direction générale
de l'Urbanisme
de l'Habitat et
de la Construction

les rapports

La certification de produits et de services dans le domaine de la construction

Janvier 2004

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
ministère
de l'Équipement
des Transports
du Logement
du Tourisme et
de la Mer

ETUDE
POUR LE MINISTERE DE L'EQUIPEMENT DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT

LA CERTIFICATION DE PRODUITS ET DE SERVICES DANS LE DOMAINE DE LA CONSTRUCTION

Anne PENNEAU
Professeur à l'Université de Lille II

Hugues PERINET-MARQUET
Professeur à l'Université Panthéon Assas
(Paris II)

G.R.I.D.A.U.H.

JUIN 2001

Par lettre de commande n° K 0065 du 13 octobre 2000, la DGHUC du Ministère de l'équipement, Sous direction de la qualité et de la construction, a demandé au GRIDAUH la réalisation d'une étude dans les termes suivants :

« La multiplication des labels, ou des certificats de qualité dans le domaine des produits de la construction amène à poser la question de savoir si toutes les pratiques de valorisation de ces produits par l'apparition de labels et de certaines marques NF pour ne citer que quelques exemples, comme référence à une marque de garantie, sont licites ?
L'étude a pour objet de procéder à cette réflexion et elle s'attachera à discerner les pratiques qui entrent dans le champ des produits de la construction et des services afférents sous la sujétion du régime légal inscrit dans le code de la consommation, ou d'autres dispositions légales ou réglementaires, et d'autre part les pratiques approchantes, voire parasites, qui pourraient émerger dans une logique de marketing. »

AVERTISSEMENT

La présente étude est publiée avec l'accord de ses auteurs.

En raison du respect de la confidentialité de certaines informations, elle n'a pas été reproduite dans son intégralité.

De plus, elle n'a fait l'objet d'aucune mise à jour depuis sa date de rédaction.

SOMMAIRE

INTRODUCTION----------9

- LA QUALITE EN TANT QU'OBJET DU DROIT----------9

- LA QUALITE, AU CŒUR DES STRATEGIES COMMERCIALES ET LE ROLE DES SIGNES DISTINCTIFS----------10

- OBJET DE L'ETUDE----------12

PREMIERE PARTIE :
ENCADREMENT LEGAL DE LA CERTIFICATION DE QUALITE----------15

CHAPITRE I –
LA LOI Nº 94 - 442 DU 3 JANVIER 1994 RELATIVE A LA CERTIFICATION DES PRODUITS INDUSTRIELS ET DES SERVICES (ARTICLE L .115 ET SUIVANTS DU CODE DE LA CONSOMMATION----------16

Section I - Origines de la législation relative aux signes distinctifs de qualité du code de la consommation----------16

§ 1 – Panorama de l'évolution législative à partir de la loi du 1er août 1905----------16

§ 2 – L'apparition d'un régime juridique contraignant des procédures d'apposition des signes de qualité par la loi du 10 janvier 1978----------17

Section II - Le système institué par la réforme résultant de la loi du 3 juin 1994--------19

§ 1 – Les obligations pesant sur l'organisme certificateur----------19

A - La déclaration de l'organisme certificateur----------19
- 1 - Description des modalités de la déclaration----------19
  - La déclaration sans accréditation
  - La déclaration avec accréditation du COFRAC
- 2 - Les pouvoirs de l'administration et du COFRAC----------21
  - Les pouvoirs de l'administration
  - Le contrôle des organismes de certification à l'occasion de l'accréditation par le COFRAC

B - L'élaboration et la publication des référentiels adjoints à la déclaration----------24
- 1 - Conditions d'élaboration du référentiel----------24
- 2 - Contenu du référentiel----------25
- 3 - Formalités accompagnant l'insertion du référentiel dans le dossier de déclaration-----28

§ 2 – Les obligations des professionnels bénéficiant d'une certification de produit ou de service----------28

CHAPITRE II – LA LOI N° 91-7 DU 4 JANVIER 1991 RELATIVE AUX MARQUES DE FABRIQUE DE COMMERCE OU DE SERVICE (ARTICLES L.715-1 ET SUIVANTS DU CODE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE----------30

Section I – Présentation générale de la loi du 4 janvier 1991----------30

§ 1 – les prérogatives du titulaire d'une marque déposée----------31

§ 2 – Les obligations pesant sur le propriétaire de la marque----------32

Section II - Situation des marques collectives----------33

§ 1 – La situation des marques collectives avant la loi du 4 janvier 1991----------33

§ 2 – Régime institué par la loi du 4 janvier 1991----------36

A - La marque collective « ordinaire »----------36

B - La marque collective de certification----------37
- 1 - Concernant les formalités de dépôt de la marque collective « de certification »---------37
- 2 - Concernant le régime de la marque collective « de certification »----------38

DEUXIEME PARTIE : ANALYSE PROSPECTIVE DE LA CERTIFICATION DANS LE DOMAINE DE LA CONSTRUCTION----------41

CHAPITRE I - APPRECIATION DU SYSTEME ACTUEL----------42

Section I - Ambiguïté des buts et des objets de la certification----------42

§ 1 – L'ambiguïté de l'intérêt général----------42
A - L'intérêt général confondu avec le simple respect, parfois imparfait, de la loi----------42
B - L'intérêt général étendu au delà du simple respect de la réglementation----------44

§ 2 - Ambiguïté de l'intérêt commercial----------44
A - Intérêt commercial légitime de l'entreprise certifiée et respect de la loyauté----------45
B - Existence d'un intérêt commercial important chez l'organisme certificateur----------45

Section II - Considérations sur les signes distinctifs non placés Par leurs auteurs sous l'emprise d'un régime légal----------46

§1 – Appréciation de la licéité des pratiques de certification indépendante de l'application de la loi de 1994----------46
A – Les travaux préparatoires de la loi----------46
B – La lettre des textes----------47

§ 2 - Appréciation de la licéité des pratiques de certification déclarées, mais sans dépôt d'un signe distinctif de qualité----------49

Section III - Légalité de la certification au regard des règles de concurrence et de libre accès ?----------51

§1 - Légalité au regard des règles générales ?----------51
A- Légalité au regard des règles de droit de la concurrence ?----------51
B- Légalité au regard des règles du libre accès ?----------53

§ 2 - Légalité au regard des règles spécifiques à chaque type de marché ?----------55
A - Dans les marchés privés----------55
B - Dans les marchés publics----------56
- 1 - Au regard de la législation nationale----------56
- 2 - Au regard de la réglementation communautaire----------58

Section IV - Responsabilités relatives aux labels et certificats de qualité dans le domaine de la construction----------59

§1 - Responsabilité pénale----------59
A - Texte spécial----------60
B - Textes généraux----------60
C - Appréciation d'ensemble----------61

§2 - Responsabilité civile ou administrative----------62
A – Responsabilité de l'entreprise certifiée----------62
- 1 - Responsabilité contractuelle----------63
- a - Responsabilité en cas de non-respect de la certification obtenue par une entreprise pour elle même----------63
- b - Responsabilité en cas de non-respect de la certification obtenue pour le produit ou l'ouvrage lui-même----------63
- 2 - Responsabilité délictuelle----------64
- 3- Remise en cause de la validité du contrat passé par l'entreprise----------64
B – Responsabilité de l'organisme certificateur----------65
- 1 – Responsabilité vis à vis de l'entreprise certifiée----------65
- 2 – Responsabilité des organismes certificateurs vis à vis des tiers----------66
- a - Responsabilité relative au contenu du référentiel de certification----------67
- b - Responsabilité relative au contrôle effectué par l'organisme certificateur ou pour son compte----------67
- c - Responsabilité en cas d'utilisation injustifiée du label----------68

C - Responsabilité de l'Etat----------68
- 1 - Responsabilité au titre de l'accréditation et de la surveillance
des organismes certificateurs ?----------69
- a - Responsabilité au titre de l'accréditation----------69
- b - Responsabilité au titre de la surveillance----------69
- 2 - Responsabilité en matière d'établissement du référentiel ?----------70
- 3 - La responsabilité de l'Etat dans l'application de la loi----------71
D - Responsabilité de l'organisme accréditeur : le COFRAC----------71

CHAPITRE II –
PROPOSITIONS D'AMELIORATION DU SYSTEME----------73

Section I - Clarification du champ d'application de la réglementation----------73

§ 1 – Clarification des frontières externes----------73
A - Inconvénients du système dual actuel----------73
B - Modalités d'une possible amélioration----------74

§ 2 - Clarification des frontières internes----------75

Section II - Améliorations possibles du contenu de la réglementation----------77

§ 1 – Amélioration de la loi de 1994 (article L 115-27 et R 115-1
et suivants du code de la consommation)----------77
A – Les améliorations possibles touchant au référentiel----------77
B – Améliorations procédurales possibles----------79
- 1 – En matière d'accréditation de l'organisme certificateur----------79
- 2 – En matière de procédure de validation du référentiel----------81
- 3 – En matière de vérification de la conformité des produits et services au référentiel-------81
C – Améliorations éventuelles concernant l'information des consommateurs et
des utilisateurs----------82

§ 2 – L'amélioration possible des liens entre les lois de 1991 et de 1994----------83

Conclusion----------84

ANNEXE : Résumé des propositions du CNC concernant la certification de services-------85

INTRODUCTION GENERALE

● LA QUALITE EN TANT QU'OBJET DU DROIT

1 Parce qu'elle entre dans la composition de l'objet contractuel, on peut considérer que le droit s'intéresse nécessairement à la question de la qualité des biens et prestations véhiculés par les contrats.

Le code civil en donne la preuve lorsqu'il vise « les qualités substantielles » et pose que, lorsqu'il existe une erreur sur ces qualités l'annulation du contrat ou l'attribution de dommages et intérêts est possible. La jurisprudence ouvre assez largement le champ d 'application du texte dans la mesure où elle retient même une conception subjective de la qualité substantielle qu'elle définit comme la substance de l'objet du contrat telle qu'envisagée par les parties lors de la conclusion de celui-ci. Le droit positif apparaît donc de ce point de vue comme sensible à la question de la qualité, mais on constatera qu'il place la définition de cette qualité dans le pouvoir des parties qui sont libres de retenir les critères de qualité qui leur conviennent.

Est-ce à dire que le droit ne crée pas d'exigences en matière de qualité et que les juges pourraient avaliser n'importe quelle conception de la qualité et éventuellement la plus basse ? En fait, l'exigence d'un certain degré de qualité résulte de plusieurs textes. On peut d'abord citer l'article 1246 du code civil qui, à titre de règle générale d'interprétation de l'intention des parties à un contrat, renvoie à une qualité moyenne : « *Si la dette est d'une chose qui ne soit pas déterminée quant à son espèce, le débiteur ne sera tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise* ». Plus souvent cité à propos de la détermination des obligations du vendeur, ce texte a vocation à avoir une portée générale. On observera à cet égard que, dans le contrat d'entreprise, c'est encore la qualité des prestations obtenues qui est l'objet d'appréciation, soit que l'on s'y penche du point de vue de la vérification d'un résultat dont les termes avaient expressément été fixés par les parties, soit qu'on approche cette qualité par l'intermédiaire de l'ampleur des diligences mises en œuvre par l'entrepreneur dans l'exécution de son obligation de faire, ce qui est le propre des analyses suscitées par les obligations qualifiées d'obligations de moyens. On peut, dans cet ordre d'idées, considérer que, ne se rapportant pas à des cas de totale inexécution, une grande partie du contentieux de la responsabilité contractuelle correspond finalement à un contentieux sur la qualité.

2 En dehors de l'application des règles du droit commun, la loi offre parfois une protection spéciale à celui qui n'a pas reçu un bien ou une prestation de la qualité promise. On pense, par exemple aux dispositions du code civil relatives à la garantie des vices cachés pesant sur le vendeur de biens meubles et, en matière immobilière, aux régimes de garanties pesant sur les constructeurs introduits par la loi du 10 janvier 1978. Dans des textes de ce genre, la loi s'attache donc à traduire en termes d'obligations juridiquement sanctionnables

les promesses de qualité comprises par nature dans les intentions des parties contractantes.

Une action de moralisation des transactions s'exerce certainement aussi au travers de l'interprétation que les juges retiendront de la matière entrée dans le champ contractuel. La preuve évidente s'en trouve, par exemple dans la jurisprudence qui a fait de l'obligation de sécurité une obligation incontournable ou encore dans celle qui rejette les clauses limitatives de responsabilité portant une atteinte à la norme fondamentale du contrat. Sous tous ces aspects, c'est bien l'attachement du droit à élever le degré de qualité de la prestation due par un professionnel qui se manifeste, mais selon une approche encore classique qui part de la relation individuelle entre deux parties.

Il est pourtant vrai que le développement des marchés dans l'économie et l'industrialisation des modes de production invitent à une approche plus collective des relations d'échange, ce qui ne manque pas d'avoir des conséquences sur la position des pouvoirs publics et du droit par rapport à la qualité des biens et des services qui sont sur ces marchés.

A titre de manifestation d'avant-garde par rapport à ce qui existera lorsque le phénomène de la société de consommation sera identifié, on peut mentionner la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications qui constitue la première manifestation de l'interventionnisme étatique puisqu'elle crée un appareil répressif attaché au contrôle de la loyauté des pratiques commerciales en matière de promesses de qualité. Cette loi saisit les promesses de qualité avant même la formation de tout contrat. Elle crée une administration à laquelle la mission de contrôler la qualité des produits a été confiée, avec le pouvoir de dresser procès verbal en vue de l'éventuel prononcé de sanctions répressives à l'égard de celui qui a cherché à tromper sur la qualité de ce qu'il met sur le marché.

Il reste que la qualité en tant que telle n'est pas un thème de préoccupation majeur pour les juristes (cependant, R. de Quenaudon, Variations juridiques sur la qualité, in Certifier la qualité ?, P.U.Strasbourg, 1998, pp.65) alors qu'elle est au centre des préoccupations et des communications des entreprises soucieuses de se positionner sur les marchés.

● LA QUALITE, AU CŒUR DES STRATEGIES COMMERCIALES ET LE ROLE DES SIGNES DISTINCTIFS

3 D'un simple point de vue de marketing, tout producteur ou prestataire doit trouver le moyen de faire valoir qu'il offre la meilleure qualité, une qualité plus modestement constante ou encore qu'il offre le meilleur « rapport qualité/prix » selon l'expression apparue sous l'influence des analyses consuméristes.

La réalisation de ces objectifs de promotion auprès de la clientèle peut être organisée de façon strictement individuelle. Elle passe alors normalement par la publicité qui vante les qualités et l'utilisation d'un moyen pour se faire reconnaître par les cocontractants potentiels. Ce moyen est celui de la marque individuelle qui permet d'attribuer la paternité d'un produit ou d'un service à un auteur précis. La marque individuelle prend toute sa valeur lorsqu'elle

est régie par la loi et que celle-ci confère un droit exclusif de son usage à celui qui l'a créée et déposée. La loi du 23 juin1857 pose les principes d'une telle fonction de la marque qui apparaît ainsi comme l'objet possible d'un droit de propriété industrielle.

Mais il existe d'autres modalités de la promotion de la qualité que la stratégie strictement individuelle et l'histoire des signes distinctifs nous apprend qu'avant même que cette conception ne semble dominer les pratiques d'entreprise, l'organisation de telles stratégies relevait du pouvoir des professions à l'emprise desquelles il était impossible d'échapper.

L'historique des signes distinctifs de qualité a fait l'objet de recherches qui montrent qu'il s'agit d'une pratique qui a toujours existé (R. Dusolier, Les marques collectives et les marques de qualité dans l'ancien droit et le droit moderne, Mélanges Bastian, éd. LITEC, 1974, pp.27). On la fait remonter à l'Antiquité sous la forme de marques individuelles apposées sur les amphores contenant les vins réputés de la région napolitaine. Les marques collectives, à proprement parler, font leur apparition lorsque les professions s'organisent en maîtrises, jurandes et corporations. Il devient alors obligatoire d'apposer le sigle de la profession pour mettre les produits sur le marché Il peut même advenir que le pouvoir royal conforte la réglementation d'origine professionnelle comme ce fut le cas, par exemple, pour la fabrication de la cervoise définie dans le statut promulgué par Saint Louis en 1269.

L'objectif déclaré de la marque corporatiste est d'assurer que le produit est l'œuvre d'un artisan ayant suivi une formation d'apprentissage reconnue par la profession et qu'il s'est ainsi engagé à respecter certaines règles de savoir-faire. L'apprentissage assure la transmission des règles de l'art dans une société relativement stable sur le plan des technologies. C'est donc au moins en partie dans un but de moralisation des pratiques et dans la perspective de garantir un certain degré de qualité des produits que les corporations contrôlent à sa source le droit pour les artisans d'apposer son sigle.

Mais ce système, qui comporte des contraintes débordant largement l'aspect technique de l'exercice des métiers et de la vie des entreprises, est incompatible avec les principes révolutionnaires. La Révolution abolit, pour restaurer toutes les libertés, les organisations professionnelles en général et, au premier chef, les corporations. Seuls certains usages de marquages subsistent, notamment pour le poinçonnage des poids et mesures et des métaux précieux, mais dans le principe, les marques corporatistes ne survivent pas à la Révolution.

4 Cette disparition sera cependant finalement éphémère dans la mesure où, dès le début du XXème siècle, on voit resurgir les marques collectives par l'effet de la prise en charge par l'Etat d'un service public de la normalisation et de la certification.

Ce phénomène a une dimension internationale. Les nations introduisent ainsi dans leur législation des dispositions reconnaissant l'existence de marques nationales officielles, ce qui les conduit à rechercher ensemble un statut international de la marque collective lors de débats consacrés à la protection de la propriété industrielle (La Haye, 1925 et Washington, 1934). Dans ces différentes manifestations officielles, on peut retrouver l'expression de deux préoccupations d'ordre sensiblement différent : celle de réaliser, la fonction de régulation des professions, autrefois dans le pouvoir des corporations, par le biais d'institutions contrôlées par l'Etat d'une part ; celle d'autre part, face aux prémisses de la mondialisation, de promouvoir la production nationale grâce à un signe de qualité qui la rend reconnaissable.

