Linky opèrent une collecte d'informations personnelles comme par exemple les index de consommation (données de comptage indiquant le volume de la consommation en vue de la facturation) ou les courbes de charge (relevés de la consommation à intervalles horaires réguliers fournissant un profil de consommation), car ces éléments sont ceux d'un consommateur en particulier qu'il est possible d'identifier.

⁵ Arrêté du 4 janvier 2012 pris en application de l'article 4 du décret n°2010-1022 du 31 août 2010 relatif au dispositif de comptage sur les réseaux publics d'électricité

⁶ C'est-à-dire les installations des utilisateurs de réseaux publics raccordées en basse tension (BT) pour des puissances inférieures ou égales à 36 kVA

Concernant la courbe de charge, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), dans sa délibération du 15 novembre 2012, a indiqué que : « *Plus le pas de mesure est faible, plus les mesures sur une journée sont nombreuses et permettent d'avoir des informations précises sur les habitudes de vie des personnes concernées. Une courbe de charge avec un pas de 10 minutes permet notamment d'identifier les heures de lever et de coucher, les heures ou périodes d'absence, ou encore, sous certaines conditions, le volume d'eau chaude consommée par jour, le nombre de personnes présentes dans le logement, etc.* ».

Il en résulte que le compteur Linky peut collecter et transmettre des données à caractère personnel.

I.2 Quelles sont les exigences à respecter en matière de traitement de données personnelles ?

Il peut être rappelé que l'article 6 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés prévoit que :

“Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes :

1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ;

2° Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre, au chapitre IV et à la section 1 du chapitre V ainsi qu'au chapitre IX et s'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées ;

3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ;

4° Elles sont exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ; les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ;

5° Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.”

En vertu de l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978, la CNIL est chargée de « *veiller à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de cette loi* » et peut, pour l'exercice de ses missions, « *procéder par voie de recommandations et prendre des mesures individuelles ou réglementaires dans les cas prévus par la présente loi* ».

Aussi, dans le cadre du déploiement du compteur Linky, la CNIL a pris une recommandation⁷ et a produit plusieurs communications⁸.

Ces actes permettent de comprendre comment les principes fixés à l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 peuvent être respectés dans le cadre du déploiement des compteurs Linky.

Le Conseil d'Etat a considéré que les délibérations de la CNIL qui donnent une interprétation de la loi et recommandent aux professionnels la mise en œuvre de mesures permettant d'en assurer le respect des dispositions, ne constituent pas « *dans ces conditions* » une décision administrative faisant grief (CE 27 septembre 1989 n°74548).

Cet arrêt confirme que les délibérations de la CNIL n'ont pas, en principe, un caractère réglementaire mais qu'elle pourrait néanmoins avoir une force obligatoire selon les circonstances.

Dans ce sens, la Cour d'appel de Lyon (CA Lyon 3 octobre 2005, confirmé par Cass. 1^{er} Civ. 27 septembre 2006 n°05-20156) a considéré que les recommandations de la CNIL énonçaient un ensemble de bonnes pratiques que les professionnels doivent respecter s'ils ne veulent pas prendre le risque que leur traitement soit considéré comme contrevenant à la loi du 6 janvier 1978.

a) Quelles sont les recommandations de la CNIL en matière de collecte ?

La CNIL a cherché à préserver les droits des personnes en précisant, dans sa délibération n°2012-404 du 15 novembre 2012, les conditions de collecte de la courbe de charge qui varient selon que cette collecte a pour finalité (i) la gestion du réseau de distribution ou (ii) la mise en place de tarifs adaptés à la consommation et à la fourniture de services complémentaires.

(i) Pour la gestion du réseau

Pour la maintenance du réseau de distribution, la CNIL indique que la collecte systématique de la courbe de charge est disproportionnée mais doit être limitée aux situations dans lesquelles un problème d'alimentation a été effectivement détecté.

Par ailleurs, cette délibération ajoute que la Commission recommande que les paramètres de réglage des compteurs soient, par défaut, les plus protecteurs possibles pour les usagers et que toute modification du pas de mesure ainsi paramétré soit justifiée par la finalité poursuivie.

⁷ Délibération n°2012-404 en date du 15 novembre 2012 portant recommandation relative au traitement de données de consommation détaillées collectées par des compteurs communicants

⁸ CNIL "Pack Conformité – Les compteurs communicants" – mai 2014

https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Pack_de_Conformite_COMPTEURS_COMMUNICANTS.pdf; CNIL "Compteurs communicants Linky : la position de la CNIL sur le stockage local de la courbe de charge" - 30 novembre 2015

Aussi, dans sa communication du 30 novembre 2015, la CNIL a fixé certaines conditions à respecter dans le cadre de l'enregistrement au sein du compteur de la courbe de charge⁹ :

- Le compteur doit être paramétré pour enregistrer en local la courbe de charge, au pas horaire, pour une durée maximale d'un an ;
- Le consentement de l'abonné sera demandé pour la remontée de la courbe de charge dans le système du gestionnaire ainsi que pour la transmission de la courbe de charge aux tiers ;
- L'utilisateur doit être en position de s'opposer au déclenchement de ce stockage par le biais d'une case à cocher, sans avoir à motiver sa décision ;
- L'utilisateur pourrait, à tout moment, désactiver ce stockage et purger ses données.

(ii) Pour la mise en place de tarifs adaptés à la consommation et à la fourniture de services complémentaires

Dans sa délibération du 15 novembre 2012, la CNIL a indiqué que, pour la mise en place de tarifs adaptés à la consommation et à la fourniture de services complémentaires, le consentement exprès des personnes devait être exigé et être « libre, éclairé et spécifique ».

Pour illustrer ces conditions, la CNIL indique :

« Il doit être recueilli pour chaque prestation fournie par les fournisseurs d'énergie ou les sociétés tierces. Dans la mesure où la collecte de la courbe de charge est réalisée par les gestionnaires de réseau, la Commission recommande que ces derniers soient chargés du recueil de ces consentements auprès des usagers. »

Il en résulte qu'il revient aux gestionnaires de réseau de recueillir les consentements que les usagers souhaitent donner à des tiers, pour chaque prestation fournie par ces tiers, en vue de la communication de la courbe de charge.

Par cette mesure, la CNIL confie aux gestionnaires un contrôle *a priori* des consentements donnés par les usagers, de manière à ce qu'ils vérifient leur caractère libre, éclairé et spécifique.

⁹ CNIL "Compteurs communicants Linky : la position de la CNIL sur le stockage local de la courbe de charge" - 30 novembre 2015

b) Quelles sont les recommandations de la CNIL en matière de destinataires de données ?

Dans sa délibération du 15 novembre 2012, la CNIL rappelle que les destinataires de la courbe de charge ne peuvent être que les personnes qui, en raison de leur fonction, peuvent légitimement en avoir connaissance au regard des finalités du traitement.

Cela suppose que ces personnes soient dûment habilitées par les organismes qui ont vocation à recevoir ces données.