En France, on assiste ainsi à la naissance de la marque NF et à l'officialisation de la marque Qualité France par des décrets du 24 mai 1941 et du 12 juin 1946. Ces marques sont placées sous le contrôle d'associations privées (respectivement l'association française pour la normalisation dont la mission est étendue à l'activité de certification et l'association nationale pour la défense de la qualité française). On constate donc que l'activité de certification, même placée sous le contrôle de l'Etat est, dans une forte proportion dépendante du financement des acteurs privés de la vie économique dont les contributions ne procèdent pas d'une taxe ou d'un impôt, mais d'une démarche volontaire commandée par l'intérêt qu'ils peuvent trouver à faire vivre le service public de la certification. Il s'agit d'une illustration remarquable de la coopération de l'Etat avec les puissances fondatrices d'une économie de marché.

● OBJET DE L'ETUDE

5 L'attention du Ministère, qui a commandé ce travail, été attirée par le récent regain de protocoles et pratiques de labelisation d'origine strictement privée réalisées par de grandes entreprises ou des syndicats professionnels et dont certains se développent manifestement en marge de la mise en œuvre des procédures prévues par les lois actuellement en vigueur et de la marque nationale.

On constate ainsi le développement à la fois de la certification de produit et celle d'entreprise.

Leur développement est de toute évidence le fruit des études de la qualité par les sciences de gestion et les économistes qui sophistiquent l'approche des questions et favorisent le développement de stratégies qui, appellent elles-mêmes la mise en place de procédures reflétant la mise en œuvre des modèles établis (E. Fries Guggenheim et G. Tchibozo, Une analyse économique de la normalisation de l'assurance-qualité in Certifier la qualité ?, sous la direction de F. Meyer, P.U.Strasbourg, 1998, pp.81 ; sur la constatation « d'un fossé qui se creuse entre le public et le spécialiste de la qualité », J.P. Melin, in Certifier la qualité ? préc.,p.57 ; sur les analyses gestionnaires et économiques, n° spé Rev. Eco. Ind. N°75, 1er trim. 1996, passim). Les entreprises sont donc aujourd'hui dotées de « services qualité » auxquels est confiée la tache d'élaborer leurs stratégies de marché et de les placer dans les meilleures conditions de rentabilité. La « qualité » se conjugue sur des modes variés organisés autour des deux pôles principaux que sont l'organisation et de la production, ce qui se retrouve d'ailleurs dans la nomenclature de la normalisation, comme en témoigne la répartition entre les normes de type ISO 9000 ou 45000 qui s'attachent aux procédures du fonctionnement des entreprises et les normes de spécification des produits qui s'inscrivent dans la lignée des premières normes techniques apparues depuis la création en France de l'A.F.Nor.

La certification d'entreprise présente un intérêt marqué sur les marchés entre professionnels (cf. les conclusions d'une étude Ministère de l'industrie, de la poste et des télécommunications, D.G. des stratégies industrielles, janvier 1996, Qualité et certification dans les services à l'industrie, spé pp.14). Le succès de ce type de certification trouve deux principales explications. D'une part, le recours de plus en plus fréquent à la sous-traitance contraint le maître d'ouvrage à rechercher des garanties de la qualité des prestations que le

sous-traitant lui fournira, et de ce point de vue, la certification d'entreprise intervient pour reconnaître l'existence d'un certain potentiel de l'entreprise. D'autre part, les compagnies d'assurance, soucieuses de maîtriser l'appréciation du risque qu'elles s'engagent à couvrir et d'inciter leurs assurés à tout entreprendre pour le minimiser, une fois le contrat d'assurance conclu, trouvent dans la certification d'entreprise une moyen de réalisation de leurs objectifs

Ceci étant, la certification d'entreprise semble devoir se développer aussi à l'adresse des consommateurs,. L'intérêt de l'emploi de tels signes pourrait, de ce point de vue, paraître réservé aux entreprises placées dans une situation concurrentielle sur le marché. La situation monopolistique, s'agissant spécialement de la fourniture de biens de première nécessité rend ainsi, a priori, inutile tout recours au signe distinctif dans la stratégie de qualité. Pourtant, on constate, qu'EDF, qui détient à ce jour un monopole du service public de la fourniture de l'électricité, s'implique dans la promotion d'une certification privée. Ce phénomène renvoie à deux explications possibles. L'une pourrait se trouver dans le fait que cette entreprise est, malgré son monopole, dans une situation concurrentielle car il faut envisager le marché des sources d'énergie globalement et tenir compte de la compétition avec le gaz ou les dérivés du pétrole. L'autre explication renvoie à une vision plus prospective de la situation sur le marché de l'électricité lui-même et à la perspective de la disparition du monopole en ce qu'il a de contraire au principe de la libre circulation dans l'Union européenne tant que les Institutions ne lui confèrent pas une légitimité et un régime d'exception.

6 Quoi qu'il en soit, aujourd'hui, la « démarche qualité » paraît s'évader du carcan de la normalisation, ce qui est un autre aspect des phénomènes étudiés, plus ou moins bien décelable dans la mesure où les promoteurs des labels autres que ceux entrant sous l'emprise de la marque NF sont manifestement peu disposés à donner une vision tout à fait transparente des conditions dans lesquelles ils exercent leurs activités. Les documents distribués au public n'annoncent pas si l'activité de certification s'accomplit ou non dans le cadre défini par le code de la consommation.

Une première interprétation de ce phénomène consisterait à y voir une rébellion contre le dirigisme économique précité et une manifestation de type « marketing » dont les professions semblent considérer qu'elle est de l'essence des stratégies de compétitivité sur le marché et par conséquent naturellement complémentaire des procédures réglementées et nécessaire.

Le phénomène a été soumis au Conseil national de la consommation qui a rendu, en 1998, un avis après rapport formulant certaines propositions d'amélioration du système en vigueur (présentation synthétique de ces propositions en annexe de notre étude) .

Mais le ministère qui a commandé la présente étude entend approfondir les débats sur le terrain du droit et s'interroge aujourd'hui sur la licéité des pratiques observées dans le domaine de la construction. Pour se prononcer sur ce sujet, il s'impose de déterminer au préalable la teneur et la portée des régimes légaux spécialement consacrés à des signes distinctifs. Il conviendra donc, dans un premier temps, de vérifier à partir d'une étude détaillée des lois en vigueur et de la jurisprudence qui pourrait les interpréter, si le droit positif laisse place à des initiatives d'un « troisième type » (PREMIERE PARTIE). Une réflexion prospective permettra ensuite de formuler des propositions, notamment axées sur la transparence en matière de signes distinctifs (DEUXIEME PARTIE).

PREMIERE PARTIE

ENCADREMENT LEGAL
DE LA CERTIFICATION DE QUALITE

7 Les signes distinctifs de qualité visés par le législateur tombent sous le coup de deux ordres de textes qui relèveront de deux codifications récentes distinctes :

- le code de la propriété intellectuelle pour ce qui concerne les « marques collectives » aujourd'hui régies selon la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de services (articles L.115-1 et s. du code).
- le code de la consommation pour les « certifications des services et des produits autres qu'alimentaires actuellement soumises à la loi n° 94 - 442 du 3 juin 1994 (articles l. 115-27 et s. du code).

Ces textes s'adressent des références réciproques et expresses qui témoignent de l'existence d'une architecture globale du système qui n'est peut-être pas toujours bien mise en évidence, mais qui est sans doute déterminante des conclusions de la présente étude. Il faut donc, dans le souci de situer les termes exacts de notre étude, commencer par examiner chacune des législations applicables à la matière séparément et dans un ordre qui tienne compte des caractéristiques dominantes du système, ce qui nous amènera à traiter d'abord de la loi du 4 janvier 1994 (Chapitre 1), puis de la loi du 4 janvier 1991 (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LA LOI Nº 94 - 442 DU 3 JANVIER 1994 RELATIVE A LA CERTIFICATION DES PRODUITS INDUSTRIELS ET DES SERVICES

(ARTICLE L. 115 ET SUIVANTS DU CODE DE LA CONSOMMATION)

8 Travaux préparatoires :
- Projet de loi modifiant le code de la consommation en ce qui concerne la certification des produits industriels et des services et la commercialisation de certains produits alimentaires, présenté au nom de M. Édouard Balladur par M. Edmond Alphandary, A.N. nº 976
- Rapport de M. Alain Brune « la certification, clé d'un nouvel essor économique » (février 1993), annexe A.N. nº 976
- Rapport devant l'A.N. du député Christian Daniel, n ° 1077
- Compte-rendu intégral à de la séance A.N. du 21 avril 1994, J.O. pages 1103 et suivantes
- Exposé général et examen des articles devant le Sénat par Mme Anne Heinis, Sénat nº 431
- Compte-rendu intégral de la séance du Sénat des 24 mai 1994, J. O. pages 1791 et suivantes

Section I - Origines de la législation relative aux signes distinctifs de qualité du code de la consommation

§ 1 – Panorama de l'évolution législative à partir de la loi du 1er août 1905

9 L'origine première de la prise en charge par les pouvoirs publics de la protection de certaines qualités essentielles des marchandises se trouve dans la loi du 1er août 1905 réprimant les fraudes dans la vente des marchandises et les falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles *(v. Bernard Bouloc, La loi de 1905 en tant qu'instrument de la sécurité des consommateurs, in Sécurité des consommateurs et responsabilités du fait des produits défectueux, LGDJ 1987, page 13 et suivantes).* L'infraction créée est un délit et le législateur a mis en place, pour concrétiser les effets de la loi, un service de la répression des fraudes dont l'action s'étendra peu à peu à tous les domaines de la consommation.

Tel quel, le système du contrôle de la qualité était nécessairement a posteriori et, il faut bien le dire, assez aléatoire dans la mesure où le service de la répression des fraudes, qui deviendra notre actuelle DGCCRF, n'a jamais disposé d'un corps d'inspecteurs très important ni omnicompétent. D'où l'accueil favorable qui devait être réservé, en partie dans une perspective consumériste, à des projets associant aux méthodes classiques du contrôle des systèmes de régulation plus souples, impliquant la participation des professions concernées.

C'est ainsi que la loi de finances rectificative du 2 juillet 1963 définit les conditions dans lesquelles pourraient être délivrés des « certificats de qualité » avant la mise sur le marché de produits. Aucune suite n'en est cependant résulté, faute de la parution des décrets d'application nécessaires.

Mais, avec le développement de la « société de consommation », on constate « *une prolifération d'initiatives que l'on peut qualifier de « sauvages » et se traduisant par l'existence de labels pour accréditer la qualité* » (Christian Bataille, député du groupe socialiste J.O. ou pages 1107) et non destinés à satisfaire les objectifs de protection des consommateurs en tant que tels. Or, la défense des intérêts des consommateurs est amenée à devenir une des priorités du législateur à une époque où la situation d'infériorité dans le rapport contractuel de cette catégorie particulière de contractant est dénoncée, en particulier par les juristes qui, dès le début du XXème siècle, ont remis en cause la pertinence du dogme de l'autonomie de la volonté en s'appuyant spécialement sur la constatation du phénomène des contrats d'adhésion (sur tous ces aspects, v. J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ 1993, n° 94 et s.).

Le rééquilibrage du contrat appellera donc, à partir des années soixante-dix, différentes interventions du législateur, parmi lesquelles la loi Scrivener du 10 janvier 1978 a une place importante. Elle fut remarquée et commentée essentiellement en sa partie relative au crédit à la consommation. Mais elle comportait accessoirement des dispositions relatives à l'objet de la présente étude et représente ainsi une étape fondamentale dans le domaine de la certification de qualité. Cette loi modifie celle de 1905 en instituant un régime exigeant de la certification des produits et des services, destiné à combattre les techniques de vente déloyales fondées sur l'utilisation de signes distinctifs de qualité vides de sens (C. Bataille préc.).

§ 2 – L'apparition d'un régime juridique contraignant des procédures d'apposition des signes de qualité par la loi du 10 janvier 1978

10 Le mécanisme de la loi de 1978 repose sur deux exigences conditionnant l'apposition de signes attestant la qualité :

- l'intervention nécessaire et préalable d'un organisme agréé par le ministère d'une part ;
- la prise en considération d'un référentiel substantiel incluant essentiellement la réglementation d'autre part.

Autrement dit, la certification de qualité est, dans ce régime, une certification de respect de la réglementation. Avec le recul du temps, un rapprochement s'impose avec le système actuel du marquage CE lorsqu'il est confié à des organismes notifiés par les autorités administratives compétentes des Etats membres et porte sur le respect des exigences essentielles fixées par des directives harmonisées qui représentent la réglementation en matière technique (ref. au rapport précédent ; v. Cadres juridiques de la certification, colloque organisé par l'Institut de droit économique, fiscal et social de l'Université de Paris IX-Dauphine, 7 déc. 2000, à paraître). Une différence importante tient cependant au fait que les certificats de qualité de la loi de 1978 ne sont pas nécessaires à la mise sur le marché, alors que le marquage CE en est une condition dans le domaine couvert par les normes harmonisées reflétant les exigences essentielles fixées par les directives. La comparaison vaut donc eu égard à l'objet du contrôle, mais non pas quant à ses effets.

Dans cette mesure, on peut certainement considérer que la partie étudiée de la loi Scrivener illustre l'affirmation d'après laquelle, selon une inspiration néolibérale, « *les consommateurs ont été d'abord essentiellement protégés de façon indirecte par la répression de la concurrence déloyale dont la finalité première était la protection des commerçants et des industriels.* » (J. Ghestin, Traité préc., se référant not. à Durant, L'évolution contemporaine du droit de la concurrence, Mélanges Roubier, t.2, pp.439 ; J.Calais-Auloy, La protection légale du consommateur, lacunes, excès, in Nouvelles données pour un droit de la consommation, Trav. Ass. H. Capitant, 1972, pp.118).

La valeur de cette appréciation ne fait que se renforcer lorsque l'on examine les motifs pour lesquels les dispositions étudiées ont été réformées. Après plus de dix ans d'entrée en application, effectivement, le système de la loi Scrivener a fait l'objet d'un bilan confié au député Alain Brune qui s'est soldé par des observations éminemment critiques reflétant, de façon évidente, surtout le point de vue des professionnels sur qui la lourdeur du système pesait directement.

La principale critique du système de 1978, dont les travaux préparatoires de sa réforme se sont fait l'écho, fut d'être finalement source d'inégalités entre les acteurs des marchés (petites entreprises comparées aux grandes) en raison des coûts trop importants engendrés par la rigidité et la lourdeur de ses conditions d'application. On a aussi démontré qu'il était intrinsèquement contre-productif pour les consommateurs dont les chances de bénéficier d'un recours au contrôle a priori de la mise sur le marché des produits étaient en pratique finalement réduites à raison de l'alliance réalisée entre le caractère facultatif du système (qui n'est pas une condition de mise sur le marché) et son haut degré de rigidité (agrément ministériel du contrôleur et exigences quant au référentiel utilisé).

Les critiques ont insisté sur les exigences liées à la situation concurrentielle des entreprises et des organismes certificateurs au plan de la communauté européenne et le marché mondial. Les interventions des Parlementaires dans les travaux préparatoires relèvent notamment que :
- Le contrôle étatique de la certification donne au système français une réputation de système protectionniste timide et nuit à l'image des organisme certificateurs français dans le monde.
- Les PME souffrent d'un véritable handicap sur le marché en raison de leur moindre capacité à absorber et répartir les coûts engendrés pour la certification de produits qu'elles fabriquent en nombre moins important que les grandes entreprises.

Les références au libre-échange tel qu'organisé par la nouvelle approche, ne figurent pas explicitement dans cette discussion qui porte sur la certification. Mais on sent bien qu'elle est à l'origine de l'ensemble des critiques dont fait l'objet la spécificité de la loi Scrivener.

En annexe des débats, figure la partie du rapport Brune sur « les pratiques étrangères » en Allemagne, Grande-Bretagne, Espagne (assemblée nationale page 43 et suivantes). Il est observé que ces pays connaissent des systèmes plus ou moins centralisés, mais toujours libéraux, ce qui crée le contraste avec la France. Le rapport au Sénat montre en outre, par la référence qu'il opère au principe de reconnaissance mutuelle - selon lequel ce qui est admis dans un pays membre doit être considéré comme acquis dans un autre - que les pratiques françaises ne sauraient rester isolées.

Les critiques de la loi Scrivener ont finalement été reprises à leur compte par tous ceux qui sont intervenus devants les deux assemblées et les débats ont témoigné d'un accord très général sur la nécessité d'une nouvelle réforme.

Section II - Le système institué par la réforme résultant de la loi du 3 janvier 1994 et de son décret d'application

11 L'objectif de la loi est de libéraliser la certification privée tout en encadrant suffisamment son exercice pour qu'elle reste loyale et constitue, pour ses destinataires qui sont le plus souvent des consommateurs, un critère fiable de choix.

On retrouve donc dans les textes des prescriptions relatives à la fois aux structures des organismes autorisés à exercer une activité de certification et aux modalités de leur exercice. Les grandes lignes du système sont, comme il se doit, définies par la loi elle-même. Mais le décret d'application du 30 mars 1995, aujourd'hui codifié dans les articles R.115-1 et suivants, est un texte très important dont la teneur module en pratique les intentions de la loi.

Ce décret est divisé en cinq sections successivement consacrées aux organismes certificateurs, à l'accréditation, aux référentiels, à l'information des consommateurs et utilisateurs et aux dispositions pénales.

En fait, l'essentiel de ses dispositions est à l'adresse des organismes certificateurs. Un texte est consacré aux obligations des professionnels utilisant la certification dans leurs relations commerciales.

§ 1 – Les obligations pesant sur l'organisme certificateur

12 L'exercice de l'activité de certification est soumise à deux conditions principales portant d'une part sur la déclaration de l'organisme et d'autre part sur la présentation et la publication d'un référentiel.

A - La déclaration de l'organisme certificateur

13 La déclaration d'un organisme certificateur débouche, aux termes de l'article R.115-5 sur sa publication dans une liste sous la forme d'un avis au journal officiel. Deux voies peuvent y conduire.

- 1 - Description des modalités de la déclaration

14 On trouve ici un premier facteur d'assouplissement du régime légal de la certification par rapport à la loi Scrivener dans la mesure où la loi de 1994 substitue une simple obligation de déclaration auprès de l'autorité administrative à l'obligation d'agrément ministériel qui se trouvait dans le régime antérieur. Mais les textes n'abandonnent pas pour autant toute exigence quant à la qualité de l'organisme.

La loi soumet en ce sens la déclaration à des conditions de fond, puisque l'article L.115-27 du code de la consommation exige que l'organisme certificateur soit « *distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur ou du prestataire* ».

Dès lors, il s'imposait que les textes donnent quelque consistance à cette exigence et créent les moyens de vérifier qu'elle est satisfaite. Ce pourquoi l'article L.115-28 ouvre une option à l'organisme certificateur : soit il justifie de ses qualités devant l'administration compétente directement, soit il obtient une accréditation par un organisme tiers. Les deux modalités seront présentées.

▸ *La déclaration sans accréditation*

15 Le décret d'application du 30 mars 1995 transpose les conditions énoncées par la loi en exigence d'« *impartialité et de compétence* » « *appréciées au regard des normes en vigueur relatives aux organismes de certification* ». Ces qualités doivent, chaque fois qu'un organisme certificateur ne bénéficie pas d'une accréditation par le COFRAC, ressortir d'un dossier qui accompagne la déclaration et constitue la condition de sa recevabilité.

Sur un plan formel, ce dossier doit être adressé au ministère chargé de l'industrie. L'article R115-2 donne la liste des éléments du dossier et mentionne sept pièces :

« *1° Une description des activités de l'organisme, de sa structure, de ses moyens techniques, de son mode de financement ainsi que de ses liens éventuels avec des fabricants, importateurs ou vendeurs de produits ou de services objets de la certification qu'il se propose d'opérer ;*
2° Ses statuts, son règlement intérieur, les noms et qualités des dirigeants responsables de la certification et des membres du conseil d'administration ou de l'organe qui en tient lieu ;
3° La liste des produits ou services que l'organisme se propose de certifier, une description des moyens et procédures qui seront mis en œuvre pour élaborer et valider les référentiels utilisés par l'organisme pour la certification et des modalités de présentation de la certification ;
4° Les règles générales relatives à la délivrance et au contrôle de l'utilisation de la certification ;
5° Les mesures prévues à l'encontre des professionnels qui feraient de leur certification un usage contraire aux dispositions des articles L.115-27 et L.115-28 ;
6° Les moyens que l'organisme certificateur se propose de mettre en œuvre pour assurer le contrôle des produits ou services qu'il certifie, la répartition des responsabilités au sein de l'organisme ainsi que la qualification du personnel chargé de la certification ;
7° Les procédures de gestion des documents relatifs à la certification et des réclamations. »

Comme on le voit, ces différentes pièces se rapportent toutes à des éléments donnant des informations relatives à l'organisation de l'organisme, ses dirigeants, ses domaines d'activités, ses procédures à l'égard de ses clients. On retrouve là des précautions comparables à celles qui existent dans la procédure en vue de leur notification à la Commission d'habilitation des organismes tiers intervenant dans le processus du marquage CE. Le rapprochement est encore plus évident quand on envisage la possibilité l'accréditation.

‣ *La déclaration avec accréditation du COFRAC*

16 La loi dispense d'avoir à établir l'intégralité du dossier auprès de l'administration « *les organismes qui bénéficient d'une accréditation par une instance reconnue à cet effet par les pouvoirs publics* » (art.L.115-28 al.2). En cas d'accréditation, en effet, seules les pièces 1°, 2° et 3° devront être présentées (art. R. 115-6 al.1).

En France, le choix a été fait, conformément aux vœux des institutions communautaires, d'accorder un monopole de l'activité d'accréditation à un organisme unique dans chacun des pays membres. Il s'agit du COFRAC auquel sont à la fois confiées les missions d'accréditation facultativement proposées aux organismes procédant aux certifications commerciales ici étudiées, mais aussi celles, imposées cette fois, en vue de la notification d'un organisme de contrôle dans le cadre du marquage « CE de type ».

Le COFRAC, dans les deux domaines, la fonction de réaliser des contrôles allégeant le travail des administrations chargées d'encadrer les activités des organismes tiers participant à une activité de certification. Les travaux préparatoires de la loi de 1994 montrent que la création du COFRAC a été annoncée par le Ministre en cours de navettes dans le souci de calmer les inquiétudes des parlementaires devant l'hypothèse d'un contrôle des organismes certificateurs par l'administration française elle-même considérée tantôt comme excessivement exigeante, tantôt comme incapable d'exercer un contrôle sérieux par manque de moyens.

C'est donc la promesse faite de mettre en place un système privé de contrôle des organismes certificateurs, placé néanmoins sous tutelle étatique, qui a évacué les réticences de certains parlementaires à l'égard du projet de loi. Ceci a d'ailleurs abouti à un curieux enchaînement de la création des règlements dans la mesure où l'on constate que ce sont deux textes de même date - 30 mars 1995 – qui fixent les conditions générales de la création d'un organisme accréditeur (décret d'application de la loi de 1994 devenu art. R.115-7) et portent reconnaissance du COFRAC comme organisme accréditeur satisfaisant, par hypothèse, à ces conditions (arrêté conjoint du ministre chargé de la consommation et du ministre chargé de l'industrie, J.O. 5 avril 1995).

Ainsi créé, le COFRAC a pour mission d'établir l'impartialité et la compétence des organismes certificateurs. Il reste à vérifier dans quelle mesure cette modalité de la déclaration offre aux destinataires de la certification – entendus aussi bien comme les professionnels demandant à être certifiés que comme les consommateurs de produits et services certifiés – plus ou moins de contraintes et de garanties que la modalité de la déclaration par dépôt d'un dossier auprès de l'administration. Ceci suppose d'approfondir les réflexions sur les pouvoirs comparés de l'administration et du COFRAC dans le processus de la déclaration.

- 2 - Les pouvoirs de l'administration et du COFRAC

‣ *Les pouvoirs de l'administration*

17 Si l'on compare la loi et le décret d'application, les textes relatifs à la certification créent une certaine ambiguïté quant à la position finalement retenue en ce qui concerne les pouvoirs et obligations de l'autorité administrative à l'occasion de la déclaration d'un certificateur.

L'article L.115-32 avait renvoyé au décret d'application le soin de définir notamment « *1° les modalités de déclaration d'activité des organismes certificateur et le contenu de leur déclaration* ». Selon ces termes, il apparaît finalement que le législateur ouvrait une grande marge à l'initiative du pouvoir réglementaire. Mais, la teneur du décret d'application montre une certaine réticence à donner à l'administration un véritable pouvoir – dont l'interface serait un devoir - de contrôle a priori.

Sans doute trouve-t-on dans les dispositions du décret le signe d'une certaine hésitation, dominée par l' attraction vers un contrôle au fond quand le décret affirme dans son article 1er que la déclaration « *est accompagnée d'un dossier de nature à établir l'impartialité et la compétence de l'organisme certificateur, appréciée au regard des normes en vigueur relatives aux organismes de certification* ». La suite du texte ne crée cependant pas les conditions de la réalisation d'une telle mission et l'on peut estimer que le ministère de l'industrie est placé dans une position de simple dépositaire d'une déclaration faite par un organisme certificateur, sans pouvoir de contrôle a priori autre que celui de veiller à ce que toutes les pièces requises figurent effectivement dans le dossier.

Ainsi rien dans les termes du titre premier intitulé « Des organismes certificateurs » ne donne expressément à l'administration le pouvoir de rejeter une déclaration faite par un organisme parce qu'elle estimerait que les pièces produites ne démontrent pas suffisamment la réalité de son indépendance. On y trouve l'énumération des pièces nécessaires pour constituer le dossier et qui rendent compte de l'organisation de l'organisme et de son activité de certification faisant l'objet de la déclaration. Mais, les documents fournis n'ont certainement pas matière à être appréciés si l'on considère, qu'après les avoir énumérés, le décret précise que *« si la déclaration comporte les pièces énumérées à l'article 2, le ministre de l'industrie en donne récépissé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, dans les quinze jours de la réception du dossier* » (art. R.115-3). On voit donc mal quel contrôle sérieux pourrait être fait dans un délai de quinze jours. Et, de toutes façons, la référence au récépissé implique uniquement la constatation de l'existence des pièces et non celle de leur appréciation qui relèverait d'une autre terminologie. Tout au plus le ministère peut-il invoquer, au titre de l'article 3 alinéa 2, le caractère matériellement incomplet du dossier et inviter à fournir des pièces complémentaires (sur son rôle en matière de validation du référentiel, v. infra).

L'interprétation en faveur du caractère très limité des pouvoirs de l'administration est ensuite confortée par le fait que les dispositions consacrées au référentiel figurant dans un titre distinct, le titre III, indiquent certes les conditions dans lesquelles ce référentiel doit être élaboré, et notamment l'exigence de pluripartisme, mais ne prévoient aucune sanction de l'insuffisance de ces conditions au stade de la déclaration à l'administration.

Le désengagement de l'Etat dans la phase de déclaration de l'activité de certification ne fait que se confirmer encore à la lecture de la dernière phrase de l'article 5 du décret qui précise que la publication au journal officiel « *qui n'a aucune valeur de reconnaissance officielle, n'engage pas la responsabilité de l'Etat* » (pour une critique de ces dispositions, v. infra, 3ème partie).

Il reste maintenant à envisager l'hypothèse dans laquelle, comme l'y incite l'article L.115-28 al.2, l'organisme certificateur a, préalablement à sa déclaration d'activité de certification, obtenu une accréditation par le COFRAC.

- *Le contrôle des organismes de certification à l'occasion de l'accréditation par le COFRAC*

18 Il paraît être dans la logique de l'article L.115-28 al.2 que la dispense d'avoir à produire devant l'autorité administrative le dossier comportant des éléments de nature à prouver l'impartialité et la compétence de l'organisme déclarant son activité procède de l'existence de garanties offertes sur ces qualités par le fait de l'accréditation COFRAC.

Sans entrer dans l'étude détaillée de son organisation, on remarquera que le COFRAC est une association de droit privé. Ses règles de fonctionnement interne lui imposent d'inclure dans son conseil d'administration, outre une représentation des fédérations professionnelles intéressées par la certification, celle des consommateurs, des groupements de laboratoires et organismes certificateurs et des pouvoirs publics.

Sur le plan des obligations de contrôle dans le domaine de la certification privée, il faut sans doute considérer que le COFRAC joue ici un rôle de contrôleur de la compétence et de l'impartialité. Pour cela, il est libre de choisir les moyens qui lui paraissent les plus adéquats. Mais il existe cependant dans les textes deux ordres de directives.

En premier lieu, il faut sans doute considérer que le COFRAC doit viser les pièces qui auraient figuré dans un dossier remis à l'administration car on y retrouve des moyens indispensables du contrôle de la compétence et de l'impartialité. Le choix de la déclaration par accréditation n'est donc pas de nature à alléger considérablement les obligations de production de pièces pour l'organisme certificateur. On peut même penser qu'il subira des contraintes plus grandes que celles résultant de l'autre modalité dans la mesure où son fonctionnement et son organisation pourront être largement contrôlés. L'article R.115-1 renvoie en effet aux normes en vigueur pour cette appréciation. Parmi elles, se trouvent celles de la série EN 45 000. Or, de telles normes sont exigeantes car elles invitent à un contrôle de toute l'entreprise, de son organisation et des ses méthodes de contrôle.

A supposer que le contrôle des critères de compétence et d'impartialité puisse, théoriquement, résulter de la mise en œuvre des prescriptions EN 45000, il reste à se préoccuper de la capacité pratique, pour le COFRAC, de procéder lui-même aux contrôles de l'organisation en raison de la taille limitée de ses infrastructures. On tombe, en effet, ici dans le domaine délicat du contrôle de l'organisation d'une entreprise, contrôle qui va au delà de l'audit de ses processus puisqu'il implique notamment de déceler tous les indicateurs de susceptibles d'exister entre l'organisme candidat et des acteurs du marché en position de lui demander de certifier leurs produits ou leurs services.

Si le COFRAC n'est pas capable de procéder lui-même aux contrôles nécessaires, il n'a d'autre choix, ici comme dans le cas des accréditations en vue de la notification pour pouvoir marquer CE, que de recourir à la sous-traitance avec le risque, propre à cette hypothèse, que le sous-traitant ait des liens difficilement décelables avec l'organisme qu'il contrôle (cf. Anne Penneau et Fabienne Péraldi-Leneuf, Analyse juridique des conséquences des habilitations données par l'Etat aux organismes de contrôle, Rapport pour le ministère de l'équipement, des transports et du logement, 1998).

Pour conclure sur les pouvoirs respectifs de l'administration et du COFRAC relativement à la déclaration d'un organisme certificateur, il est assez clair que le législateur a entendu

esquiver la question du rôle propre des pouvoirs publics à l'égard d'un éventuel contrôle a priori lors de la déclaration. Les textes offrent une curieuse combinaison entre la description d'un processus de déclaration apparemment dépouillé de toutes prérogatives données à l'administration et l'incitation à l'interposition d'un recours préalable au COFRAC, qu'on ne voit pas comment justifier autrement que par l'intérêt d'un contrôle. Mais, de ce point de vue, il serait curieux pourtant que le droit français puisse se satisfaire d'un système à deux vitesses. La remarque se justifie d'autant plus que l'on prend en considération le paradoxe qui pourrait résulter du fait que la procédure de déclaration sans accréditation est gratuite alors que l'examen d'un organisme certificateur par le COFRAC en vue d'une accréditation est payant.

B - L'élaboration et la publication des référentiels joints à la déclaration

19 Le fait que la loi de 1994, puis son décret d'application, consacrent des dispositions spécifiques au référentiel de certification montre toute l'importance que l'on doit accorder à cet élément. Ce référentiel constitue, en effet, le révélateur privilégié de la compétence et de l'impartialité. Plus il est élaboré techniquement, plus le contrôle en vue de la certification est voué à être sérieux. Plus il est détaillé, mieux on peut vérifier l'objectivité des critères sur lesquels repose la certification. Tout ceci, bien entendu, à condition qu'il soit loyalement utilisé dans les pratiques de certification, ce qui n'entrera pas dans nos préoccupations du moment, mais ressortit de la question de la responsabilité des organismes certificateurs examinée infra. Ici donc, on envisagera le référentiel en sa qualité d'élément du dossier de déclaration de l'activité de certification visé par l'article R.115-2 et soumis aux sujétions des articles R.115-8.

Sur un plan formel, on notera que la déclaration du référentiel doit figurer dans le dossier remis à l'administration, même en cas d'accréditation COFRAC (art. R.115-6 al.2).

La définition du référentiel est donnée par l'article L.115-27 alinéa 2 : *« un document technique définissant les caractéristiques que doit présenter un produit ou un service et les modalités de contrôle de la conformité du produit ou du service à ces caractéristiques* ». Ce texte fixe deux rubriques : les données de référence, les modalités du contrôle de la conformité à ces données. La partie réglementaire des textes ne respecte pas exactement ce plan, mais répartit les dispositions entre ce qui a trait à l'élaboration du référentiel et ce qui a trait à son contenu.

- 1 - Conditions d'élaboration du référentiel

20 L'article R.115-8 impose qu'il soit « *élaboré et validé en concertation avec des représentants des diverses parties intéressées, et notamment les associations ou organismes représentatifs des professionnels, les associations ou organismes représentatifs des consommateurs et des utilisateurs, ainsi que des administrations concernées* ».

Le texte s'inscrit donc dans une perspective de concertation entre les différentes parties intéressées à la certification

Ceci étant, l'article R.115-8 alinéa 2 ouvre tout de même la possibilité que le référentiel ne soit pas à proprement parler conçu par les différentes parties intéressées, mais le soit « unilatéralement ».

La question se pose alors de savoir qui peut élaborer unilatéralement ? Etant donné le laconisme du texte, on pensera qu'une telle élaboration unilatérale ne peut être que le fait de l'organisme certificateur lui-même ou encore, apparemment, d'une entreprise potentiellement certifiée. Ce dernier cas est cependant problématique en raison du risque de certification « maison » déguisée en certification par tierce partie qu'il crée. Mais il existe, en théorie, deux garde-fous figurant dans la loi contre la réalisation d'un tel risque : l'impartialité de l'organisme certificateur lui-même d'une part, qui suppose qu'il ait choisi de se reporter à ce référentiel de certification pour des raisons tenant à ses qualités objectives, c'est-à-dire scientifiques et techniques ; d'autre part la nécessité, en toute hypothèse, d'une validation du référentiel par les diverses parties intéressées. A quoi on peut être tenté d'ajouter un argument d'opportunité tenant au fait que, si un professionnel accepte de traduire son savoir-faire dans un référentiel, c'est que ce savoir-faire correspond à des connaissances communes et ne nécessitant plus aucun secret, ce qui signifie qu'il ne se place pas, par ce fait, dans une situation privilégiée par rapport à d'autres professionnels qui ont tout autant que lui accès à ces connaissances.

Mais, bien sûr, on vient de raisonner par référence à une situation idéale. Or, en pratique, la participation des consommateurs intéressés notamment est très incertaine. Les débats devant le Sénat s'en sont largement fait l'écho et le vœu exprimé que l'Etat mette en place un système de subventionnement efficace pour donner à ces associations le moyen d'intervenir pertinemment en matière de certification privée n'a débouché sur aucune mesure dans le décret d'application.

Un réflexe naturel conduit alors à envisager que les représentants des administrations concernées, qui siègent dans les mêmes instances, compensent cette carence. Mais, deux réserves quant à l'efficacité de l'action administrative s'imposent. D'une part, il semble qu'en pratique, les administrations manquent de moyens pour assurer un examen sérieux des référentiels. D'autre part, elles sont simplement consultées, sans pouvoir exercer de veto, et les textes n'aménagent aucune formalisation de la réalisation des étapes des procédures. Il n'est même pas certain qu'il existe une liaison organisée entre le ministère de l'industrie qui reçoit les dépôts et les autres administrations. Si donc, un organisme de certification passe outre un avis défavorable de l'administration, cette situation ne sera pas officialisée et l'administration en cause n'aura de ressource que dans le contrôle a posteriori.

L'article R.115-2-3° prévoit, quant à lui, que la déclaration auprès de l'administration comporte « *la description des moyens et procédures qui seront mis en œuvre pour élaborer et valider le référentiel et l'article R. 115-8-3° qualifie ces mentions d'engagements* », ce qui ouvre la possibilité de sanctions dans le cadre de contrôles a posteriori des activités des organismes certificateurs.

- 2 - Contenu du référentiel

21 Le contenu du référentiel est décrit par l'article R.115-9 d'une façon assez désordonnée que l'on peut chercher à clarifier en envisageant deux aspects du contenu exigé par les textes.