Elle ajoute en outre que :

« L'attribution de ces habilitations doit être réalisée par les organismes concernés et prendre en compte le fait que la courbe de charge présente beaucoup plus de risques pour la vie privée que les index de consommation ; il est ainsi nécessaire de distinguer les habilitations d'accès aux index, d'une part, et à la courbe de charge, d'autre part.

En outre, la Commission rappelle que tout accès à la courbe de charge doit être réservé aux seuls personnels dont les fonctions nécessitent l'accès à cette donnée. Elle recommande que cet accès soit spécifiquement tracé et que cette trace soit conservée pendant 12 mois. »

Il en résulte qu'un tiers ne peut valablement être destinataire de données s'il n'a pas mis en place un régime d'habilitation pour les personnes ayant accès aux index de consommation et un régime d'habilitation, distinct, pour les personnes ayant accès à la courbe de charge.

c) Quelles sont les recommandations de la CNIL en matière d'information et de droit des personnes ?

Dans sa délibération n°2012-404 du 15 novembre 2012, la CNIL précise que, conformément à l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978, les personnes concernées doivent être informées, préalablement à la mise en œuvre du traitement :

- de la finalité poursuivie par le traitement ;
- des catégories de données traitées ;
- des destinataires et des catégories de destinataires des données ;
- de l'existence d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition et de leurs modalités d'exercice.

Lorsque la finalité du traitement des données est la gestion du réseau de distribution, la Commission recommande que cette information soit communiquée aux personnes en étant « *intégrée au contrat*

d'abonnement» et qu'il leur soit adressé « une information spécifique lors de l'installation des compteurs communicants par la remise d'une plaquette d'information explicative ».

De plus, l'article L224-10 du code de la consommation prévoit que tout projet de modification par le fournisseur d'énergie des conditions contractuelles « est communiqué au consommateur par voie postale ou, à sa demande, par voie électronique, au moins un mois avant la date d'application envisagée ».

I.3 Les exigences en matière de traitement des données sont-elles respectées ?

a) En matière d'enregistrement local de la courbe de charge dans le compteur

A la lecture des documents publiés par Enedis dans le cadre du déploiement des compteurs Linky, la question se pose de savoir si les recommandations de la CNIL en matière de collecte de la courbe de charge sont bien respectées.

En effet, la notice d'utilisation du compteur prévoit, en dernière page, la discrète mention suivante :

*“Mentions légales : Linky collecte plusieurs types d'informations qui font l'objet d'un traitement informatique afin d'assurer les missions d'Enedis en matière de comptage et de qualité de la fourniture électrique. Le compteur Linky enregistre **au pas demi horaire** la puissance électrique moyenne. Ces données ne sont collectées (sauf en cas de problème d'alimentation électrique) et communiquées à des tiers qu'avec votre consentement exprès. Vous disposez d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition aux données à caractère personnel vous concernant, vous pouvez l'exercer auprès d'Enedis Direction Comptage – Tour Enedis – 34 place des Corolles 92 079 Paris La Défense.”*

Il semble ainsi que l'enregistrement de la courbe de charge dans le compteur soit systématique et réalisé au pas demi horaire, alors que la CNIL n'admet qu'un enregistrement **au pas horaire** et a jugé disproportionnée une collecte systématique de la courbe de charge pour les besoins de la maintenance.

De plus, dans sa recommandation du 30 novembre 2015, la CNIL a indiqué que l'utilisateur devait être en position de s'opposer au déclenchement de ce stockage en local, par le biais d'une case à cocher, sans avoir à motiver sa décision et qu'il devait également pouvoir, à tout moment, désactiver ce stockage et purger ses données (notamment en cas de déménagement).

Rien n'indique que ces possibilités existent effectivement pour l'utilisateur.

b) En matière de collecte de la courbe de charge dans le système de traitement des données d'ENEDIS

Concernant la « remontée », ou « collecte », de la courbe de charge dans le système d'information d'ENEDIS, la CNIL a indiqué qu'elle ne pouvait avoir lieu qu'avec le consentement libre, éclairé, spécifique et exprès de l'utilisateur.

Cependant, la documentation technique publiée par Enedis intitulée « *Procédure de communication à un client ou à un tiers autorisé de données relatives à un site de consommation raccordé au réseau public de distribution géré par Enedis* » souligne :

« Sur son Espace personnel, le client dispose de services en libre accès : le suivi de sa consommation quotidienne, mensuelle ou annuelle, l'activation de la collecte de la courbe de charge à un pas de 30 minutes ou encore, la comparaison de sa consommation à celle de sites similaires au sien »

Il semblerait que seule la création d'un espace personnel sur le site web d'ENEDIS permette de piloter la collecte de la courbe de charge dans le système de traitement des données.

Outre que, ici encore, le pas de temps proposé (30 minutes) n'est pas conforme aux recommandations de la CNIL (1 heure), la création d'un « espace personnel » online n'est pas à la portée de tous. En effet, 78 % des personnes âgées de 15 ans ou plus et résidant en France métropolitaine déclaraient en 2012 avoir un accès à Internet à leur domicile¹⁰. Cela laisse 22% de la population française sans possibilité de création d'un « espace personnel » permettant d'activer ou de désactiver la collecte de ses données personnelles par ENEDIS.

Si au contraire seule la création d'un espace personnel online permet d'activer la remontée de la courbe de charge, mais aussi d'accéder à ses données de consommation individuelles et comparées par l'utilisateur, alors rien n'a été mis en place par ENEDIS pour mettre à la disposition des consommateurs non raccordés à Internet « 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 », conformément aux dispositions de l'article L.341-4 du code de l'énergie.

Il en résulte une inégalité de traitement entre les utilisateurs, qui n'est pas conforme à la Constitution notamment.

c) En matière de transmission de la courbe de charge aux fournisseurs et aux tiers

Concernant la transmission par ENEDIS de la courbe de charge aux fournisseurs d'énergie et aux tiers, la CNIL a indiqué que le consentement « libre, éclairé, spécifique et exprès » des utilisateurs devait être recueilli, par le gestionnaire du réseau (ENEDIS), et ce pour chaque utilisation.

¹⁰ V. « L'internet de plus en plus prisé, l'internaute de plus en plus mobile » Vincent Gombault, division Conditions de vie des ménages, Insee – INSEE PREMIERE, n°1452 - juin 2013.

Malgré cela, il ressort de la documentation technique publiée par ENEDIS, qui est composée de divers modèles de demande de référencement et d'autorisation de communication de données à l'usage des fournisseurs d'énergie et des sociétés tierces, qu'ENEDIS ne recueille pas le consentement des usagers pour la communication de leurs données.

ENEDIS se contente de la déclaration faite par le tiers selon laquelle :

« Le demandeur déclare disposer de l'autorisation expresse du client titulaire du contrat de fourniture d'électricité pour chaque site dont il demande la communication des données, à la date de la présente demande ou de toute demande ultérieure pendant un délai d'un an »

Ainsi, au lieu de recueillir le consentement des usagers lui permettant d'opérer un contrôle *a priori* du caractère libre, éclairé, spécifique et exprès du consentement, ENEDIS prévoit de procéder à des contrôles aléatoires *a posteriori*, ce qui n'est pas conforme à la recommandation de la CNIL.