Les dispositions de ce texte renvoient pour partie à une acception ordinaire de la notion de référentiel en précisant :

- Les caractéristiques certifiées « *qui, dans la mesure du possible, devront se référer aux normes homologuées existantes* » (1°).

  Le fait même de l'esprit de concertation qui préside à l'élaboration du référentiel, invite à faire un lien avec la normalisation au sens du décret du 26 janvier 1984. Le texte étudié oblige à s'interroger sur la place exacte des normes AFNor. dans les référentiels de certification privée dans la mesure où les normes homologuées qui y sont visées sont, par hypothèse, des normes AFNor.. Deux précisions s'imposent. En premier lieu, la référence aux normes AFNor. ne constitue pas une obligation juridique. Dès lors, il est inconcevable qu'une déclaration soit considérée comme irrégulière pour le motif qu'elle ne viserait pas les normes homologuées. Le texte lui-même laisse une marge de manœuvre en préconisant une référence « dans la mesure du possible ».

  En second lieu, on peut s'interroger sur la valeur d'un référentiel qui viserait exclusivement les seules normes AFNor. Il semble, à la réflexion, que les réponses pourraient varier selon le type d'organisme envisagé en raison des règles particulières du décret du 26 janvier 1986 portant statut de la normalisation française. Ce texte invite certainement à distinguer entre la certification NF délivrée par l'AFNor. et la certification délivrée par des organismes strictement privés. Pour ces derniers, il faut tenir compte de ce que le décret portant statut de la normalisation française donne le monopole de la certification de la conformité aux normes homologuées stricto sensu à l'AFNor par le bais de la marque NF : « *La conformité aux normes est attestée, à la demande du producteur par l'apposition d'une marque nationale accordée par l'Association française de la normalisation* » (art. 15). Dès lors, la certification de simple conformité aux normes AFNor. par un organisme différent et privé constitue de toute évidence une violation du monopole légal. Il pourrait être utile de réfléchir à l'opportunité de ce monopole eu égard, d'une part, au caractère d'association de droit privé de l'AFNor et de la création récente d'un démembrement de cette association sous la forme d'une association commerciale, et, d'autre part, aux pratiques de sous-traitance des tâches de contrôle en vue de la certification par l'AFNor., sujet qui déborde les limites de la présente étude. Mais, en ce qui concerne l'attestation de conformité aux normes nationales, elle relève, en l'état des textes, de la compétence exclusive de l'AFNor. et aucun organisme privé ne pourrait prétendre certifier cet objet précis et exclusif par le biais d'une certification commerciale, même s'il ne donnait pas à celle-ci la dénomination NF. Il faut donc logiquement penser qu'un référentiel privé doit comporter une valeur ajoutée par rapport aux normes de l'AFNor En opportunité, cette solution se justifie au regard de l'intérêt des consommateurs qui doivent pouvoir distinguer clairement ce qui ressort de la certification commerciale et ce qui relève de contrôles faits sous la tutelle de l'Etat.

  En ce qui concerne la certification NF par l'AFNor, elle est réservée « *aux produits et services pour lesquels les dispositions édictées par l'association française de normalisation ont été respectées* » (art. 15 D. préc. al. 2). L'article 16 du décret de 1984 modifié par décret du 15 novembre 1993 les soumet expressément aux dispositions des articles L.115 21 et suivants du code de la consommation. Il s'en suit que toutes les formalités de déclaration et de référentiel sont opposables à l'AFNor.-certificateur. Mais, en raison de la mission réglementairement définie de cet organisme, on doit estimer que le référentiel en vue du marquage NF est exclusivement celui des normes homologuées. D'où, selon une interprétation stricte, l'impossibilité pour l'AFNor. d'ajouter des critères d'attribution de la marque qui n'auraient pas été établis selon la procédure et en la forme

de normes homologuées. Il reste à s'interroger sur la possibilité de certifier NF concurremment à l'apposition d'un marquage CE pour les produits qui font l'objet de normes harmonisées fixant des exigences essentielles, transposées en France dans des normes homologuées. Les textes français ne l'empêchent certes pas. Mais on pourrait invoquer l'esprit du droit communautaire pour défendre l'hypothèse d'une interdiction dans la mesure où la spécification nationale qui, en l'occurrence, doublerait le marquage sans aucune valeur ajoutée contredit l'objectif de fusion des provenances nationales sur un marché unique. Or, on ne voit pas comment il pourrait en être autrement puisque, précisément, en cas de directives fixant des exigences essentielles, les normes nationales ne peuvent plus se démarquer des normes européennes.

Dans un ordre d'idée proche, on peut s'interroger, sur un plan strictement interne cette fois, sur les rapports des référentiels privés avec la réglementation émanant des pouvoirs publics. Assez curieusement, les textes n'en font pas des éléments obligatoires du référentiel de certification. Il n'y a donc, en l'état, pas d'obligation de les y inclure. Il n'y a pas non plus d'interdiction qu'un référentiel soit uniquement constitué par des prescriptions techniques d'origine réglementaire, sauf à considérer que la concertation présidant nécessairement à l'établissement d'un référentiel suppose une oeuvre créatrice qui ne saurait se résumer à un listage des règlements en vigueur (cf. infra, 3ème partie).

- « *Les méthodes d'essais, de mesures, d'analyses, de test ou d'évaluation utilisées pour la détermination des caractéristiques certifiées* » (1°).

- Le domaine pour lequel le référentiel vaut : « *Chaque référentiel définit son propre champ d 'application* » (1er al. à mettre en parallèle avec l'article R.115-2-3° qui fait entrer dans tous les dossiers destinés à l'administration « *la liste des produits ou services que l'organisme se propose de certifier* »).

- L'existence d'éventuels niveaux de certification, à en croire le 1°, dont la compréhension est néanmoins incertaine, puisqu'il indique qu'il faut indiquer « *les valeurs limites des caractéristiques éventuellement exigées pour la certification et les modalités retenues pour classer ces produits ou ces services en fonction de leurs caractéristiques* ».

- Lorsqu'il existe des *« engagements pris par les fabricants ou prestataires concernant les conditions d'installation des produits ou d'exécution des services certifiés, les conditions du service après-vente et de la réparation des préjudices causés aux utilisateurs ou consommateurs par la non conformité du produit ou du service aux caractéristiques certifiées »,* le 5° les fait entrer dans le référentiel.
  On le comprend fort bien pour les trois premiers éléments cités. Le dernier suppose de considérer que la réparation des préjudices liés à une non-conformité aux caractéristiques certifiées puisse être un critère de certification, ce qui sera apprécié infra. (3ème partie).

A ces éléments du référentiel, qui le font apparaître comme un document prescripteur d'obligations à l'égard de tout candidat à la certification, s'ajoutent celles qui déterminent les modalités des contrôles en vue de la certification, incluant les engagements de l'organisme certificateur lui-même : « *4° Les modalités des contrôles auxquels procède l'organisme certificateur et ceux auxquels s'engagent à procéder les fabricants, importateurs, vendeurs des produits ou prestataires des services faisant l'objet de la certification* ».

Il s'agit donc de déterminer le contexte de l'utilisation du référentiel, c'est-à-dire, selon toute probabilité, en premier lieu, la fréquence des contrôles. Ce texte suggère aussi qu'il pourrait y avoir une possible répartition de la réalisation des contrôles définis dans le référentiel (3°) entre l'organisme certificateur et les différentes personnes responsables de la mise sur le marché. Le « et » coordonnant les deux aspects semble indiquer que, dans tous les cas de figure, l'organisme certificateur doit réaliser lui-même certains éléments des contrôles. Cette ouverture est surprenante et critiquable eu égard à la nature de principe des contrôles par tierce partie. Logiquement, l'organisme certificateur, tierce partie, devrait être tenu de procéder à tous les contrôles mentionnés dans le référentiel. A cet égard, le recours à la sous-traitance devrait même logiquement être exclu, sauf à être expressément prévu dans le référentiel comme l'une des modalités de contrôle. Et, même en ce cas, c'est à l'organisme déclaré de veiller personnellement à la compétence et à l'impartialité du sous-traitant auquel il a recours. Il semble que ce soit le minimum que l'on puisse exiger s'agissant d'une certification par tierce partie.

- 3 - Formalités accompagnant l'insertion du référentiel dans le dossier de déclaration

22 Si l'on veut que la certification soit d'une part ouverte à l'ensemble des professionnels produisant des produits similaires ou fournissant les mêmes services et d'autre part source d'engagements et de responsabilité au bénéfice du consommateur, le référentiel doit être accessible à tous. C'est ce que l'article R.115-11 cherche à réaliser lorsqu'il dispose que « *Les référentiels validés font l'objet d'une publicité , sous la forme d'un avis au Journal officiel de la République française. Cette publication comporte le nom et l'adresse de l'organisme certificateur, l'identification précise du produit ou du service concerné ainsi que les éléments essentiels du référentiel, et notamment les caractéristiques certifiées faisant l'objet d'un contrôle* ».

Après lecture approfondie, il s'impose de constater que ce texte autorise finalement l'organisme certificateur à ne pas publier tout son référentiel. Il autorise en outre à constituer des référentiels dont certaines caractéristiques font l'objet d'un contrôle et d'autres pas (sur ces aspects, cf. infra, partie propositions).

Au delà de ce qui a trait aux modalités de l'utilisation du référentiel pour les besoins du contrôle, les textes créent des obligations à la charge des professionnels.

§ 2 – Les obligations des professionnels bénéficiant d'une certification de produit ou de service

23 L'avant dernière section comporte un article R.115-10 dont l'originalité par rapport aux autres textes est de prescrire des obligations à l'adresse des professionnels se prévalant de la certification dans leurs relations avec leurs clients. Il impose une information loyale qui l'oblige à faire figurer trois mentions sur les « *publicités, étiquetages, présentation des produits et documents commerciaux de toute nature qui s'y rapportent* » :
« *1° Le nom ou la raison sociale de l'organisme certificateur ou sa marque collective de certification ainsi que son adresse ;*
2° L'identification du référentiel servant de base à la certification ;
3° Les caractéristiques certifiées essentielles présentées dans les conditions prévues au 2° de l'article R.115-9 » (c'est-à-dire selon les indications figurant dans le référentiel de base).

Le manquement à l'une de ces obligations est pénalement sanctionné. Il constitue, aux termes de l'article L. 112-12, une infraction de la cinquième classe. Le montant de la sanction n'est donc pas très important pour une infraction (10 000 F. au plus), mais il faut savoir que chaque manquement constaté peut être sanctionné. Si donc l'étal d'un magasin contient cinquante exemplaires d'un produit mal étiqueté, cinquante procès-verbaux pourraient être dressés et le juge pourrait condamner à payer cinquante fois l'amende.

Le texte précise que sont exposés à la sanction « *tout responsable de la mise sur le marché d'un produit ou tout prestataire de service qui fait référence à la certification de ce produit ou de ce service* ». On peut en déduire que, pour les produits, aussi bien les fabricants que les vendeurs sont concernés. Pour les services, en revanche, les simples sous-traitants semblent à l'abri s'ils n'ont pas eu de contact direct avec le maître de l'ouvrage.

Il existe également, dans la partie législation du code de la consommation, des textes sanctionnant de mauvais usages de la certification qui seront traités infra, dans la partie de l'étude consacrée aux aspects concurrentiels et à la responsabilité.

24 Pour conclure sur les dispositions de la loi du 3 janvier 1994 et de son décret d'application, on mettra en évidence la difficulté qui existe à trouver un moyen terme entre le système de la certification de conformité à la réglementation de la loi Scrivener et un abandon de la certification aux initiatives privées. Les obligations des différentes parties impliquées dans le nouveau système qui tente de le réaliser restent souvent implicitement formulées et donc incertaines, en même temps que les textes comportent de nombreuses dispositions techniques parfois d'ailleurs difficiles à cerner pour l'interprète. Les conséquences de cet ensemble donneront matière à des interprétations complémentaires à celles présentées dans cette partie dans les parties suivantes.

Mais, pour avoir une vision complète du droit applicable en la matière, il faut envisager le droit de la propriété industrielle.

CHAPITRE II

LA LOI N° 91-7 DU 4 JANVIER 1991 RELATIVE AUX MARQUES DE FABRIQUE DE COMMERCE OU DE SERVICE

(ARTICLES L. 715-1 ET SUIVANTS DU CODE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE)

25 La matière de la certification privée est immanquablement sous l'emprise des textes propres à la marque collective de ce type figurant dans la législation actuelle. Mais ces textes spéciaux laissent place à de nombreuses applications du régime général du droit des marques, ce qui oblige à une présentation générale de la loi de 1991 pour comprendre l'ensemble.

Section I – Présentation générale de la loi du 4 janvier 1991

26 Pour les acteurs de la vie économique utilisant la marque comme technique commerciale, son ancrage dans le droit est indispensable (M. Glais, Analyse économique de la distribution sélective, in Enjeux économiques culturels et juridiques de la distribution sélective, Colloque 22 mai 1991, gazette du Palais, pp.15). Elle permet de cristalliser les intentions de propriété sur cette marque et ainsi de permettre à celui qui l'a créée de maîtriser les conditions de son utilisation, grâce aux prérogatives que lui confère la qualité de propriétaire : « *l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et les services qu'il a désignés* » (art.713-1 CPI). La marque peut ainsi être considérée comme un objet de promotion de l'activité de son titulaire sur lequel il exerce un droit exclusif et absolu, tout en même temps qu'un bien de son patrimoine.

Le droit des marques a des origines anciennes. Une loi du 22 germinal An XI a d'abord protégé les manufactures contre les contrefaçons. Le nom commercial devint objet de protection par la loi du 28 juillet 1824 dont on retrouve la trace dans l'article L.271 du code de la consommation. Mais c'est la loi du 23 juin 1857 qui établit le droit des marques sous sa forme moderne, introduisant les prémisses des formalités du dépôt.

On attendra près d'un siècle avant de réformer cette loi par les lois du 31 décembre 1964 et 23 juin 1965. Mais une seconde réforme intervînt ensuite assez rapidement par le fait de la loi du 4 janvier 1991 afin de transposer dans notre droit la directive européenne du 21 décembre 1988 et d'anticiper sur les prescriptions d'un règlement communautaire relatif aux marques collectives (intervention M. Darras, Compte rendu de la séance au Sénat du 5 octobre 1990, JO p.2533). Cette loi « *a pour but de conserver aux marques françaises leur utilité et de les rendre plus attractives, en France comme à l'étranger. Les marques confèrent, en effet, un droit de propriété, un monopole d'exploitation et constituent, à ce titre, un élément essentiel de l'économie* » (ibid).

La loi du 4 janvier 1991 est incluse dans les articles L.711-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle et elle a été suivie d'un décret d'application codifié dans les articles R.712-1 et suivants. Ces textes déterminent le droit commun des marques applicable aussi bien aux marques individuelles qu'aux marques collectives. Ils s'efforcent d'instituer un régime équilibré, comportant à la fois des dispositions décrivant les prérogatives du titulaire d'une marque déposée et ses obligations.

§ 1 – les prérogatives du titulaire d'une marque déposée

27 Au préalable, il faut insister sur le fait que, conformément aux exigences figurant dans les textes anciens, le bénéfice de la protection instituée par le CPI suppose deux pré-requis. Selon le premier, l'objet de la protection revendiquée doit être une marque au sens des articles L.711-2 et 3. Le deuxième suppose que le titulaire d'une marque se soit conformé à des exigences de fond et de forme. En la forme, il doit procéder à un enregistrement de sa marque auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (art. L.712-1 et s). qui ouvre une possibilité de contestation à celui qui prétend avoir un droit antérieur (art. L. 712-6 al.1). Car, sur le fond, les textes posent l'interdiction de s'approprier une marque « *en fraude des droits d'un tiers* » (art. L. 711-4), ce que la jurisprudence interprète avec exigence dans la mesure où elle protège les tiers qui pourraient démontrer avoir un *usage* antérieur de la marque sans l'avoir formellement déposée (Cass.com. 12 juillet 1976, Ann. Propr. Ind. 1976,, 241, note Mathély).

a) Au titre des prérogatives, on peut en premier lieu indiquer que le code traite la marque comme un bien ordinaire qui peut être cédé ou détruit par son propriétaire, la dernière hypothèse correspondant à la faculté de renoncer expressément à la marque (art. L.714-2). Pour ce qui concerne la cession, elle peut porter sur tout ou partie du droit de propriété et est organisée assez librement par l'article L.714-2, sans appeler de commentaire particulier, sauf à remarquer que le bénéficiaire d'une concession exclusive de la marque jouit, en cas de défaillance du propriétaire, des mêmes droits que ce dernier en vue de la réalisation contentieuse des prérogatives conférées par l'enregistrement régulier.

b) En second lieu, la législation en vigueur offre au titulaire de la marque des moyens de protection contre l'usage abusif de la marque par autrui (art. L.713-1 à 4). Les premiers de ces textes décrivent de façon assez ésotérique les usages prohibés de la marque par autrui. Sans qu'il soit utile d'entrer dans le détail de leur interprétation, on retiendra que sont visés les usages *identiques* à ceux désignés par l'enregistrement, *similaires,* ou encore *non similaires,* s'attaquant ainsi à toutes les configurations possibles des actes de parasitisme.

Les articles L.716-1 et suivants déterminent les modalités contentieuses de la réalisation des prérogatives du propriétaire de la marque. Le code de la propriété intellectuelle crée ainsi une action spéciale qui est l'action civile en contrefaçon. Son utilité tient à la possibilité offerte par les textes d'agir en référé avec des effets concrets importants. Si, en effet, le juge saisi constate que la demande paraît *« sérieuse* » au fond, et qu'elle a été exercée « *dans un bref délai à compter du jour où (son titulaire) a eu connaissance des faits sur lesquels elle est fondée* », il peut « *interdire, à titre provisoire, sous astreinte, la poursuite des actes argués de contrefaçon, ou subordonner cette poursuite à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du (titulaire) de la marque* ».

L'efficacité des droits du titulaire est en second lieu révélée par la possibilité du titulaire d'un droit exclusif d'exploitation « *de faire procéder en tout lieu et par tout huissier*

assisté d'experts de son choix…à la saisie » des objets affectés de contrefaçon. Cette prérogative suppose l'obtention d'une ordonnance sur requête. Il s'agit d'une procédure d'exception dont l'intérêt technique est de ne pas nécessiter la détermination des personnes auxquelles la saisie sera opposable car elle a un effet erga omnes.

Pour prévenir l'abus du droit d'agir ainsi selon des procédures d'urgence avec des effets concrets immédiats, les textes réservent à la juridiction saisie la possibilité d'imposer au demandeur de constituer des provisions qui permettraient de réparer le préjudice subi par ceux contre qui il agit s'il apparaît, quand l'affaire sera jugée sur le fond, que son action n'était pas fondée. Il reste qu'en dehors de ces actions, le titulaire d'une marque enregistrée peut demander, depuis une loi complémentaire du 5 février 1995, à l'administration des douanes de « *retenir dans le cadre de ses contrôles les marchandises qu'il prétend présentées sous une marque constituant une contrefaçon de celle dont il se prévaut* » (art. L.716-8). La pérennité de la mesure de saisie est soumise à l'exercice et au succès de l'action en contrefaçon.

Tout ce dispositif est complété par celui de l'action pénale en contrefaçon qui expose le contrefacteur à des peines d'au moins deux ans de prison et 1 000 000 F. d'amende (art. L.716-9 et 10) pour les personnes physiques et des peines adaptées pour les personnes morales (art. L.716-11-2). Dans tous les cas, des peines de fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire de l'entreprise du contrefacteur sont possibles (art. L.716-11-1 CP et 131-9 c. pen.). L'action pénale débouche en outre sur la possibilité de confiscation des produits et des instruments ayant servi à commettre le délit (art. L.716-14 CPI).

§ 2 – Les obligations pesant sur le propriétaire de la marque

28 Ces obligations se déduisent de l'existence de cas de déchéance du droit à la marque énoncés par l'article L.714-5. Ce texte prévoit, en effet, que « *Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans. Est assimilé à un tel usage :*

a) l'usage fait avec le consentement du propriétaire de la marque ou, pour les marques collectives, dans les conditions du règlement ;
b) l'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif ;
c) *l'apposition de la marque sur des produits ou leur conditionnement exclusivement en vue de l'exportation* ».

Il s'ensuit que celui qui entend user des prérogatives d'une marque qu'il a enregistrée doit montrer l'intérêt que ce droit représente pour lui par des diligences à l'encontre des comportements qui porteraient atteinte à ses droits. S'il ne s'est pas manifesté pendant cinq ans, son intérêt à exercer les prérogatives du propriétaire est présumée éteint, tout comme s'éteint la propriété des biens corporels par l'effet du non usage selon le code civil.

Les règles essentielles du droit des marques exposées ont vocation à constituer le droit commun des marques tant individuelles que collectives. Ces dernières peuvent cependant être soumises en parallèle à un régime spécifique depuis la loi de 1991.

Section II - Situation des marques collectives

29 La spécificité des marques collectives a longtemps été ignorée ou marginalisée par la législation propre à la propriété industrielle, ce qui a conduit à une jurisprudence contestée en doctrine puis, en réaction, à l'affirmation d'un régime distinguant entre marques collectives « ordinaires » et « marques collectives de certification ». dans la loi de 1991. Il est précisé que la présente étude, qui a été commandée dans l'optique du droit français, n'entrera pas dans l'examen des régimes de la marque communautaire et internationale.

§ 1 – La situation des marques collectives avant la loi du 4 janvier 1991

30 La marque collective est, par définition, une marque qui bénéficie à plusieurs personnes. Elle permet d'offrir un signe de reconnaissance au destinataire des prestations et produits qu'elle accompagne. C'est pourquoi elle a toujours été présente dans les pratiques corporatistes, puis dans les stratégies de certification de la qualité.

Mais, pour des raisons déjà explicitées, elle est restée purement et simplement ignorée par la loi depuis la révolution jusqu'en 1964. Il n'empêche que, comme on l'a précédemment montré, dès les années quarante, le législateur est lui-même devenu l'initiateur d'un système de certification reposant sur l'utilisation d'une marque collective, en l'occurrence la marque NF. Il a aussi reconnu l'activité de l'association France Qualité qui utilise un signe distinctif assimilable à une marque collective. Mais, en l'état de cette législation, aucune règle particulière n'était fixée quant aux prérogatives du titulaire de ces marques selon une approche de droit de la propriété industrielle, complémentaire de l'approche en termes de certification qui, elle, définit les conditions dans lesquelles l'apposition de la marque peut être faite. Selon cette approche de droit de la propriété industrielle, se pose en effet la question de savoir si le titulaire d'une marque collective peut opposer à autrui sa propriété de la marque et ainsi empêcher autrui d'en user en dehors de son autorisation. Il s'agit, au fond, de se demander si l'on assimilera le bénéfice du régime propre des marques individuelles visées par la loi aux marques collectives.

Du fait du silence des textes, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la tache de se prononcer sur ce point. Elle l'a fait fort logiquement en droit, eu égard au contexte légal décrit, en distinguant selon que la marque collective en cause était ou non reconnue par la loi.

La marque Qualité France a été à l'origine d'un contentieux et a ainsi donné matière à quelques décisions publiées (TI Havre, 6 nov. 1961, Rev.int.prop.ind. 1962, p.16 ; et TGI Strasbourg du 7 juillet 1961, Rev. Int. Prop. Ind. 1962, cité par Dusolier in art. préc.). Dans ces décisions, les tribunaux ont admis la légitimité des revendications de l'association qui estimait avoir été lésée par une utilisation de sa marque en dehors de son contrôle. Le tribunal de Strasbourg poursuit le raisonnement suivant : « la vente, sous garantie de qualité du label Qualité France, de produits qui ne remplissent pas les conditions exigées par l'Association qui délivre le label est de nature à diminuer le crédit dont le label bénéficie dans le public. Le dommage matériel et moral causé à cette association est important et il en est même dû réparation ».

On trouve dans cette argumentation un raisonnement fondé sur une conception originale pour l'époque de la responsabilité dans la mesure où elle est envisagée sans véritable

considération de la faute qui constituait à l'époque encore le fondement classique de la responsabilité. Une explication de la solution d'espèce peut être trouvée dans la volonté des juges d'obtenir, au bénéfice de Qualité France, des résultats équivalents à ceux que produirait une argumentation fondée sur l'exclusivité conférée par un droit de propriété industrielle officiellement reconnu, qui faisait à l'époque défaut.

D'ailleurs, les juges ont utilisé ici le même raisonnement qu'en matière de contrefaçon au plan pénal, sachant que la spécificité de ce délit est d'être suffisamment constitué par la réalisation matérielle des éléments de fait constituant l'infraction, sans qu'il soit exigé, par exception aux principes du droit pénal, qu'il existe un quelconque élément intentionnel.

Une telle solution a manifestement été retenue en grande partie en vertu du fait que la marque collective, dont l'association titulaire cherchait à maîtriser les conditions d'apposition, se présentait comme une marque nationale, reconnue par décret, et avait ainsi un caractère officiel renvoyant à la notion d'intérêt général. A travers la protection de la marque, ce n'était pas seulement l'intérêt de son titulaire que les juges protégeaient, mais un système de certification dont on pouvait estimer qu'il contribuait à éclairer le consommateur sur la qualité des prestataires ou fournisseurs avec lesquels ils étaient en mesure de contracter. Les espèces mettaient ainsi en évidence une lacune de la législation en matière de signes distinctifs de qualité officiels puisque, tout en en reconnaissant l'existence, le législateur avait omis de leur attribuer un statut protecteur. La solution consistant à permettre à son titulaire de critiquer les appositions qu'elle ne contrôlait pas s'imposait si l'on ne voulait pas saper les fondements de la certification nationale.

31 Les lois du 31 décembre 1964 et du 23 juin 1965 sont venues offrir le support textuel manquant à ces solutions en consacrant un titre entier aux marques collectives. Il est d'ailleurs assez net que le législateur y a régi la marque collective comme une marque collective de certification. Il lui a conféré une fonction de protection de l'intérêt général qui la rendait plus proche des certificats que de la marque privative en soumettant la régularité de son dépôt à la déclaration d'un référentiel précisant les critères à partir desquels les utilisateurs potentiels d'une telle marque seront autorisés à l'apposer sur leurs produits ou leurs services. Ces dispositions sont intervenues comme pour compenser en partie l'ineffectivité de la loi du 2 juillet 1963 relative aux certificats de qualité et dont les décrets d'application n'étaient sont jamais parus.

A partir de quoi, les jurisprudences « Ecole de conduite française » puis « Migros » ont révélé des lacunes vis à vis de pratiques de marques collectives qui ne prétendraient pas fournir un signe distinctif de qualité, ce qui se comprend difficilement, mais est affirmé par une doctrine éminente qui a précisément critiqué les décisions examinées.

Dans l'affaire « Ecole de conduite française », une association avait déposé cette marque. Son objet n'était pas de dispenser l'enseignement de la conduite elle-même, mais de valoriser cet enseignement au bénéfice de ses adhérents par le biais du droit d'usage de sa marque. L'espèce offre, comme on le voit, l'illustration d'une stratégie de certification de services avec ceci de particulier que « l'organisme certificateur » (non déclaré car la question ne se posait pas à l'époque) utilise le vecteur de la marque individuelle pour réaliser son objectif. D'où, sur ce fondement, l'exercice par l'association qui avait créé cette marque et l'avait déposée comme marque individuelle, d'une action civile en contrefaçon déjà ouverte au titulaire d'une telle marque par la loi de 1964 alors en vigueur. L'association prétendait ainsi faire abstraction du caractère collectif de la marque pour parvenir à se voir reconnaître

les prérogatives habituelles du titulaire prévues par la loi en matière de marque individuelle. Il estimait implicitement ne pas entrer sous l'emprise de la législation des marques collectives – seule marque collective reconnue par les textes à l'époque – pour ne pas avoir à procéder au dépôt d'un référentiel requis pour la régularité du dépôt d'une telle marque. Or, la cour de cassation approuve la cour d'appel d'Aix (com. 28 juin 1976 et Aix en Provence 24 oct. 1974, J.C.P. 1977, II, 18700, note J.J. Burst ; obs Mathély in R. Dr. Com. 1977, pp.737) précédemment saisie d'avoir rejeté ces prétentions en partie au motif qu'une association qui a déposé une marque selon les formalités d'une marque individuelle, tout en l'utilisant comme une marque collective, ne saurait se prévaloir des prérogatives propres à la législation sur les marques individuelles. La haute juridiction fait ainsi prévaloir la réalité de la pratique sur le montage juridique, sans résoudre, il faut bien l'avouer, le problème de celui qui a une pratique de marque collective, mais prétend ne pas être une marque collective de qualité. Cette catégorie reste encore à la marge du droit selon cette jurisprudence.

Dans l'affaire « Migros », une action en contrefaçon était exercée par un déposant antérieur à l'encontre d'un dépôt de la même marque par un tiers qui avait déposé selon les formalités de la marque individuelle. La cour d'appel de Colmar (11 avril 1978, Ann. Propr. Ind. 1979, note Mathély, p.6) rejette ces prétentions en se fondant sur l'impossibilité de reconnaître des droits propres à la marque individuelle à une entreprise qui, bien qu'ayant déposé en tant que marque individuelle, exerce sous les modalités d'une marque collective dans la mesure où il promeut l'activité de personnes qui lui sont extérieures, en l'espèce en instituant une organisation coopérative d'achats de produits d'épicerie.

32 Ces deux décisions ont récemment été confirmées par la Chambre commerciale de la Cour de cassation par un arrêt rendu sur le fondement de la loi de 1964 à propos d'une marque déposée avant l'entrée en vigueur de celle de 1991 : « *Mais attendu que l'arrêt a relevé que l'objet social du groupement était d'effectuer ou de faciliter, pour le compte des associés coopérateurs, les opérations concernant l'écoulement et la vente des produits laitiers et que, par suite, il n'était ni fabricant, ni commerçant de ces produits et, d'un autre côté, qu'il utilisait la marque litigieuse ; que de ce seul rapprochement entre les statuts et les activités du Groupement, la Cour d'Appel a pu déduire que la marque avait été déposée à titre de marque collective, au sens de la loi du 31 décembre 1964 et ce irrégulièrement à défaut de dépôt d'un règlement déterminant les conditions de son emploi ; que par ces seuls motifs, l'arrêt se trouve justifié* » (Cass.com. 29 juin 1999, Ann. Dr. Propr. Ind. 1999, pp.189 ; rejetant un pourvoi contre Poitiers, 3 déc. 1996, PIBD, 628, III, 157 ; RTDCom. 1998, pp.142, note crit. Azéma).

Ces jurisprudences et surtout la première ont fait l'objet de très vives critiques (not. Mathély et les réf. citées in, Marques collectives et certification, Mélanges A. Chavanne, LITEC 1990, pp.241 ; sur les différentes critiques de la loi de 1964, cf. Les marques collectives, Journées d'étude du centre Paul Roubier, Faculté de droit de Lyon, 12 janvier 1979, LITEC, coll. CEIPI, 1979) parce qu'elles ruinaient l'intérêt de créer des marques collectives. Le véritable objet de ces marques serait de promouvoir les intérêts convergents de leurs utilisateurs, sans certifier une quelconque qualité. En ce cas, la contrainte de dépôt d'un référentiel fixant des obligations quant aux spécifications des produits et des services paraît effectivement inappropriée.

D'où le vote d'une loi en réaction contre cette jurisprudence le 4 janvier 1991, consacrant l'existence d'une distinction entre deux sortes de marques collectives.

§ 2 – Régime institué par la loi du 4 janvier 1991

33 Le régime instauré par la les articles L.715-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle dans lesquels la loi du 4 janvier 1991 a été incorporée, établit un lien direct entre certaines marques collectives et les exigences de la certification selon le code de la consommation. Il s'agit des « marques collectives de certification » dont se distinguent aujourd'hui les marques collectives « ordinaires ». Ainsi se trouvent reconnues deux utilités des marques collectives :

- Au plan micro-économique, attraction de la clientèle par référence à la qualité d'un produit et d'un service et en ce sens leur utilisation comme outil de stratégie de marketing aidant l'entreprise à se positionner sur un marché concurrentiel.
- Au plan macro-économique, gestion de la concurrence sur ce marché, l'apposition du signe distinctif étant contrôlée et protégée par les milieux professionnels, mais sous le contrôle indirect des pouvoirs publics.

Chacune des variétés de ces marques obéit à un régime propre.

A - La marque collective « ordinaire »

34 L'article L.715-1 alinéa 1 définit la marque collective comme celle qui « *peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement* ». Usuellement qualifiée de marque collective « ordinaire », elle se caractérise par le fait qu'elle « *appartient à plusieurs entreprises ou à un groupe d'entreprises ; elle a pour fonction de désigner les produits ou les services provenant de chacune des entreprises considérées. Elle a donc la même fonction que la marque individuelle dans la mesure où elle identifie un objet à l'égard de la clientèle en référence à son origine mais elle s'en distingue en ce qu'elle désigne les objets provenant de plusieurs entreprises. Par exemple, des petites et moyennes entreprises peuvent choisir, pour l'objet de leur exploitation, une marque commune sur laquelle elles organiseront en commun une campagne de publicité* » (F. Colombet, rapport devant l'A.N. n° 10301, p.71).

La jurisprudence ne nous offre pas encore d'exemple de marques qui auraient été ainsi qualifiées. Si l'on en réfère aux cas jugés selon le droit antérieur, on peut rester sceptique sur la qualification qui aurait pu être retenue. Il apparaît notamment que l'objet de l'association Ecole de conduite française était la « valorisation de la profession » (cf. termes de Cass.com. 28 juin 1976, préc.). Or, chaque fois que cet objectif existe, il paraît difficile de raisonner sans faire référence à la qualité qui, si l'on se place sur le terrain de la loyauté appelle une appréciation objective passant par l'utilisation de critères préfixés et donc par l'utilisation d'un référentiel, ce qui reflète l'existence d'une pratique de fait de certification, qu'elle soit ou non déclarée en tant que telle.

Or, ce qui importera certainement au delà de tous les montages des groupements attributifs d'une marque de qualité, c'est la situation de fait à laquelle les juges se réfèreront pour déterminer l'exacte qualification juridique. Si donc option il y a quant au type de marque collective déposé, ce n'est pas un choix discrétionnaire pour le titulaire de la marque. Selon la teneur des conditions prescrites par le dépositaire en ce qui concerne l'utilisation de sa marque par autrui, celle-ci relèvera d'un régime ou d'un autre.

Il importera donc, pour qu'une marque collective puisse être considérée comme une marque collective « ordinaire », qu'elle ne se présente ni auprès du public, ni selon son règlement d'usage, comme garante de la qualité des services ou des produits sur lesquels elle est apposée. La notoriété de la marque devra reposer sur d'autres critères comme dans le cas, par exemple, des franchisages d'articles de mode.

Dans ce dernier cas, la marque collective « ordinaire » se voit appliquer le régime de droit commun des marques précédemment exposé. On ne saurait donc fixer un cadre plus souple à ce type de marque collective qui, sans contrainte autre que celle tenant à la réalité de la paternité du déclarant et l'accomplissement d'une formalité de dépôt, donne le moyen de développer des stratégies de marketing collectives et ainsi d'acquérir un grand pouvoir d'influence sur le marché.

On ne retrouve plus cette souplesse chaque fois que la situation de fait correspond à l'existence d'une pratique de marque collective de certification.

B La marque collective de certification

35 Elle est définie par l'article L. 715-1 alinéa 2 comme celle qui « *est appliquée au produit ou au service qui présente notamment quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités des caractères précisés dans son règlement* ». Ce texte confirme que la qualification d'une marque collective appartient, en cas de contentieux, au juge qui doit se fonder sur les critères énoncés par la loi. Ces critères sont tirés de l'existence dans le règlement d'usage de la marque d'un contrôle, par le titulaire de la marque, relatif à la nature, les propriétés ou la qualité de l'objet ou de la prestation.

Des conséquences découleront d'une qualification comme « marque collective de certification ». Le déposant est en effet obligé de respecter le régime de la certification tel que défini par le code de la consommation, et il jouit de prérogatives limitées par rapport à celles du titulaire d'une marque « ordinaire ».

- 1 - Concernant les formalités de dépôt de la marque collective « de certification »

36 L'article L.715-2-5° dispose que « la demande d'enregistrement est rejetée lorsqu'elle ne satisfait pas aux conditions fixées par la législation applicable à la certification ».

Afin de rendre possible un éventuel contrôle de la satisfaction à cette exigence, la loi précise certaines des modalités du dépôt de la marque au Centre national de la propriété industrielle.