En outre, en cas de non conformité de l'autorisation donnée au tiers par l'utilisateur révélé par un contrôle d'ENEDIS, celle-ci indique qu'elle en informera « *les autorités compétentes* », alors que la CNIL exige que le cas de violations des données personnelles soient également « *notifiées aux personnes concernées* », ce qui n'est pas prévu.

Ainsi, ENEDIS apparaît manquer à son devoir de recueillir le consentement que les usagers donnent aux tiers, tel qu'il résulte de la recommandation de la CNIL du 12 novembre 2012.

De plus, la plupart des conditions générales de vente des contrats de fourniture d'énergie, telles que mises à jour récemment par suite de l'installation des compteurs Linky, prévoient que « si le client ne s'y est pas opposé », le fournisseur d'énergie pourra utiliser les « données collectées » à des fins de « prospection commerciale » pour informer l'utilisateur « de ses nouvelles offres et services ainsi que celles de ses partenaires pouvant l'intéresser ». Il est également prévu que « le Client accepte que les données ainsi traitées par les services internes (du fournisseur) soient transmises aux partenaires membres de son réseau »¹¹.

Ces stipulations contractuelles, qui ne précisent pas si les « données collectées » sont des index de consommation et/ ou des courbes de charge, et prévoit une autorisation de principe des clients pour l'utilisation de leurs données personnelles, ne sont pas conformes aux recommandations de la CNIL. Elles ne sont ainsi nullement garantes du respect de la vie privée des personnes et n'apportent pas d'information suffisante aux usagers quant à leurs droits sur la courbe de charge générée par leurs consommations et compteur.

Si par ailleurs le client est libre de mettre fin au contrat dans le délai d'un mois, ces dispositions, qui conditionnent la fourniture d'énergie à une autorisation de principe pour le traitement de ses données personnelles, ne sont pas non plus conformes aux dispositions des articles L.224-8 et suivants du code de la consommation.

¹¹ Voir par exemple les Conditions générales de vente d'ENERCOOP, applicables au 1er mars 2017.

d) En matière de destinataires des données personnelles

Concernant les destinataires des données personnelles collectées par le compteur Linky, la CNIL a prévu que seuls des « *personnels dûment habilités* » des gestionnaires de réseau, des fournisseurs et des sociétés tierces pourraient y avoir accès et procéder à leur traitement.

De plus, les habilitations spéciales à mettre en place chez les gestionnaires de réseau, les fournisseurs et les sociétés tierces devront distinguer l'accès aux index de consommation, d'une part, et l'accès à la courbe de charge, d'autre part.

Or, sur ce point, les documents techniques et modèles fournis par ENEDIS ne prévoient pas de mention particulière quant aux habilitations des personnes ayant accès aux données.

Ces documents sont en principe destinés à faciliter l'accès des tiers aux données collectées par ENEDIS, à savoir :

- l'historique des consommations, en KWh, du site (et puissance atteinte et dépassement de puissance) ;
- l'historique des relevés d'index quotidiens, en KWh, et la puissance maximale quotidienne, en kVA ou kWh, du site ;
- l'historique de courbe de charge du site ;
- les données techniques et contractuelles disponibles du site.

Or ENEDIS se contente d'exiger que le tiers garantisse disposer d'une autorisation expresse, sans exiger la garantie d'une habilitation des personnes ayant accès aux données, différenciée selon la sensibilité des données. ENEDIS se place ainsi en situation de transmettre des données personnelles à des tiers qui ne disposeraient pas de personnels dûment habilités et ne respecteraient donc pas les exigences de la CNIL.

e) En matière d'information et de droits des personnes

La CNIL a prévu que les personnes concernées par le traitement de leurs données personnelles devaient être préalablement informées :

- de la finalité poursuivie par le traitement ;
- des catégories de données traitées ;
- des destinataires ou catégories de destinataires des données ;
- de l'existence d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition et de leurs modalités d'exercice.

La CNIL a ajouté, à l'attention des gestionnaires du réseau, que l'information des nouveaux abonnés devrait être intégrée au contrat d'abonnement. De plus, ces nouveaux abonnés, tout comme les abonnés existants, devraient également bénéficier d'une information spécifique lors de l'installation des compteurs communicants par la remise d'une « **plaquette d'information explicative** ».

La CNIL a également recommandé que les responsables de traitement réalisent systématiquement des « **études d'impact sur la vie privée** » avant de déployer des compteurs communicants, et que ces études d'impacts lui soient notifiées. La Commission européenne a émis une recommandation le 9 mars 2012 (2012/148/UE) allant dans le même sens.

Enfin, la CNIL a demandé que les gestionnaires de réseau réalisent des **analyses de risques**, et qu'ils se fondent sur ces analyses de risques pour déterminer les mesures de sécurité à mettre en place.

Or, dans les faits, ENEDIS ne distribue pas aux usagers de « plaquette d'information explicative » mais une simple notice d'utilisation du compteur Linky, aux informations particulièrement lacunaires.

Les « études d'impact systématiques sur la vie privée », ainsi que les « analyses de risques » sur la sécurité présentée par le dispositif de comptage, ne sont pas non plus disponibles.

En outre, si l'utilisateur est informé de son droit d'opposition, il n'est pas mis en position de l'exercer sans motivation par le biais d'une case à cocher, comme le prescrit la CNIL dans sa communication du 30 novembre 2015.

Enfin, ENEDIS présente le fonctionnement du compteur, dans ses brochures, de manière trompeuse :

*« Comment ça marche ?
Le nouveau compteur mesure la consommation globale d'électricité du foyer en kilowattheures. Il ne peut pas enregistrer le détail des consommations électriques des appareils, pas plus que des informations personnelles ».*

Or, la courbe de charge recueillie par le compteur Linky constitue bien une information personnelle puisqu'elle donne des informations précises sur les modes de vie de personnes identifiées.

* *
*

Il ressort de tout ce qui précède que :

- L'enregistrement de la courbe de charge dans le compteur retient, par défaut, un pas de temps demi-horaire, alors que la CNIL exige, dans sa délibération du 12 novembre 2012 explicitée sur ce point le 30 novembre 2015, que le pas de temps soit tout au plus horaire, et ce lorsque l'utilisateur ne s'est pas opposé à cet enregistrement ;
- Le consentement des usagers donné à des tiers pour la transmission de la courbe de charge n'est pas recueilli par le gestionnaire du réseau, contrairement à la recommandation de la CNIL du 12 novembre 2012. Celui-ci ne peut donc pas contrôler *ex ante* le caractère libre, éclairé, spécifique et exprès de ce consentement ;

- Les conditions générales de vente attachées aux contrats de fourniture d'énergie n'apportent aux usagers aucune information sur leurs droits et ne garantissent pas le recueil d'un consentement libre, éclairé, spécifique et exprès des usagers pour le traitement, par les fournisseurs d'énergie et des sociétés tierces, de la courbe de charge générée par le compteur Linky ;
- Dans le cadre de ses contrôles, ENEDIS ne s'est pas engagée à informer les personnes concernées de cas de violations de leurs données personnelles, contrairement à la recommandation de la CNIL du 12 novembre 2012 ;
- ENEDIS ne s'assure pas que les tiers qui revendiquent une autorisation d'accès aux données d'un usager ont bien habilité les personnes devant avoir accès à ces données et ce de manière différenciée selon la sensibilité des données ;
- ENEDIS ne précise pas les destinataires et catégories de destinataires des données, au nombre desquels devraient figurer les personnels dûment habilités d'ENEDIS ou les tiers valablement autorisés par les usagers ;
- ENEDIS a pu publier des informations erronées sur la réalité des données à caractère personnel collectées par le compteur Linky en indiquant que celui-ci n'enregistrait pas « d'information personnelle » ;
- Ni ENEDIS ni les fournisseurs d'énergie ne fournissent aux usagers des informations suffisantes sur les fonctionnalités des compteurs, les risques qui y sont associés en termes de violation de la vie privée des personnes et les droits et moyens concrets mis à leur disposition pour maîtriser ces risques.

I.4 Quelles prérogatives les maires peuvent-ils utiliser pour s'assurer que les recommandations de la CNIL sont bien respectées ?

I.4.1 Saisir la CNIL d'une demande d'investigation et suspendre l'implantation des compteurs dans l'attente des résultats de l'investigation

Le Maire, en sa qualité d'autorité de police municipale¹², tient de l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) les compétences suivantes :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment :

2° Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée

¹² art. L. 2212-1 CGCT

*publique, les attroupements, les bruits, les troubles de voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et **tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique** »*

Le Maire exerce ses pouvoirs en dehors du conseil municipal et sous le contrôle administratif du Préfet. Aussi, il appartient au Maire de prendre, par arrêté, les dispositions propres à assurer la tranquillité publique de ses administrés.

Or, il peut être soutenu qu'un dispositif enregistrant en continu des informations identifiantes de personnes physiques, susceptibles de retranscrire le détail de leur vie personnelle, constitue une « *ingérence particulièrement grave* », « *susceptible de générer, dans l'esprit des personnes concernées, le sentiment que leur vie privée fait l'objet d'une surveillance constante* »¹³. Si au surplus ce dispositif ne respecte pas les recommandations de la CNIL, il faut considérer qu'il constitue **une ingérence dans la vie privée des personnes qui porte atteinte à la tranquillité publique.**

La légalité d'une mesure de police suppose cependant qu'elle respecte certaines conditions¹⁴.

En premier lieu, il convient que la mesure de police soit prise en vue du maintien de l'ordre public, dont la tranquillité publique est l'une des composantes.

En second lieu, il importe de vérifier, au regard des données de l'espèce, si l'édiction de la mesure est bien nécessaire pour assurer le maintien de l'ordre public. Sur ce point, la jurisprudence est particulièrement hostile aux mesures de police portant une interdiction générale et absolue¹⁵.

Il appartient à l'autorité de police d'élaborer une disposition nécessaire et proportionnée à la gravité du trouble que la mesure a pour objet de prévenir. Aussi, la légalité d'une mesure de police sera admise lorsque la tranquillité n'aurait pas pu être maintenue par une autre mesure moins rigoureuse.

Aussi, face au risque d'atteinte à la tranquillité publique que constitue l'exécution d'un traitement de données non conforme à la loi du 6 janvier 1978, le Maire pourrait saisir la CNIL pour qu'elle mette en œuvre les pouvoirs d'enquête dont elle dispose sur le fondement de l'article 11 f) de la loi du 6 janvier 1978, lequel prévoit que :

« f) Elle peut, par décision particulière, charger un ou plusieurs de ses membres ou le secrétaire général, dans les conditions prévues à l'article 44, de procéder ou de faire procéder par les agents de ses services à des vérifications portant sur tous traitements et, le cas échéant, d'obtenir des copies de tous documents ou supports d'information utiles à ses missions ; »

¹³ selon les termes utilisés par la Cour de Justice de l'Union européenne, dans son arrêt du 21.12.16 (aff. C-203/15 et C-698/15)

¹⁴ CE 19 mai 1933 Benjamin

¹⁵ CE 4 mai 1984 M. Guez

L'éventuel refus de la CNIL d'engager des poursuites pourra faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir (CE 5 décembre 2011).

Pendant le temps nécessaire aux investigations de la CNIL - laquelle pourra procéder à des vérifications sur les compteurs d'ores et déjà implantés -, le Maire pourrait alors prendre, par arrêté, une décision de suspension de l'implantation des compteurs Linky sur le fondement de ses pouvoirs de police générale.

→ **Voir sur ce point le modèle de lettre de saisine de la CNIL joint en annexe (Annexe I)**

→ **Voir sur ce point le modèle d'Arrêté du Maire joint en annexe (Annexe II)**

1.4.2 User de son pouvoir d'exécution de la loi en établissant un règlement d'implantation des compteurs sur la Commune

Il résulte de l'article L. 2122-27 du code général des collectivités territoriales que :

“Le maire est chargé, sous l'autorité du représentant de l'Etat dans le département :

1° De la publication et **de l'exécution des lois et règlements** ;

2° De l'exécution des mesures de sûreté générale ;

3° Des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois.”

Le Maire est ainsi en mesure d'agir en tant qu'agent de l'Etat, sous l'autorité du Préfet de Département, pour assurer l'exécution d'une loi ou d'un règlement.

Il lui revient alors de prendre les mesures relevant de sa compétence, appropriées à l'exécution des dispositions légales ou réglementaires applicables.

A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a considéré que le Maire qui avait, par arrêté, réglementé les conditions d'exécution des réquisitions militaires, agissait au titre de ses pouvoirs d'exécution des lois et règlements (CE 27 mai 1921, n°66.298 Rec. p. 514).

De la même manière, le Maire qui règlementerait l'implantation des compteurs Linky sur le territoire de sa commune, en vue d'assurer l'exécution combinée de la loi du 10 février 2000 et de la loi du 6 janvier 1978, pourrait être considéré comme agissant au titre de ses pouvoirs d'exécution des lois et règlements.

Parmi les mesures d'exécution qui relèveraient de la compétence du Maire, il est possible d'envisager un arrêté organisant des modalités d'implantation des compteurs destinées à s'assurer que les recommandations de la CNIL sont respectées.