Selon le 1° de l'article L.715-2, le déposant ne peut être qu' « *une personne morale qui n'est ni fabricant, ni importateur, ni vendeur des produits ou services* ». Et, selon le 2°, il doit produire « *le règlement déterminant les conditions auxquelles est subordonné l'usage de la marque* ». Ainsi peut-on être assuré que l'objet protégé comme propriété industrielle correspond bien à ce qui a été déclaré comme objet de certification à l'administration. On peut seulement se demander s'il n'aurait pas été encore plus efficace de demander au déposant de fournir la référence et la publication du référentiel qu'il a déclaré au journal officiel.

A supposer que l'enregistrement d'une marque collective « de certification » ait été réalisé malgré l'absence des conditions requises, la loi confère à cet enregistrement une grande précarité car elle ouvre à « tout intéressé ou sur requête du Ministère public » la possibilité de demander que sa nullité soit prononcée (art. L.715-3). On trouve là une sanction très pragmatique. De nature civile, la nullité éradique les prérogatives du prétendu titulaire d'un droit de propriété sur la marque aussi bien en ce qui concerne le passé que pour l'avenir. De plus, le législateur précise que cette sanction a un effet erga omnes, qui a d'ailleurs suscité un vif intérêt dans les travaux préparatoires de la loi qui, pour le reste, ne consacrent pas beaucoup de place à des discussions sur les marques collectives. Les effets de la nullité joueront donc aussi bien entre les parties au procès qui la constatera, que vis à vis des tiers. En harmonie avec l'essence des nullités, cette règle n'en reste pas moins un exception au principe de l'effet relatif de la chose jugée. Elle trouve sa justification totale au regard du droit de la certification selon le code de la consommation et montre – comme y ont largement insisté les rapporteurs devant les assemblées (Rapport à l'Assemblée nationale n° 1832 et 1889 par F. Colombet ; Rapport au Sénat par J. Thyraud, n° 195 1er) que le droit des marques collectives de certification a une fonction originale dans le droit de la propriété industrielle qui est de promouvoir l'intérêt des consommateurs au delà de celui des professionnels.

- 2 - Concernant le régime de la marque collective « de certification »

37 Le régime particulier de la marque collective « de certification » est défini aux 3°,4° et 6° de l'article L.715-2 dont la lecture est particulièrement malaisée en raison de son caractère fourre-tout et désordonné.

Le 3° s'inscrit avec évidence dans les conséquences du lien avec la certification lorsqu'il dispose : « *L'usage de la marque collective de certification est ouvert à toutes les personnes, distinctes du titulaire, qui fournissent des produits ou des services qui répondent aux conditions imposées par le règlement* ». Ce faisant, ce texte confirme les effets qui s'induisent de la qualité d'impartialité et d'indépendance de l'organisme certificateur exigée par le code de la consommation. Il traduit en des considérations concrètes l'existence d'une obligation de non discrimination à la charge des organismes certificateurs titulaires d'une marque. C'est un moyen de prévenir les atteintes à la concurrence par l'utilisation non loyale des marques collectives.

Mais encore faut-il observer que le texte fixe certainement les limites de son efficacité dans la mesure où le 4° prévoit que la marque collective de certification ne peut faire l'objet « *d'aucune mesure d'exécution forcée* ». Ceci revient à dire que le juge ne pourra pas imposer sous astreinte l'exécution en nature de l'obligation d'octroyer le droit d'apposer la marque à l'organisme. La seule modalité de traitement des cas de manquement consiste en l'attribution de dommages et intérêts, à propos desquels on peut peut-être utilement signaler qu'ils pourraient réparer le préjudice futur.

L'article L.715-2-4°, quant à lui, tire les conséquences du caractère original des marques collectives « de certification » en affirmant certaines spécificités en matière de prérogatives du propriétaire : « *la marque de certification ne peut faire l'objet ni de cession, ni de gage, … ; toutefois, en cas de dissolution de la personne morale qui en est titulaire, elle peut être transmise à une autre personne morale dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Il apparaît, en effet, que la marque collective de certification – dont la valeur est le fruit de l'activité du groupement qui l'a créée – est indisponible. On retrouve là un

principe comparable à celui qui régit la capacité patrimoniale des associations. Ainsi se trouve fixée la limite de l'interpénétration du droit de la propriété industrielle et du droit de la certification. Elle permet de renforcer l'efficacité de stratégies relatives à la concurrence sur les marchés non dénuées de finalités consuméristes. Mais elle ne permet pas, à cette occasion, de favoriser l'entreprise de certification en elle-même et la recherche de profit par le certificateur dans la mesure où il ne peut pas envisager de céder sa marque. Ceci étant, la loi ne contrôle rien de plus concernant les aspects commerciaux et financiers de l'activité de ces groupements qui ne sont donc pas voués à être de pures entreprise philanthropiques. Rien n'est précisé, par exemple en ce qui concerne le statut des dirigeants et c'est le principe de la liberté d'entreprise qui prévaut.

Pour terminer, il faut évoquer le 6° du texte étudié. Il s'agit d'un texte elliptique qui ne peut être compris que comme renvoyant au cas de nullité spéciale de l'article L.715-3 et aux causes de déchéance sus examinées affectant la marque. Ce texte dispose : *« Lorsqu'une marque de certification a été utilisée et qu'elle a cessé d'être protégée par la loi, elle en peut, sous réserve des dispositions de l'article L712-10, être ni déposée ni utilisée à un titre quelconque avant un délai de dix ans* ». Sous réserve donc de ce qui se rapproche de la force majeure, ce texte donne toute leur portée aux sanctions des comportements qui sont à l'origine de la disparition de la protection de la marque.

Conclusion sur l'articulation entre le droit de la propriété industrielle et le droit de la certification issu du code de la consommation

38 S'il apparaît qu'un organisme certificateur déclaré selon l'article L.115-17 du code de la consommation a bien déposé son signe distinctif selon les modalités de l'article L.715-2 du code de la propriété industrielle, il jouit de prérogatives certaines pour empêcher les comportements parasites. Les textes se complètent utilement et cette combinaison joue a priori dans le sens de l'intérêt des consommateurs pour les deux raisons principales suivantes :

- Tout signe distinctif qui prétend distinguer la qualité est soumis au régime du droit des marques collectives de certification dès lors qu'il est matérialisé ou accompagne l'activité de certification (art. L.115-28 c.consom. in fine et art. L.115-1 al.2 CPI).
- La condition de l'enregistrement d'une marque collective de certification consiste dans le respect des conditions de transparence, de compétence et d'impartialité issues du régime propre de la certification (art. L.715-5°).

Derrière la technicité des textes se cache une construction d'ensemble apparemment satisfaisante dont la seule – mais notable - faiblesse tient à l'absence de contrôle a priori du respect des dernières conditions citées. La jurisprudence pourra conférer une meilleure efficacité au système si elle maintient sa solution actuelle selon laquelle il est impossible d'échapper au régime contraignant des marques « de certification » par le fait d'une déclaration sous une autre modalité, étendant la rigueur à l'impossibilité de faire valoir une déclaration comme marque collective « ordinaire ».

L’obtention de la certification est faite après validation par le comité de certification et audit par le B.V.Q.I. Une visite de contrôle a lieu et le certificat est valable trois ans.

DEUXIEME PARTIE

ANALYSE PROSPECTIVE DE LA CERTIFICATION DANS LE DOMAINE DE LA CONSTRUCTION

61 Le système actuel de certification en matière de construction, dont nous avons vu l'encadrement juridique et quelques exemple de fonctionnement concret doit être maintenant apprécié afin que puissent en être dégagés son intérêt et ses faiblesses (Chapitre I). Cette analyse critique permettra, dans un second temps, de voir sur quels points des améliorations pourraient être apportées (Chapitre II)

CHAPITRE I

APPRECIATION DU SYSTEME ACTUEL

62 Le système actuel paraît fonctionner, dans l'ensemble, de manière satisfaisante. Cependant, se manifeste un certain nombre d'ambiguïtés. La certification a pour but et pour effet de distinguer des entreprises et des produits afin d'en encourager l'emploi en rassurant leurs utilisateurs potentiels. Elle sert des intérêts commerciaux tout en paraissant, à juste titre orientée vers l'intérêt général, ce qui révèle bien l'ambiguïté des buts du système (Section I). Elle s'inscrit parfois en dehors des procédures prévues par les textes de 1991 et 1994, ce qui pose la question de sa légalité (Section II). Elle constitue ainsi un moyen de se détacher des concurrents. La question du respect des règles de la concurrence ne peut donc être éludée (Section III). Enfin, elle met en œuvre des organismes qui cultivent une certaine ambiguïté sur la responsabilité qui s'attache à leur intervention (Section IV).

Section I - Ambiguïté des buts et des objets de la certification

63 Les différentes formes de certificat de qualification répondent à des besoins fort divers. Elles cumulent et possèdent, à des degrés différents, intérêt général et intérêt commercial.

§ 1 – L'ambiguïté de l'intérêt général

64 La qualité dans la construction, but emblématique et nécessaire de toute politique sérieuse de construction relève toutefois autant du tonneau des danaïdes que du mythe de Sisyphe. Malgré toutes les tentatives d'amélioration, le coût de la non-qualité dans le secteur de la construction représente environ 10% du chiffre d'affaire du secteur, soit 50 milliards de francs, la seule décennale se chiffrant à 10 milliards. La certification, en apportant sa pierre à cette œuvre de longue haleine ,poursuit un but évident d'intérêt général. Elle cultive cependant une certaine ambiguïté en contribuant parfois au simple respect de la loi et en apportant, dans d'autres cas, des éléments nouveaux par rapport à la réglementation.

A - L'intérêt général confondu avec le simple respect, parfois imparfait, de la loi

65 La plupart des certifications de qualité que nous avons vues tendent, pour l'essentiel, à distinguer les entreprises, les produits ou les ouvrages qui respectent la réglementation. L'Etat ne peut, de ce point de vue, que se réjouir de voir ainsi contrôlé le respect de la législation qu'il édicte. Cependant, cet aspect positif cache une analyse moins flatteuse de la question. Tout juriste, mais aussi tout citoyen, doit en effet considérer qu'une loi, une réglementation est faite pour être respectée et que son respect, faisant partie de l'ordre naturel et juridique des choses ne saurait donner lieu à une distinction particulière. Imagine-t-on de décorer les

citoyens ayant un casier judiciaire vierge pour les distinguer des autres ? En réalité, cette labellisation du respect du droit et d'une conduite normale peut apparaître comme le signe d'une relative faiblesse de l'Etat. Donner une récompense à ceux qui respectent la norme revient, en effet, à reconnaître implicitement la difficulté de sanctionner ceux qui ne la respectent pas. La certification devient ainsi, en négatif, la sanction du respect de la législation puisque le non respect de la loi entraîne la non-attribution du label ou de la certification. Cette analyse mérite toutefois d'être nuancée en tenant compte de l'appréciation du respect de la loi a priori et a posteriori.

Par définition, l'Etat ne peut, en effet, vérifier le respect des normes qu'il impose qu'a posteriori. Dans un régime démocratique, les autorisations préalables à une activité sont, en effet, rares et doivent le rester. Dès lors, le système est obligé de faire confiance aux personnes physiques et morales quant à leur capacité à respecter la loi et les règlements. Ce n'est qu'après coup que l'Etat peut intervenir et sévir pour sanctionner le non-respect de la loi. Mais ses facultés d'intervention s'avèrent souvent réduites. Le droit pénal, même s'il est présent en droit de la construction (cf. les articles L 152-1 et s CCH), est peu appliqué, au moins en ce qui concerne le non-respect des normes, sauf si celui-ci devait déboucher sur des blessures ou homicides involontaires. Dans les autres cas, les sanctions ne sont que civiles. Leur mise en œuvre dépend de la stratégie de chacun des intervenants dans l'opération de construction et leur aboutissement suppose que les entreprises en cause soient encore en activité pour pouvoir être sanctionnées, ce qui n'est pas toujours le cas. L'avantage de la certification consiste donc, pour l'Etat, dans le caractère a priori du contrôle alors effectué. Une certification se contentant simplement de vérifier, a priori, la possibilité d'un bon respect de la loi, n'est donc pas à rejeter, bien au contraire. Elle ne fait pas double emploi avec le rôle de l'Etat mais présente un intérêt évident pour ce dernier, dès lors, du moins, qu'elle est faite de manière sérieuse et qu'elle s'étend à l'ensemble des règles susceptibles d'être appliquées à une entreprise ou à une opération afin d'éviter toute ambiguïté quant au champ de la vérification et quant à l'objectif visé qui ne doit pas être anticoncurrentiel.

66 Mais la certification peut avoir un autre intérêt pour les pouvoirs publics, celui de leur éviter de modifier ou de compléter la loi. L'application de la loi de 1990 sur le contrat de construction de maisons individuelles montre que, malgré cette réforme intervenue 18 ans après la première loi de 1972, les problèmes sont loin d'être tous réglés. D'après certaines estimations, près de 20 % des contrats ne répondraient pas aux exigences légales.

Le respect de la loi ne paraît pas, de surcroît, toujours suffisamment contrôlé. Ainsi, certaines qualifications paraissentt se contenter, à certains égards, d'un engagement sur l'honneur du chef d'entreprise d'observer les normes et textes réglementaires. Certain label est délivré à toutes les entreprises s'engageant à réaliser une installation de qualité conforme à la réglementation en vigueur, certains journaux de consommateurs affirmant qu'il est simplement attribué sur le fondement du versement d'une redevance.. Autrement dit, un label d'entreprise, facilement accordé, débouche sur une certification aisée du produit réalisée. On ne peut donc pas considérer que de tels labels offrent une garantie de respect de la loi totalement satisfaisante dans la mesure où le respect du référentiel n'est pas systématiquement vérifié. En revanche des contrôles, plus ou moins fréquents ont lieu lors de l'attribution de labels. Cependant, labels et référentiels de certification ne font jamais référence expresse à toutes les obligations légales qui s'appliquent aux constructeurs et restent donc vagues en la matière.

La vérification du respect des règles légales est faite selon des méthodes variables qui sont loin d'inclure systématiquement un contrôle des entreprises ou de leurs réalisations. Le respect des règles légales ne paraît donc pas parfaitement garanti au consommateur immobilier par les labels et certificats de qualité existants.

B - L'intérêt général étendu au delà du simple respect de la réglementation

67 Les apports supplémentaires de la certification, par rapport au simple respect de la loi, sont, dans l'ensemble, modestes.

L'idée que certains constructeurs agréés s'engagent à tenir compte du niveau de revenus de leur client ainsi que de leurs évolutions possibles dans le temps, qu'ils mettent eux-mêmes en garde leurs futurs clients sur les crédits qu'ils auraient déjà pu ou pourraient ultérieurement contracter est intéressante car la loi de 1990 a malheureusement insuffisamment pris en compte ces risques d'insolvabilité future du maître de l'ouvrage. L'obligation de faire une visite de terrain, de déterminer avec précision la marque des éléments utilisés pour la construction, la création d'une commission de conciliation, le questionnaire de satisfaction sont incontestablement un plus par rapport à la réglementation actuelle qui donne des droits nouveaux aux consommateurs et justifie pleinement l'octroi d'un label.

. Mais, si les engagements pris par le demandeur de la marque paraissent apporter des éléments supplémentaires par rapport aux normes légales, en revanche, les caractéristiques certifiées, mentionnées plus haut, sont une simple démarque des obligations légales. De ce point de vue, la marque donne l'impression de certifier simplement le respect de la loi. Le fait que, dans les documents référents à une même norme, soient ainsi présents deux types de dispositions se situant à des niveaux différents montre, là encore, la relative confusion qui règne.

Dans les autres hypothèses de certification, l'apport de garanties nouvelles par rapport au simple respect de la loi n'est pas exclu. Cependant il apparaît fort variable, comme nous l'avons vu plus haut et peut varier au sein d'un même type de certification, en fonction des mentions obtenues.

Une certaine confusion demeure dans la mesure ou certaines certifications vont, sur certains points, au delà de la loi sans assurer, pour autant, sur d'autres points, le simple respect de cette dernière.

§ 2 - Ambiguïté de l'intérêt commercial

68 Il est normal, compte tenu des termes mêmes de l'article L 115-27 du code de la consommation, que l'entreprise certifiée ait fait sa demande de certification à des fins commerciales. Cet intérêt commercial n'est cependant légitime que dans la mesure où les moyens mis en œuvre pour le satisfaire restent loyaux. Tout intérêt commercial propre n'est, de plus, pas absent dans la démarche des organismes certificateurs eux mêmes.

A Intérêt commercial légitime de l'entreprise certifiée et respect de la loyauté

69 En premier lieu, un certain risque de confusion entre des certifications officielles et d'autres, purement privées, se manifeste. La présentation des labels et les modalités de contrôle sont souvent relativement floues. Un exemple est celui des labels relatifs au gaz ou à l'électricité pour lesquels certaines entreprises se présentent avec le label en laissant entendre qu'il pourrait s'agir d'un label officiel. De même, la présentation de la certification insiste souvent à l'excès sur la présence et le rôle, dans la certification, d'organismes officiels, comme par exemple le Ministère de l'Equipement. Ainsi, un certificat sera présenté comme étant délivré « sous l'égide du Ministère » alors que le plus souvent, le Ministère aura simplement été partie associée à sa création. Cela pose d'ailleurs le rôle que doit jouer l'autorité publique en la matière et sur lequel nous reviendrons dans le chapitre II.

La seconde dérive qui se constate parfois est d'ailleurs la présentation excessivement dithyrambique du label sur les documents commerciaux et sur la publicité. La consultation de certains sites internet montre ainsi que des qualifications relativement faciles à obtenir sont présentées, par leurs bénéficiaires, comme des exceptions rarissimes.

Ainsi, tel constructeur du sud de la France précise que « son label est rare et constitue une garantie unique ». Un autre indique : « X résidences connue pour la qualité de ses constructions et prestations est un des très rares constructeurs à avoir souscrit un contrat cadre avec un organisme agréé par le Ministère du Logement.

Il ne saurait évidemment être question d'interdire aux entreprises d'utiliser la certification comme argument commercial. Il est en effet normal que ceux qui ont accepté les contraintes d'un contrôle qualité, même si celui-ci est réduit, puissent en tirer un argument auprès de leurs clients. Il serait cependant nécessaire d'éviter l'utilisation excessive ou trompeuse du label, laquelle d'ailleurs pourrait entraîner la responsabilité des entreprises. Se pose, en effet, la question de la régularité de la publicité et donc de savoir s'il n'y a pas au pénal publicité mensongère et au civil dol ou manœuvre frauduleuse viciant le consentement relatif au contrat que nous étudierons par la suite (cf infra n° 95 et s).

B - Existence d'un intérêt commercial important chez l'organisme certificateur

70 Un organisme certificateur peut poursuivre différents buts.

Il peut vouloir promouvoir, au moins indirectement, ses membres. L'hypothèse est proche mais légèrement différente de celle vue plus haut, lorsque le label est délivré par un groupement qui regroupe un certain nombre d'entreprises, associées avec d'autres partenaires.

Il peut également agir pour des raisons techniques. Un organisme peut éprouver le besoin de qualifier les utilisateurs de son produit

Cependant l'intérêt commercial paraît prédominant. La meilleure preuve en est la présentation avantageuse que font les organismes certificateurs de leur certification afin de convaincre entreprises et maîtres d'ouvrage d'y recourir.

Sans qu'il soit besoin de reprendre une à une les formulations employées, le juriste est obligé de constater qu'elles demeurent dans un certain flou quant à la réalité de l'apport fait par chacun des labels. Cela conduit d'ailleurs à se poser une question. Si labels et certifications présentaient des avantages évidents par rapport à la législation actuelle, serait-il nécessaire de développer ainsi une présentation pour le moins flatteuse de ces certificats et labels pour convaincre les entreprises de les demander ? La démarche n'est-elle pas, dès lors essentiellement commerciale et une confusion n'est-elle pas entretenue entre démarche de nature commerciale et certification officielle.

Section II - Considérations sur les signes distinctifs non placés par leurs auteurs sous l'emprise d'un régime légal

71 Tous les régimes juridiques créés par le législateur n'ont pas la même portée contraignante. Certains sont supplétifs, c'est-à-dire offrent aux sujets de droits des modèles dont l'utilisation reste simplement facultative. D'autres sont des modèles impératifs qui, pour des raisons d'ordre public, ne supportent aucune dérogation et brident ainsi les capacités d'initiatives des sujets de droit. Cette distinction plus souvent mise en valeur à propos de la matière contractuelle a, en fait, une portée générale qui intéresse l'objet de la présente étude. Il est, en effet, très important de déterminer dans quelle mesure les constructions législatives et réglementaires laissent place aux initiatives privées atypiques. Il faut l'envisager tant du point de vue de l'inapplication de la loi de 1994 qui, d'après ce que l'on a précédemment exposé se double nécessairement d'une absence de dépôt selon la loi de 1991, que du point de vue de l'inapplication de la seule loi de 1991.

§1 – Appréciation de la licéité des pratiques de certification indépendante de l'application de la loi de 1994

72 La méthode d'interprétation des textes de loi suppose d'en référer à leur lettre ainsi qu'à leur esprit, tel qu'il se dégage des travaux parlementaires.

A – <u>Les travaux préparatoires de la loi</u>

73 Une déclaration d'intention assez claire dans l'exposé des motifs présentés par M. Alphandery devant l'Assemblée nationale plaide en faveur du caractère simplement supplétif du droit de la certification privée : « Ce projet *n'empêche pas le développement de démarches collectives et volontaires d'amélioration ou de valorisation de la qualité telles que celles mises en œuvre par les organisations professionnelles, dans la mesure où elles ne prêtent pas à confusion avec la certification.* » (p.3 document nº 976 assemblée nationale, italique utilisé par les auteurs de l'étude). Ceci étant, les débats, aussi bien devant l'Assemblée nationale que devant le Sénat, ne reviennent pas clairement sur cet aspect de la portée de la loi examinée et aucun des parlementaires ne reprend formellement à son compte cette affirmation.

Il faut donc en référer à l'esprit dans lequel le texte a, dans son ensemble, été voté. Et là, on peut rester dubitatif dans la mesure où l'interprétation peut être orientée dans deux directions.

Dans une première approche, la thèse du caractère supplétif de la loi, semblerait s'appuyer sur l'insistance extrême manifestée par les députés et les sénateurs en ce qui concerne la nécessité d'une réforme qui débarrassera la certification de la tutelle étatique. Dans cet esprit, la nécessité d'abandonner la tradition française interventionniste a notamment été justifiée par l'impératif de placer les acteurs économiques français sous des sujétions aussi peu contraignantes que celles existant dans les Etats voisins, spécialement les Etats européens. Il a en même temps été affirmé que les mêmes acteurs économiques devaient être en mesure de commercialiser leur production grâce au support de marques de qualité telles que celles pratiquées, notamment en Allemagne.

De tout cela, on pourrait donc déduire que l'affranchissement du contrôle étatique n'a pas de limite et surtout, qu'il faut laisser libre cours à toutes les initiatives que l'on pourrait rattacher à l'exercice du principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre (non visé dans les rapports ou débats). Il s'agit d'une interprétation conforme aux termes sus reproduits prononcés par le ministre de l'économie qui avait présenté la réforme devant le Parlement.

Malgré tout, les vertus d'un contrôle étatique atténué sont constamment implicitement mises en valeur dans les débats parlementaire. Le fait que les avantages d'un système d'accréditation par un organisme unique comme le COFRAC aient apparemment unanimement été admis, spécialement en considération de la crainte exprimée aussi bien devant l'assemblée nationale que devant le Sénat d'un pouvoir encore exorbitant de l'administration de refuser d'enregistrer la déclaration d'un organisme demandeur n'atténue pas l'affirmation d'un principe de nécessité d'un contrôle a priori des conditions de l'exercice de l'activité de certification. Les réserves exprimées au Sénat quant aux capacités du COFRAC de se faire l'écho des intérêts des consommateurs sans que les organisations censées représenter ces derniers bénéficient d'une aide substantielle de l'Etat témoignent du sentiment profondément ancré de ce que la loi relative à la certification est d'inspiration protectionniste à l'égard des consommateurs.

Or, ceci plaide plutôt en faveur du caractère impératif du texte, alors compris comme un texte d'ordre public social. Une telle analyse doit être confrontée à ce qui résulte de la lettre des textes.

B – <u>La lettre des textes</u>

74 Les dispositions de la loi sanctionnant pénalement le fait d'avoir pratiqué des certifications non respectueuses des articles L. 115-27 et L.115-28 du code de la consommation sont révélatrices d'une contrainte imparable et accréditent donc l'idée du caractère impératif du régime de la certification fixé par le code de la consommation.

Le texte de l'art. L. 115-30-1° du code de la consommation prévoit, en effet que sera puni des peines visées à l'article L 213-1 (emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 250.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement),
« *1°) le fait dans la publicité, l'étiquetage ou la présentation de tout produit ou service, ainsi que dans les documents commerciaux de toute nature qui s'y rapportent de faire référence à*

une certification qui n'a pas été effectuée dans les conditions définies aux article L 115-27 et 28 ;
2°) le fait de délivrer, en violation des dispositions prévues aux articles L 115-27 et L 115-28, un titre, un certificat ou tout autre document attestant qu'un produit ou un service présente certaines caractéristiques ayant fait l'objet d'une certification ;
3°) le fait d'utiliser tout moyen de nature à faire croire, faussement, qu'un organisme satisfait aux conditions définies aux articles L 115-27 et L 115-28 (L'article L 115-28 du code de la consommation précise que toute référence à la certification dans la publicité, l'étiquetage ou la présentation de tout produit ou service, ainsi que sur les documents commerciaux qui s'y rapportent doit être accompagnée d'informations claires sur la nature et l'étendue des caractéristiques certifiées) ;
4°) le fait d'utiliser tout moyen de nature à faire croire faussement aux consommateurs ou à l'utilisateur qu'un produit ou un service a fait l'objet d'une certification ;
5°) le fait de présenter à tort, comme garanti par l'Etat ou par un organisme public, tout produit ou service ayant fait l'objet d'une certification. »

Il semble donc d'après la lettre de la loi que, sous peine d'être considéré comme une tromperie, tout ce qui ressemble à de la certification doit passer par les voies officielles. Il est en conséquence logique de penser que la certification par des voies non déclarées est prohibée.

On ne peut cependant manquer d'observer que la jurisprudence n'offre pas d'exemple de poursuites fondées sur ce texte. Mais c'est un élément circonstanciel s'il est certainement pertinent pour apprécier le risque d'une activité hors cadre légal, n'infléchit pas l'analyse juridique.

Sur le plan civil, on peut, toujours dans une démarche prospective, envisager que l'interdiction légale soit exploitée de deux façons :

- Comme moyen de démontrer le caractère fautif de l'activité de certification non déclarée dans le cadre de l'action en concurrence déloyale.
- Comme le moyen de faire échec à la possibilité pour celui qui exerce une telle activité de se prévaloir de l'exonération tirée de l'article 10 de l'ordonnance de 1986 s'il est poursuivi sur le fondement de son article 7 (sur ces aspects, cf. infra)

Au total donc, il y a contradiction entre le principe de liberté annoncé dans la présentation du projet au Parlement et la teneur du texte voté. Dans la mesure où les débats parlementaires ne reprennent pas à leur compte expressément les intentions de la présentation du projet voté, on préconisera de privilégier la lettre de la loi. Sans quoi, il faudrait compléter cette loi par la création d'outils permettant d'identifier les pratiques de certification au sens de celle-ci d'autres, procédant de méthodes atypiques. Les propositions en vue d'une meilleure transparence en matière de signes distinctifs seront examinées en fin de cette étude.

§ 2 - Appréciation de la licéité des pratiques de certification déclarées, mais sans dépôt d'un signe distinctif de qualité

75 Il a été précédemment démontré en quoi les dispositions du code de la propriété intellectuelle sont un prolongement du droit de la certification et contribuent à faire respecter les conditions d'exercice de l'activité selon le code de la consommation.

La question qui se pose maintenant est de savoir si la mise en œuvre de ces prolongements du droit de la certification sont ou non d'application obligatoire pour celui qui prétend exercer l'activité de certification dans le respect du code de la consommation.

La réponse doit être recherchée dans l'exégèse de l'article L.115-28 in fine : « *Les organismes de certification déposent comme marques collectives de certification, conformément à la législation sur les marques de fabrique, de commerce et de service, le signe distinctif qui, le cas échéant, accompagne ou matérialise la certification* ».

« Le cas échéant » supposerait, qu'en pratique, il existe des activités de certification ne débouchant pas sur l'apposition de signes distinctifs. Et, dans de tels cas, la solution est limpide : il peut y avoir activité de certification, en l'absence de signes distinctifs, en toute licéité. Mais reste à s'interroger sur la pertinence de l'hypothèse au regard de la logique fondatrice des systèmes de certification et des pratiques rencontrées dans les faits.

La certification est, d'un point de vue pratique, a priori indissociable de l'utilisation de signes distinctifs. Elle permet d'attester la conformité aux exigences de qualité contenues dans le référentiel. Elle apparaît donc comme un moyen indispensable de la réalisation de la stratégie de marketing dans laquelle s'inscrit la certification pour celui qui y a recours. C'est sur la reconnaissance du signe distinctif que le consommateur orientera son choix, parce qu'elle lui donnera l'assurance qu'il place sa confiance dans un objet effectivement contrôlé. Par conséquent, il paraît assez logique de considérer que, de fait sinon de droit, un organisme certificateur se doit d'offrir aux entreprises qui recourraient à ses services un signe distinctif.

Ces observations, évidentes pour la certification des produits se vérifient-elles en ce qui concerne ce qu'il est convenu d'appeler la certification de services, laquelle correspond, d'après l'enquête de cas à la situation dominante dans le domaine de la construction ?

La réponse est moins évidente car il faut d'abord envisager quelle est l'issue des opérations de certification vis à vis du prestataire de service et s'interroger sur la question de savoir s'il obtient, quand il est certifié conforme, l'usage d'un signe distinctif au sens du droit des marques. Ceci appelle deux séries d'observations.

En premier lieu, on peut s'interroger sur l'existence même d'un signe distinctif dans les pratiques observées qui ne sont pas toutes accompagnées d'un logo. Mais il faut ici prendre en considération l'extrême largesse avec laquelle la jurisprudence accueille la qualification de marque pour tout de suite conclure que le nom donné à la certification par l'organisme certificateur constitue sans aucun doute un signe au sens de la loi.

En second lieu, il faut se pencher sur les pratiques de certification usitées par les professionnels pour savoir si elles mêmes tombent sous l'emprise de l'article L.115-28 in fine. D'après les déclarations et documents d'information délivrés au public par les organismes de

certification envisagés, les opérations se soldent par la délivrance de certificats ou d'attestations de qualité. Ces attestations et certificats quelle que soit leur qualification apparente, apparaissent comme des signes de qualité. Or, on constate que le texte de référence vise le signe distinctif qui « accompagne ou matérialise la certification ». De ces termes, on peut induire que l'utilisation des sigles de certification dans tous les documents précontractuels et contractuels tombe sous l'emprise de la loi.

76 Il reste cependant à se demander si l'utilisation de tels signes au sens de la loi débouche sur une simple faculté de dépôt comme marque collective de certification ou s'il s'agit d'une obligation.

Sur ce point, l'article L.115-28 énonce que « les organismes certificateurs déposent… » dans un texte, par ailleurs, consacré aux conditions d'exercice et obligations de ces organismes. Aussi bien la formulation étudiée que le contexte dans lequel elle s'insère invitent à considérer que le dépôt ne serait donc pas une simple faculté, mais une obligation.

La conséquence pratique en serait que la réalisation du dépôt entrerait dès lors dans les conditions de régularité de l'exercice de l'activité de certification, avec les conséquences envisagées supra en cas d'irrégularité.

Comment apprécier cette solution en opportunité ?

Si l'on prend en considération la dureté de l'obligation ainsi considérée, l'interprétation ne paraît pas déboucher sur des contraintes excessives dans la mesure où l'enregistrement est un acte qui implique des démarches simples et peu onéreuses. Par ailleurs, cet enregistrement peut paraître une mesure utile au regard des éventuels droits des tiers en raison de ce qu'il donne l'occasion de se manifester à l'éventuel utilisateur préalable de la marque ou d'une marque avec laquelle il pourrait y avoir une hypothétique confusion, ce qui est préventif des actes de parasitisme.

D'un autre côté, l'opportunité d'interpréter le texte comme créant une obligation de dépôt, se trouve confirmée du point de vue de l'intérêt de l'organisme certificateur à qui cette obligation serait opposable. Il faut, en ce sens, préciser que, s'il ne déposait pas, il se trouverait privé de toute possibilité de défendre l'utilisation du signe distinctif qu'il a créé en dehors de son autorisation. Seule, en effet, la marque déposée est systématiquement protégée. Par conséquent, un organisme certificateur normalement diligent ne peut qu'entrevoir positivement l'existence d'une obligation de dépôt accessoire à la déclaration de son activité auprès de l'administration.

Conclusion

77 Pour échapper aux dispositions des lois du 4 janvier 1991 et du 3 janvier 1994, il faudrait donc que soit créé un processus de labellisation qui ne réponde pas à trois caractéristiques alternatives :

1) Ne pas être fait à des fins commerciales
2) Ne pas être le fait d'un organisme distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur ou du prestataire.
3) Ne pas avoir pour objet d'attester une conformité décrite dans un référentiel, même si celui-ci n'est pas écrit, l'important étant qu'il existe de fait.
4) Ne pas déboucher sur l'attribution d'un signe distinctif, uniquement en ce qui concerne la loi de 1991.

C'est donc apparemment sur un paradoxe qu'amène à conclure une étude circonstanciée de la légalité des pratiques d'apposition des signes distinctifs. Plus des précautions sont prises pour créer les conditions de l'objectivité de l'activité de contrôle, plus celle-ci est soumise à un régime contraignant. En particulier, des activités d'autocontrôle ou non basées sur des critères prédéterminés peuvent être librement exercées.

Mais il existe une limite à cette liberté qui tient, aux termes de l'article L.115-1 du code de la consommation, à l'obligation de ne pas faire passer de tels contrôles pour des certifications. Voici qui paraît de nature à évacuer le paradoxe. Mais on débouche alors sur le constat d'une insuffisance de la loi. Elle ne crée pas les conditions permettant au destinataire de l'activité de contrôle, qui est généralement un consommateur, de savoir ce qui relève de la certification et ce qui n'en relève pas. Il manque un signe des signes !

Section III - Légalité de la certification au regard des règles de concurrence et de libre accès ?

78 Dans la mesure où la certification vise à distinguer, d'une manière ou d'une autre, ses bénéficiaires, se pose la question centrale du respect de la concurrence. Autrement dit, la création d'un label ou d'un certificat de qualification n'est-elle pas un moyen détourné de limiter la concurrence ? Le problème, qui découle de l'application de règles générales, revêt toutefois une acuité particulière dans les marchés publics.

§1 - Légalité au regard des règles générales ?

79 Deux ordres de règles sont susceptibles de s'appliquer : celles de concurrence opposables aux opérateurs du marché et celles de libre accès opposables aux Etats.

A- Légalité au regard des règles de droit de la concurrence ?

80 Le droit français admet, tout d'abord, que des actions en concurrence déloyale soient fondées sur l'article 1382 du code civil. L'article 2.-1 de la loi de Finance 63-628 du 2 juillet 1963, prévoyant le régime des actions en réparation du préjudice subi par un commerçant industriel ou artisan du fait d'actes de concurrence déloyale ou illicite paraît cependant

difficilement applicable. Ce texte a été à la base d'une importante jurisprudence définissant ce qu'il faut entendre par acte de concurrence déloyale . Les comportements répréhensibles sont généralement considérés comme étant le dénigrement, la confusion, c'est à dire le fait pour une entreprise de tenter de se servir d'une autre ou de la notoriété d'une autre pour en profiter, la désorganisation par débauchage, par exemple, de salariés ou de clients etc…, et le parasitisme qui consiste à s'appuyer sur les initiatives d'un concurrent pour entamer ses positions commerciales. Il n'apparaît pas que la création d'un label ou d'une certification de qualité puisse, en elle même, s'apparenter à l'un de ces comportements.

C'est donc essentiellement au regard de l'ordonnance de 1986 et de la réglementation communautaire que la question doit être examinée.

L'ordonnance du 1er décembre 1986 prohibe, de son coté, dans son article 7, « *lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition, notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises* ». De plus, son article 10 précise que « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application, ou dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ».