Cet arrêté pourrait par exemple prévoir :

- Les modalités d'information des habitants de la Commune sur les fonctionnalités du compteur Linky, les données personnelles susceptibles d'être recueillies et les droits des personnes sur le traitement de ces données, par le biais de l'étude d'impact préalable au déploiement, telle que notifiée à la CNIL, et de la plaquette d'information explicative notamment ;
- Les modalités de respect de la propriété privée et du consentement des personnes pour le remplacement des compteurs ;
- Les modalités de participation du Maire ou de son représentant au bon déroulement des opérations de remplacement ;
- Les modalités de concertation mise en place par le Maire en cas de refus par les habitants du remplacement des compteurs ; etc.

Cependant, dans l'exercice de son pouvoir d'exécution des lois et règlements, le Maire est soumis au pouvoir hiérarchique du Préfet qui peut lui adresser des instructions, annuler ou réformer ses décisions, ainsi que se substituer à lui, après mise en demeure infructueuse, quand il néglige ou refuse d'accomplir un acte prescrit par la loi (art. L. 2122-34 du code général des collectivités territoriales). Dans ce cas, il appartiendra au Maire de contester, devant la juridiction administrative, la décision d'annulation, de modification ou de substitution prise par le Préfet.

→ Voir sur ce point le modèle d'Arrêté du Maire joint en annexe (Annexe III)

* *
*

II. L'INTERVENTION DES MAIRES POUR DEFENDRE LES BIENS DU DOMAINE PUBLIC CONCEDE

II.1 Les compteurs appartiennent au domaine des collectivités

Les compteurs Linky, comme les compteurs existants, relèvent des ouvrages basse tension du réseau public de distribution concédé à ENEDIS.

Ces ouvrages sont, conformément à l'article L. 322-4 du code de l'énergie, la propriété des collectivités publiques ou de leurs groupements.

La Cour administrative d'appel de Nancy¹⁶ a reconnu que les compteurs « Linky » appartenaient, en application de la loi¹⁷, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, et pas aux concessionnaires.

Tout comme les compteurs existants auxquels ils ont vocation à se substituer, les compteurs Linky sont donc des ouvrages concédés.

Il s'agit précisément de « biens de retour », c'est-à-dire des biens indispensables au service appartenant *ab initio* à la collectivité publique et qui lui font retour à la fin du contrat de concession.

II.2 Les modalités d'intervention du Maire pour défendre les biens du domaine concédé

II.2.1 Lorsque la Commune est l'autorité concédante

Il s'agit de se placer dans l'hypothèse où la Commune est directement l'autorité concédante du réseau de distribution de l'électricité. Cette compétence n'a ainsi pas été déléguée à un établissement public de coopération intercommunale.

a) Vérifier si la Commune a conservé la maîtrise d'ouvrage des travaux de remplacement des compteurs

L'article L. 2224-31 du CGCT rappelle que :

“En application des dispositions du quatrième alinéa de l'article 36 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, les collectivités et établissements précités peuvent assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux de développement des réseaux publics de distribution d'électricité.”

Comme l'a reconnu la Cour administrative d'appel de Lyon dans un arrêt en date du 8 janvier 2013 (n°11LY02198), l'autorité concédante a la faculté de conserver la maîtrise d'ouvrage de certains travaux, la répartition de celle-ci entre concédant et concessionnaire étant déterminée par le contrat de concession.

Aussi, il peut résulter des contrats de concession que les travaux de remplacement des compteurs relèvent d'une maîtrise d'ouvrage conservée par l'autorité concédante¹⁸, et il convient de vérifier au cas par cas les dispositions du contrat de concession.

¹⁶ CAA Nancy 12 mai 2014 n°13NC01303

¹⁷ Article 1er du décret n°2007-1280 du 28 août 2007 et article L. 322-4 du code de l'énergie

¹⁸ Selon le rapport public de la Cour des Comptes 2013 p.112 : *“Toutes les communes sont classées par le Préfet en régime urbain ou en régime rural ce qui modifie la répartition des compétences entre le concédant et le concessionnaire. En régime urbain, le cahier des charges des concessions prévoit que le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage de la plupart des travaux liés au réseau de distribution, qu'il s'agisse du développement de celui-ci (extension de ligne notamment), de son renforcement ou de sa maintenance. La compétence des autorités concédantes est généralement limitée à la réalisation des travaux d'intégration dans l'environnement (enfouissement, amélioration esthétique). Dans le cadre du régime rural, les autorités concédantes assurent la maîtrise d'ouvrage des*

S'il peut être considéré que le contrat de concession réserve à l'autorité concédante la maîtrise d'ouvrage des travaux de remplacement des compteurs, il n'appartient pas au concessionnaire de réaliser ces travaux, lesquels ne peuvent dans ce cas être réalisés que par l'autorité concédante elle-même.

Si la maîtrise d'ouvrage appartient au concessionnaire, l'autorité concédante pourra également vérifier si la clause relative au remplacement des biens du domaine n'est pas restrictive.

A titre d'exemple, si la compétence du concessionnaire est limitée au remplacement d'un bien par un bien équivalent, il est permis, sous réserve des autres dispositions du contrat, de contester que le concessionnaire dispose de la compétence pour remplacer un compteur électro-mécanique par un compteur Linky. En effet, leurs différences sont telles qu'ils ne peuvent être considérés comme des appareils équivalents.

Dans ces conditions, le Maire, s'il y est habilité par le conseil municipal, pourra saisir le juge administratif pour qu'il soit fait injonction au concessionnaire de ne pas réaliser les travaux de remplacement dont il n'a pas la maîtrise d'ouvrage en vertu du contrat.

Toutefois, si la maîtrise d'ouvrage du remplacement des compteurs appartient sans équivoque au concessionnaire, la Commune pourrait alors invoquer le principe d'inaliénabilité des biens du domaine public à défaut de déclassement préalable.

b) Faire valoir le principe d'inaliénabilité des biens du domaine public

Il est constant que les compteurs électriques appartiennent au domaine concédé. Dès lors, en raison de leur affectation au service public de la distribution d'électricité, ils constituent des biens du domaine public.

Conformément à l'article L. 3111-1 du code général des propriétés des personnes publiques (CGPPP), les biens des personnes publiques relevant de leur domaine public sont inaliénables.

L'aliénation est définie comme l'opération consistant à transmettre un droit de propriété ou à constituer un droit réel qui le démembrer. Mais, par extension, il est possible d'admettre que la disparition du droit de propriété par destruction du bien, ou son recyclage comme c'est le cas en l'espèce, devrait également être considéré comme une aliénation.

Le Conseil Constitutionnel a rappelé que le principe d'inaliénabilité des biens du domaine public s'oppose à ce qu'ils « *soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés* » (CC 18 septembre 1986).

travaux de développement des réseaux en basse tension, c'est-à-dire des travaux de premier établissement, d'extension, de renforcement, de sécurisation et d'amélioration esthétique, tandis que le concessionnaire assume l'exploitation et la maintenance des réseaux basse tension et prend en charge les travaux à réaliser sur le réseau moyenne tension."

Dans le même sens, il résulte de l'article L. 2141-1 du CGPPP que :

“Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement.”

Par ailleurs, lorsque la Commune est propriétaire des compteurs, elle est en mesure de faire usage des dispositions de l'article L. 2122-21 du CGCT, qui dispose :

« Sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal et, en particulier :

1° De conserver et d'administrer les propriétés de la commune et de faire, en conséquence, tous actes conservatoires de ses droits ; »

Au visa de ces dispositions, le Conseil d'Etat a reconnu qu'il appartenait au conseil municipal de délibérer sur les conditions générales d'administration et de gestion du domaine public communal¹⁹.

Quant au Maire, il lui revient d'exécuter les décisions du conseil municipal en ce domaine.

Aussi, au titre de ses pouvoirs de gestion des biens de la commune, le conseil municipal pourrait adopter une délibération qui refuse de consentir à l'élimination par recyclage des compteurs existants, en refusant le déclassement du compteur.

Sur la base de cette délibération, le Maire pourrait prendre un arrêté s'opposant à la dépose et au recyclage des compteurs existants, en considérant que cette opération opèrerait une aliénation d'un bien du domaine public, le compteur existant devant passer dans le patrimoine du concessionnaire pour que celui-ci en assure la destruction, ou valorisation, par recyclage.

Or, une telle aliénation n'est pas possible pour un bien du domaine public qui n'a pas préalablement fait l'objet d'un acte de déclassement, acte qu'il appartient à l'autorité concédante propriétaire d'adopter, à savoir la Commune.

A défaut d'acte de déclassement du compteur, la Commune pourrait faire valoir, devant le juge administratif, la nullité de la décision du concessionnaire de le remplacer par un compteur Linky.

II.2.2 Lorsque la Commune a délégué sa compétence à un établissement public

a) La Commune reste propriétaire des biens mis à disposition de l'établissement public

¹⁹ CE 18 novembre 2015 n°390461

Dans l'hypothèse où la Commune a transféré ses compétences en matière de gestion du réseau public de distribution d'électricité à un établissement public (EPCI, syndicat mixte, syndicat intercommunal...), elle n'est en principe plus compétente pour prendre une décision dans ce domaine.

Toutefois, la question se pose de savoir si l'établissement public est alors considéré comme propriétaire du domaine et notamment des compteurs, par l'application combinée des articles L. 2224-31 IV du CGCT et de l'article L. 322-4 du code de l'énergie.

Comme le souligne la Cour des Comptes dans son rapport de 2013²⁰, le réseau de distribution d'électricité s'est développé progressivement, dès la fin du 19^{ème} siècle, sous la responsabilité des communes auxquelles la loi du 5 avril 1884 a confié la compétence d'organiser le service public de distribution d'électricité. La loi du 15 juin 1906 les a reconnues propriétaires du réseau en moyenne tension (HTA) et basse tension (BT).

Aussi, il peut être considéré que les communes étaient, dès l'origine, propriétaires des réseaux qu'elles ont mis à la disposition des établissements publics.

Le transfert de compétence a opéré une « mise à disposition », équivalente à un démembrement du droit de propriété. Ce démembrement ne fait pas totalement changer la propriété de chef puisque les biens demeurent dans le patrimoine de la personne publique les mettant à disposition. Celle-ci est alors seule compétente pour prendre les actes concernant ces biens allant au-delà de simples mesures de gestion.

En effet, il résulte de l'article L.1321-1 du CGCT que le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence. Un procès-verbal des biens mis à disposition doit à cet occasion être dressé.

Mais ces dispositions ne prévoient pas le transfert de propriété.

Dans une réponse ministérielle du 23 octobre 2007 (Rep. Min. 3614 JOAN p.6570), le Ministre de l'intérieur a confirmé que le transfert de compétence ne constitue pas un transfert en pleine propriété, mais seulement la transmission des « droits et obligations » du propriétaire. Il ajoute que l'établissement public ne dispose pas du droit d'aliéner le bien.

A titre d'exemple, en matière de voirie, la Cour administrative d'appel de Bordeaux²¹ a rappelé au visa notamment de l'article L. 1321-1 du CGCT que :

« Si une commune membre d'un groupement intercommunal auquel elle a transféré ses compétences en matière de voirie n'est, dès lors, plus habilitée à exercer les pouvoirs de gestion des voies communales mises à la disposition de ce groupement, elle demeure l'unique

²⁰ Cour des comptes - Rapport public annuel 2013. Extrait "Les concessions de distribution d'électricité" p.105 à 217 :

²¹ CAA Bordeaux 5 mars 2009 n°07BX02405

propriétaire des dites voies qui continuent d'appartenir à son domaine public et dont elle seule peut, dès lors, décider de les faire sortir ».

Dans le même sens, dans une affaire où une commune avait transféré à une communauté d'agglomération la gestion d'un musée, le Conseil d'Etat²² a considéré, au visa notamment de l'article L. 1321-1 du CGCT, que « *la commune avait conservé la propriété* » de ce musée et qu'en conséquence, « *la communauté d'agglomération n'était dès lors pas compétente pour en changer le nom, une telle décision n'ayant pas, eu égard à sa nature et à sa portée, le caractère d'une décision de gestion* ».

Il peut donc être soutenu que la commune reste propriétaire des biens mis à disposition, lesquels figurent, en principe, au procès verbal dressé lors du transfert de compétence, et qu'elle est seule compétente pour prendre les décisions les plus graves concernant ces biens.

b) La désaffectation des compteurs permet aux communes de s'opposer à leur destruction

En vertu de l'article L. 1321-2 du CGCT, la collectivité bénéficiaire de la mise à disposition assume l'ensemble des obligations du propriétaire. Elle possède tous pouvoirs de gestion. Elle assure le renouvellement des biens mobiliers. La collectivité bénéficiaire peut procéder à tous travaux de reconstruction, de démolition, de surélévation ou d'addition de constructions propres à assurer le maintien de l'affectation des biens.

Cependant, dans une réponse ministérielle du 23 octobre 2007 (Rep. Min. 3614 JOAN p.6570), le Ministre de l'intérieur a précisé que si un bien cesse d'être utile à un établissement public, il doit l'indiquer par délibération et seul le propriétaire du bien a le pouvoir de prononcer sa désaffectation par délibération.

Aussi, il apparaît que la décision de désaffectation ou de déclassement des compteurs du domaine public appartient au propriétaire du bien.

De plus, la jurisprudence considère que les biens de retour ne peuvent, en cas de désaffectation, être aliénés sans le consentement de la personne publique (CE 1^{er} mars 1929, Soc. des transports en commune de la région toulousaine, S. 1929, 3, 73 note Mestre).

Or, le remplacement des compteurs existants par des compteurs communicants emporte nécessairement la désaffectation des anciens compteurs du service public de distribution de l'énergie.

Aussi, la Commune restant propriétaire du compteur, elle devrait être seule compétente pour prononcer cette désaffectation et le déclassement du bien en vue de son élimination.

En outre, l'article L. 1321-3 du CGCT prévoit qu'en cas de désaffectation totale ou partielle des biens mis à disposition, la collectivité propriétaire recouvre l'ensemble de ses droits et obligations sur les biens désaffectés.

²² CE 1^{er} août 2003 n°346802

Dans ces conditions, si le compteur existant avait été mis à la disposition de l'établissement public et était la propriété de la commune, il est permis de considérer que :

- seule la commune est compétente pour prononcer la désaffectation ou le déclassement du bien ;
- en cas de désaffectation, la commune recouvre l'ensemble de ses droits et obligations sur les biens désaffectés.

Les Communes pourraient alors s'opposer, par délibération du conseil municipal, à toute intervention sur ce bien sans leur autorisation préalable.

→ Voir sur ce point le modèle de délibération joint en Annexe (Annexe IV)

* *
*

La présente note a été élaborée par les avocats du Cabinet ARTEMISIA, situé 51, Av. Raymond Poincaré – 75116 Paris – Tel : 01.56.89.86.00 ; Fax : 01.56.89.86.09 – contact@artemisia-lawyers.com - www.artemisia-lawyers.com , grâce au soutien de l'association ARTEMISIA, située 1517, Chaussée de Wavre – 1160 Bruxelles – Belgique – contact@artemisia-aisbl.org - www.artemisia-aisbl.org.

ANNEXES

- Annexe I : Modèle de lettre de saisine de la CNIL
- Annexe II : Modèle d'arrêté du Maire suspendant l'implantation des compteurs de type « Linky » sur le territoire de la commune de
- Annexe III : Modèle d'arrêté du Maire réglementant l'implantation des compteurs de type « Linky » sur le territoire de la commune de
- Annexe IV : Modèle de délibération du conseil municipal deportant refus du déclassement des compteurs d'électricité existants et de leur élimination

ANNEXE I

Par courrier recommandé avec accusé de réception

Commission Nationale Informatique et Libertés
3 place de Fontenoy
TSA 80715
75334 Paris Cedex 07

à l'attention de Madame la Présidente,

à, le

Objet : Compteurs communicants – demande de vérification : art. 11 f) de la loi du 6 janvier 1978

Madame la Présidente,

Je me permets de vous solliciter au sujet des compteurs communicants Linky dont le déploiement sur le territoire national a été engagé depuis le mois de décembre 2015.

L'installation de ces compteurs fait l'objet d'une forte préoccupation de la part des habitants de la Commune, en particulier sur les enjeux qu'ils présentent en matière de protection des données personnelles.

J'ai pris connaissance des recommandations émises par la CNIL concernant ces compteurs et particulièrement la délibération n°2012-404 du 12 novembre 2012, complétée par la communication du 30 novembre 2015, concernant la courbe de charge.

Or, d'après les éléments que j'ai pu recueillir, il semble que les conditions de déploiement et les traitements opérés par ces compteurs ne respectent pas ces recommandations. Il peut notamment être relevé que :

- l'enregistrement de la courbe de charge est présentée comme s'opérant au pas de temps de 30 minutes alors que la CNIL recommande, dans sa communication du 30 novembre 2015, un enregistrement à un pas de temps horaire ;
- le consentement des personnes à la transmission de leurs données à des tiers n'est pas recueilli *ex ante* par le gestionnaire du réseau mais par les tiers directement, et le gestionnaire du réseau n'a prévu d'opérer que des contrôles aléatoires *ex post* sur la réalité de ce consentement, contrairement à la recommandation du 12 novembre 2012 ;

- Dans le cadre de ses contrôles, ENEDIS ne s'est pas engagée à informer les personnes concernées de cas de violations de leurs données personnelles, contrairement à la recommandation du 12 novembre 2012 ;
- ENEDIS ne s'assure pas que les tiers qui revendiquent une autorisation d'accès aux données d'un usager ont bien habilité les personnes devant avoir accès à ces données, et ce de manière différenciée selon la sensibilité des données ;
- Ni les contrats d'abonnement, ni les documents distribués par le gestionnaire du réseau, ne fournissent aux usagers une information suffisante sur les fonctionnalités des compteurs, les risques associés en termes de violation de la vie privée des personnes et les droits et moyens mis à leur disposition pour maîtriser ces risques ;
- Aucune modalité adaptée d'information ou de recueil des consentements n'est prévue pour les personnes ne disposant pas d'un accès à internet.

Aussi, je vous remercie de bien vouloir faire usage des pouvoirs dont vous disposez au titre de l'article 11 f) de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 afin de vérifier la régularité du déploiement des compteurs communicants Linky et des traitements qu'ils opèrent, au regard de la loi du 6 janvier 1978 et de vos recommandations.

Je vous remercie de bien vouloir me communiquer le résultat de ces vérifications pour me permettre d'en informer mes administrés.

Dans cette attente, je vous prie de bien vouloir recevoir, Madame la Présidente, l'expression de mes salutations distinguées.

Le Maire
NOM, Prénom,

Signature

ANNEXE II

Arrêté du Maire suspendant l'implantation des compteurs de type « Linky » sur le territoire de la commune de

Vu l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales

Considérant que les compteurs Linky appelés à être déployés sur le territoire de la Commune ont vocation à enregistrer des données de consommation, comme les courbes de charge, qui permettent de fournir le profil de consommation d'une personne physique identifiable ;

Considérant que l'implantation d'un tel dispositif enregistrant en continu des informations identifiantes, susceptibles ainsi de retranscrire le détail de la vie personnelle, constitue une ingérence dans la vie privée des personnes concernées ;

Considérant que, par sa délibération n°2012-404 du 15 novembre 2012, le pack de conformité de mai 2014 et la communication du 30 novembre 2015, la CNIL a formulé plusieurs recommandations tendant à imposer que le consentement des personnes soit recueilli préalablement à la collecte et au traitement de leurs données personnelles ;

Considérant qu'il n'est pas établi que ces recommandations soient respectées par le gestionnaire du réseau de distribution d'électricité ;

Considérant qu'au contraire, plusieurs éléments semblent établir la non-conformité du déploiement et des traitements opérés par les compteurs communicants Linky avec les recommandations de la CNIL et notamment : l'enregistrement de la courbe de charge à un pas de temps de 30 minutes au lieu d'un pas de temps horaire, l'absence de recueil par le gestionnaire du réseau du consentement libre, éclairé, spécifique et exprès des usagers pour la transmission de leurs données de consommation à des tiers, l'insuffisante information des personnes sur les fonctionnalités des compteurs, sur les risques en termes de violation de la vie privée et sur les droits et moyens dont elles disposent pour les maîtriser ;

Considérant que par courrier du le maire a sollicité de la CNIL qu'elle procède à la vérification de la régularité du déploiement des compteurs communicants Linky et des traitements qu'ils opèrent au regard de la loi du 6 janvier 1978 et de ses propres recommandations ;

Considérant que dans l'attente des résultats de cette vérification, la préservation de la tranquillité publique justifie la suspension du déploiement des compteurs sur la Commune ;

Le Maire,

Arrête :

- Le déploiement des compteurs Linky est suspendu sur le territoire de la Commune tant que la régularité de leur installation et des traitements de données à caractère personnel qu'ils opèrent n'aura pas été vérifiée par la CNIL et les résultats communiqués à la Commune.

Fait le, à.....
NOM, Prénom, qualité,

Signature

ANNEXE III

Arrêté du Maire réglementant l'implantation des compteurs de type « Linky » sur le territoire de la commune de

Vu l'article L. 2122-27 du code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

Vu la délibération n°2012-404 du 15 novembre 2012 de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) portant recommandations relatives aux traitements de données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants et la communication de la CNIL du 30 novembre 2015 ;

Considérant que l'installation des compteurs communicants fait l'objet d'une forte préoccupation de la part de nombreux habitants de la Commune ;

Considérant que le maintien de l'ordre public et le respect de la légalité justifient que l'implantation des compteurs communicants « Linky » soit réglementée sur la Commune ;

Article 1^{er}

Au plus tard un mois avant le premier jour d'intervention, ENEDIS ou ses sous-traitants sont tenus de communiquer par courrier à la Commune :

- le planning des interventions programmées en vue du remplacement des compteurs existants par des compteurs « Linky ».
Ce planning identifie le nom de l'entreprise habilitée à intervenir, les lieux d'intervention et les horaires auxquels les interventions doivent avoir lieu.
Ce planning fait l'objet d'un affichage en Mairie dès réception et tout au long de la période d'installation.
- un exemplaire de la plaquette d'information explicative sur les droits des personnes devant être remise à chaque usager au moment de l'installation.
Cette plaquette d'information explicative fait l'objet d'un affichage en Mairie dès réception et tout au long de la période d'installation.

- la ou les études d'impact sur la vie privée réalisées avant le déploiement des compteurs sur la Commune.

La ou les études d'impact sera(ont) tenue(s) à la disposition des habitants en Mairie pour consultation.

Article 2

Pendant la période d'installation des compteurs, le Maire peut décider de la mise en place d'une permanence en vue d'informer les habitants sur les fonctionnalités des compteurs et sur leurs droits en matière de protection des données personnelles.

Article 3

Les modalités de remplacement des compteurs sur la Commune suivent les prescriptions suivantes :

- L'entreprise habilitée à remplacer les compteurs doit se présenter en Mairie au plus tard 30 minutes avant la première intervention programmée. Le Maire ou son représentant vérifie que l'entreprise est dûment habilitée par ENEDIS pour remplacer les compteurs et qu'elle dispose des plaquettes d'information à l'attention des usagers, en nombre suffisant et conformes à celles précédemment notifiées en Mairie conformément à l'article 1^{er}.
Si le Maire ou son représentant constate que ces dispositions ne sont pas respectées, il suspend immédiatement les opérations programmées et dresse un procès-verbal constatant cette suspension.
- L'entreprise habilitée ne peut intervenir au domicile des usagers en dehors de leur présence ou sans leur consentement, que le compteur soit situé à l'intérieur ou à l'extérieur de leur domicile.
- En cas d'intervention dans un immeuble collectif où plusieurs compteurs sont rassemblés dans un local technique, l'entreprise habilitée identifie à quel(s) usager(s) le compteur qu'elle envisage de remplacer est rattaché.
- Avant de procéder au remplacement du compteur, l'entreprise habilitée doit se présenter à l'usager dont le compteur doit être remplacé. Son représentant explique à l'usager les fonctionnalités du compteur et l'informe des droits dont il dispose en matière de protection de ses données personnelles. Il lui remet une plaquette d'information explicative en mains propres.
- Le Maire ou son représentant peut accompagner l'entreprise lors de ses interventions pour veiller au bon déroulement des opérations de remplacement.
- Une fois le compteur remplacé, l'entreprise habilitée vérifie en présence de l'usager le bon fonctionnement du compteur et lui présente (i) les informations que le compteur permet

d'afficher et (ii) les moyens dont il dispose pour décider d'autoriser ou, au contraire, de refuser leur enregistrement dans le compteur, leur collecte dans le système de traitement des données et leur transmission à son fournisseur d'énergie ou à des sociétés tierces.

Article 4

En cas d'opposition d'un usager au remplacement de son compteur, le Maire ou son représentant suspend l'intervention.

Il convoque dans les 15 jours l'usager opposant, un représentant d'ENEDIS et un représentant de l'autorité concédante à une réunion de concertation en Mairie. Il tient le Médiateur de l'Energie informé des échanges intervenus et des solutions obtenues.

Fait à....., le.....

NOM, Prénom, qualité,

Signature

ANNEXE IV

Délibération du conseil municipal de.....
portant refus du déclassement
des compteurs d'électricité existants et de leur élimination

Vu l'article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales ;

Vu l'article L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales ;

Vu l'article L. 1321-1 du code général des collectivités territoriales ;

Considérant que les compteurs d'électricité sont des ouvrages basse tension du réseau public de distribution ;

Considérant que les compteurs sont affectés au service public de distribution de l'électricité et font l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ;

Considérant qu'en vertu de l'article L. 322-4 du code de l'énergie, les ouvrages des réseaux publics de distribution sont la propriété des collectivités publiques et de leur groupement désignés au IV de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales ;

Considérant que les compteurs relèvent du domaine public de la commune ;

Considérant que la compétence d'autorité organisatrice d'un réseau public de distribution a été transférée par la commune à un établissement public ;

Considérant qu'en vertu de l'article L. 1321-1 du code général des collectivités territoriales, le transfert de compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de l'établissement public des biens meubles et immeubles utilisés pour l'exercice de cette compétence ;

Considérant que la mise à disposition des biens, et notamment des compteurs électriques, n'emporte pas un transfert de propriété de ces biens qui demeurent la propriété de la commune ;

Considérant que la décision de remplacer les compteurs existants par un compteur communicant n'a pas, par sa nature et sa portée, le caractère d'une décision de gestion qui relèverait de la compétence de l'établissement public ;

Considérant qu'en cas de désaffectation d'un bien du domaine public d'une commune mis à la disposition d'un établissement public, la commune recouvre l'ensemble de ses droits et obligations sur ce bien ;

Considérant que la destruction, l'élimination ou le recyclage des compteurs électriques existants implique leur aliénation, ce qui suppose une décision préalable de déclassement ;

Considérant que la décision de déclassement d'un bien va au-delà d'un simple acte de gestion relevant de la compétence de l'établissement public ;

Considérant que la commune, en tant que propriétaire des compteurs, est seule compétente pour prononcer le déclassement d'un bien de son domaine public et son élimination ;

Considérant que l'établissement public ne peut pas aliéner les compteurs existants sans le consentement préalable de la commune et le déclassement préalable des compteurs ;

Le Conseil municipal, après en avoir délibéré :

- Refuse le déclassement des compteurs d'électricité existants ;
- Interdit l'élimination des compteurs existants et leur remplacement par des compteurs communicants Linky sans le consentement préalable de la commune et une décision de désaffectation de la part de son Conseil municipal.