Le conseil de la concurrence, a interprété ce texte à propos d'une procédure d'agrément organisée par une association professionnelle organisant les dépannages sur le réseau routier. Dans une optique libérale, il précise: « *Considérant que le « cahier des charges du dépannage et du remorquage de véhicules légers » défini par l'association Assistance Automobile de Bretagne, puis approuvé par les adhérents de l'A.A.F. lors de la constitution de cette association en avril 1991 organise une procédure d'agrément des professionnels candidats à l'adhésion à cette association inspirée de celle qu'imposent les pouvoirs publics pour le dépannage sur le réseau autoroutier et sur les voies express . - Considérant que de telles clauses statutaires peuvent avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel, dès lors que la sélection des candidats à l'adhésion ne serait pas fondée sur des critères objectifs de nature qualitative et appliqués de manière non discriminatoire et qu'elles seraient utilisées pour empêcher l'accès au marché à certains dépanneurs-remorqueurs. – Mais considérant en l'espèce que, l'adhésion à l'association qui, au demeurant, ne regroupait qu'un nombre peu élevé d'entreprises ne constituait nullement une condition d'accès au marché, et que par suite, les griefs retenus à l'encontre de A.F.F. de ce chef doivent être abandonnés.* » (C.conc. N°96-D-04 du 23 janvier 1996, BOCC 24 mai 1996, p.256). Deux conditions de validité sont donc posées : d'une part que la sélection des candidats à l'adhésion soit fondée sur des critères objectifs de nature qualitative, appliqués de manière non discriminatoire ; d'autre part que, l'adhésion à l'association ne constitue pas une condition d'accès au marché, celui-ci étant suffisamment important pour intégrer les entreprises bénéficiant de la certification et les autres.

Sous réserve d'approfondissement, les labels étudiés ne sont jamais des conditions d'accès au marché et paraissent effectivement distribués sur la base de critères objectifs de nature qualitative mêmes si, ainsi qu'on le verra par la suite, ces critères peuvent sembler parfois insuffisants.

81 Le même raisonnement peut être fait, a fortiori, en droit communautaire. L'article 81 (ex 85) du Traité de Rome précise en effet que :

« *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprise et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun et notamment ceux qui consistent à :*
- fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- limiter le contrôle et la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales ou des prestations équivalentes ou en leur affligeant de ce fait un désavantages dans la concurrence ;
- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail de l'application de cet article, la réglementation communautaire de la concurrence ne s'applique, comme l'indique lui-même l'article 81 ou, d'ailleurs, l'article 82, qu'aux ententes et abus de position dominante susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres. L'application des règles communautaires de la concurrence suppose donc que le marché d'un produit ou d'un service soit affecté à l'échelle communautaire, ce qui sera rarement le cas en notre espèce.

Finalement, les risques d'entrave à la concurrence s'avèrent très limités tant d'un point de vue interne que communautaire, dès lors, du moins, qu'est respecté le libre d'accès au certificat de qualification. Il en va d'autant plus ainsi lorsque les pratiques restrictives qui en découlent ont pour but, comme la charte Maisons de qualité, de meilleurs services au consommateur, ce qui les fait alors expressément entrer dans les exceptions de l'article 10 de l'ordonnance de 1986, et de l'article 81 du Traité de Rome.

B <u>Légalité au regard des règles du libre accès ?</u>

82 Dans quelles mesures une législation nationale relative à la certification commerciale peut elle constituer une atteinte à la liberté d'établissement, de prestation de service ou de circulation des produits ?

Le droit applicable en la matière a été récemment précisé par un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 26 septembre 2000, Commission contre France. Cette décision précise :

La Commission fait valoir qu'un grand nombre d'avis de marché examinés procèdent, sous la rubrique «Objet du marché. Désignation des lots et qualifications», par référence à des classifications d'organismes professionnels français, notamment l'OPQCB et Qualibat - Qualifélec. À titre d'exemple, la Commission cite la qualification «Qualibat chauffage 5312», qui correspond à un bureau d'étude de technicité confirmée en génie climatique disposant

d'au moins quatre ans de pratique et d'une position 6 dans la convention collective ETAM des Bâtiment et travaux publics.

Certes, les autorités françaises auraient précisé, dans leur réponse à la lettre de mise en demeure, que «ces avis n'indiquent pas que les certificats susceptibles d'être pris en considération sont exclusivement les certificats délivrés par Qualibat ou Qualifélec». La Commission considère néanmoins que les spécifications techniques retenues par les pouvoirs adjudicateurs en cause peuvent avoir pour effet de favoriser les entreprises nationales, qui ont connaissance de ce système de certification de qualité et ont coutume de présenter des productions ou prestations conformes aux références demandées dans l'avis de marché.

Le gouvernement français fait valoir que de telles références sont purement indicatives et ne peuvent présenter, en l'état, de caractère discriminatoire. En effet, l'ajout d'un numéro de classification serait purement superfétatoire dans la mesure où ce dernier vient s'ajouter à la description simultanée de chaque lot en langage commun (électricité, plomberie, etc.).

En outre, cette référence, à la rubrique 3 des avis de marché, à des classifications définies par des organismes professionnels ne produirait pas, par elle-même, d'effet discriminatoire dans la mesure où elle n'apporte pas aux candidats nationaux d'élément supplémentaire d'information sur les prestations à fournir par rapport aux candidats ressortissants d'autres États membres. Il ne s'agirait pas de préciser, sous cette rubrique, des éléments relatifs aux critères de sélection ou d'attribution du marché, mais de donner des indications sur la nature des lots, lesquelles seraient développées de manière plus précise dans le cahier des charges.

À cet égard, il convient de relever que, selon la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité de traitement, dont l'article 59 du traité est une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (voir, en ce sens, arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, Rec. p. 4035, point 8).

En l'occurrence, s'il est vrai que la référence à des classifications d'organismes professionnels nationaux n'implique pas que les certificats susceptibles d'être pris en considération sont exclusivement ceux délivrés par ces organismes, il n'en reste pas moins que les spécifications techniques retenues sont tellement particulières et abstraites que, en principe, seuls des candidats français peuvent immédiatement déceler leur importance. Par conséquent, l'utilisation de ces références pour la désignation des lots a pour effet de fournir plus d'informations aux entreprises françaises sur la nature des lots, rendant ainsi plus facile pour ces dernières de soumettre des offres conformes aux références codifiées figurant dans l'avis de marché.

En revanche, il est plus difficile pour les soumissionnaires des autres États membres de déposer des offres dans le bref délai imparti puisqu'ils doivent d'abord s'informer auprès des pouvoirs adjudicateurs en cause sur l'objet et le contenu de ces références.

Dès lors, dans la mesure où la désignation des lots par référence à des classifications d'organismes professionnels nationaux est susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'égard des soumissionnaires non nationaux, elle constitue de ce fait une discrimination indirecte et, donc, une restriction à la libre prestation des services, au sens de l'article 59 du traité.

Par conséquent, il convient de constater que le grief de la Commission relatif au mode de désignation des lots est fondé et que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 59 du traité.

Même si la décision était relative à un marché public, les termes très clairs, et généraux, utilisés par la Cour de Justice montrent que l'utilisation des certifications française

doit se faire avec la plus grande prudence. La décision du Conseil de la concurrence du 8 février 2001 (Mon TP 2001 TO p 369) concernant les identifications professionnelles délivrées par la FNTP va dans le même sens.

§ 2 - Légalité au regard des règles spécifiques à chaque type de marché ?

83 La problématique est, en la matière, tout à fait différente entre les marchés publics et privés.

A – Dans les marchés privés

84 Dans les marchés privés, le maître d'ouvrage est, par hypothèse, totalement libre des critères de dévolution du marché. N'étant pas soumis à la réglementation des marchés publics, il n'est tenu ni de recourir à une procédure spécifique de dévolution du marché, ni de motiver les raisons de son choix. Dès lors, le recours à une entreprise ou à un produit certifié ne saurait être considéré, *a priori*, comme une entrave à la concurrence.

La certification peut, au contraire, constituer un critère utile et bienvenu de choix. Ce dernier n'est, en effet, souvent pas exercé par le maître d'ouvrage lui-même mais par le maître d'œuvre. Or celui-ci doit prendre en compte la qualité des entreprises qu'il recrute, sous peine d'engager sa responsabilité vis à vis du maître d'ouvrage (Cass. 3e civ., 21 mai 1980 JCP, 1980, IV, 287; 8 oct. 1980, JCP, 1980 lV 416, RD Imm, 1981, p. 76, obs. Malinvaud et Boubli; 22 juillet 1998 R.D. Imm. 1998 643 obs. Boubli ; CA Versailles 20 nov. 1987, Gaz Pal 5-6 févr. 1988, p. 11, R.D. Imm., 1988, p. 211, obs. Malinvaud et Boubli ; CA Paris 23 avril 1997, Jurisdata n°020963 ; C.A. Montpellier, 17 fev 1998, Jurisdata n°034774). Il peut légitimement privilégier des entreprises bénéficiant d'un label, officiel ou non, dès lors que celui-ci est considéré comme ayant fait ses preuves.

Le même raisonnement peut être fait pour l'emploi de matériaux labellisés ou certifiés. Ces derniers apportant une garantie de qualité de la construction réalisée peuvent être légitimement privilégiés par le maître d'ouvrage, tout comme par les constructeurs, jurisprudentiellement responsables des matériaux qu'ils emploient (cf. pour les *architectes* : cf. par exemple Cass. 3e civ., 3 octobre 1985, RD Imm 1986, p. 73, obs. Malinvaud et Boubli; CA Paris, 5 mai 1988, D 1988, IR 161 ; Cass. 3e civ., 30 janvier 1991, Gaz. Pal. 1991-1 pan., p. 132, pour un enduit incompatible avec le béton cellulaire; 27 mars 1996 R.D. Imm. 1996, 378, obs. Malinvaud pour des piquets de clôture de mauvaise qualité ; la solution est identique dans les marchés publics: cf ..C.E. 19 fev. 1991, M. Depondt, R.D. Imm. 1991, 337, obs. Llorens et Terneyre; C.A.A. Paris, 18 juin 1991, Sté Unimarbres, Gaz. Pal. 1992-2, pan. Dr. Adm. 134; C.A.A. Bordeaux 13 déc. 1993, Le Coguiec, Dr. Adm. 1994, n°94 pour des matériaux d'isolation phonique insuffisants; 15 déc. 1997 SA Comptoir Palois miroiterie vitrerie, Jurisdata n°049324 pour la non conformité de vitrages aux stipulations du marché ; pour les *entrepreneurs* : Cass. 1re civ., 18 juillet 1955, Bull civ. 1, p .255, n°306, CA Paris 27 jan 2000, AJDI 2000 347 pour l'emploi d'un bois inapproprié; CA Paris, 8 juillet 1982, RD Imm, 1983, 66 obs., Malinvaud et Boubli pour l'utilisation de tuyaux vernissés; Cass. 3e civ., 2 nov. 1983, JCP, 1984, IV, 11, pour des huisseries détériorées; C.A. Paris, 12 juin 1987, Gaz.. Pal., 6-8 sept. 1988, p. 11, pour l'emploi de mauvais matériaux d'isolation phonique; C.A. Rouen, 21 juin 1988, Gaz. Pal, 24-25 mai 1989, p. 21, pour un choix de tuiles défectueuses. Cependant, on ne saurait reprocher à un entrepreneur d'utiliser des matériaux non conformes à la législation des établissements classés alors que, précisément, les textes en

question ne comportent aucune exigence sur ce point : Cass. 3e civ. 26 octobre 1988, JCP, 1988, IV, 410. La responsabilité de l'entrepreneur est identique dans les marchés publics; C.E. 6 juillet 1992 OPHLM de la ville de Metz, R.D. Imm. 1992 512).

Néanmoins une entrave à la concurrence pourrait se manifester si la certification devenait, de fait, quasi obligatoire pour pouvoir obtenir un marché, tous les maîtres d'ouvrage s'y référant, ou si un maître d'ouvrage ou son assureur en faisait une condition discriminatoire d'accès au marché. Cette situation pourrait se rencontrer si toutes les entreprises, et notamment les entreprises étrangères, n'étaient pas sur un pied d'égalité pour l'obtention d'un label. Mais, a priori, la réglementation de la certification cherche, précisément, à assurer, en la matière une transparence. De plus, dans un certain nombre de marchés privés, le maître d'ouvrage sera un consommateur qui bénéficiera des avantages de la certification. Les exemptions des articles 10 de l'ordonnance de 1986 et l'article 81 §3 du traité de Rome sont donc susceptibles de s'appliquer.

B - Dans les marchés publics

85 Compte tenu de l'importance des sommes en jeu et des procédures particulières en la matière, s'est mise en place, progressivement, une réglementation visant à éviter toute discrimination et tout favoritisme dans l'attribution des marchés publics. Il est donc nécessaire de voir quelles règles spécifiques s'appliquent tant en regard de la législation nationale que de la législation communautaire.

- 1 - Au regard de la législation nationale.

86 L'article 43 du nouveau code des marchés publics, découlant du décret du 7 mars 2001, n'admet à concourir, comme par le passé, que les personnes qui sont en situation régulière au regard de leurs déclarations fiscales et sociales ainsi que du paiement de leurs charges et impôts. L'article 45 indique qu'à l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que « *des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat, des documents relatifs au pouvoir de la personne habilitée pour l'engager, et en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité* ». La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du Ministre chargé de l'économie. Par ailleurs, l'article 53 précise dans son II, que *pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date et délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Ces critères doivent avoir été définis et hiérarchisés dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence.*

Il découle de ces règles que le maître d'ouvrage peut exiger les renseignements permettant de connaître les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat. Rien ne vient interdire, dans le texte de l'article 45, qu'au titre de ces renseignements relatifs aux capacités professionnelles, soient mentionnés des labels ou certifications. En revanche, il paraît exclu que de telles certifications soient une condition même d'accès au marché public national dans la mesure où l'article 45 laisse ouvertes les modalités de preuve des capacités professionnelles, techniques ou financières des candidats. Toute autre approche serait,

d'évidence, discriminatoire. Le raisonnement doit cependant être affiné en ce qui concerne les produits et les entreprises

En ce qui concerne les marchés publics de **fournitures**, il est logique et incontournable que soient mentionnées les caractéristiques desdites fournitures. Cependant, si la référence à une certification peut être indiquée dans le marché, c'est d'évidence, à condition que cette labellisation ne soit pas discriminatoire et qu'elle ne vise pas à exclure, a priori, telle ou telle entreprise, fut-elle nationale, dont le produit n'aurait pour inconvénient que de n'avoir pas un label alors qu'il est, par ailleurs, de qualité équivalente.

La recommandation numérotée 1-99 « Maître d'ouvrage public » proposée par le G.P.E.N – travaux et maîtrise d'œuvre et adoptée le 7 octobre 1999 par la section technique de la Commission centrale des marchés (Moniteur des T.P. supplément T.O. p 494) précise d'ailleurs que :

« sous réserve, s'il y a lieu, de respecter ces exigences réglementaires, l'acheteur à la responsabilité totale du choix des objectifs et donc des performances requises, en relation avec la définition qu'il donne de son besoin. Cette responsabilité n'est limitée que par une exigence : l'expression technique des besoins exprimés dans les documents du marché doit être cohérente avec l'objet du marché. Dans le cas contraire, l'exigence technique peut être contestée au motif qu'elle constitue un facteur de déséquilibre injustifié à l'égard d'éventuels candidats au marché. Le maître d'ouvrage public doit être capable de justifier aux autorités de contrôle les exigences de son cahier des charges au regard de l'objet du marché.

Sous ces réserves, un acheteur public peut prescrire une conformité à une norme comme une certification du produit ou une marque de qualité. La conformité à une norme consiste à recourir à une codification de l'état de l'art. Le décret 84-74 du 26 janvier 1984 prévoit d'ailleurs une obligation de référence aux normes homologuées pour les spécifications des marchés publics. Mais l'exigence de produits conformes à une norme n'implique pas qu'il y ait eu, pour ces produits une certification de conformité. La certification de conformité atteste, en effet, de diverses manières que le produit utilisé est bien conforme à la norme. Une attestation de conformité atteste la conformité à la norme d'un seul échantillon soumis à l'examen de l'organisme tierce partie qui l'émet. Elle ne comporte pas de jugement sur la régularité de la production. Au contraire, la certification de conformité se prononce de manière favorable sur ce point. Elle s'appuie donc sur ces vérifications périodiques du processus de production. L'ensemble de la production du produit bénéficie alors d'une marque de certification. La marque NF en est un exemple. La certification peut s'appuyer aussi bien sur une marque comme la marque NF que sur un avis technique délivré par le CSTB, lorsque le produit est innovant ».

La recommandation numérotée 1-99, considère donc que les certifications telles que la marque NF constituent un outil de simplification facilitant la démarche de l'acheteur public, explicitant un ensemble de performances requises et un ensemble de moyens de vérification des performances. Encore faut-il que le recours à la certification n'ait pas un caractère discriminatoire, notamment au regard de la réglementation communautaire (cf. infra et A Penneau et F. Péraldi-Leneuf, Analyse juridique des conséquences de la réglementation européenne sur la spécification de marque et son équivalence pour l'acheteur public, Rapport pour le ministère de l'équipement, des transports et du logement, 2ème partie, 1998-1999). Toutefois, le maître d'ouvrage devra veiller à vérifier si le référentiel de la certification ne contient pas d'exigences anormales par rapport aux besoins du marché.

87 La problématique est différente en ce qui concerne la qualification des **entreprises** elles-mêmes. Ainsi, la note précitée poursuit :

« Pour les marchés de travaux, sauf exception, il n'y a pas à exiger la certification pour faire partie du système qualité d'un candidat (référence à une norme de la série NF, EN ISO 9000). Dans les cas exceptionnels où le maître de l'ouvrage exprime une exigence relative au système qualité, les candidats doivent être admis à en justifier par d'autres moyens que des certifications. Le faible nombre d'entreprises de travaux titulaires aujourd'hui d'une telle certification conduirait à trop limiter la concurrence. Par ailleurs, ces certifications portent sur des périmètres fort variables qui sont d'appréciation difficile par les maîtres d'ouvrage et pourraient conduire à des décisions mal fondées. Il est rappelé que la gestion et l'assistance de la qualité lors de la passation et de l'exécution des marchés de travaux font l'objet de la recommandation T1-87 de la G.C.N. ».

En pratique, il est cependant courant pour un maître d'ouvrage public de demander à tous les candidats de remplir un formulaire standardisé (DC6 volet 2) qui, dans ses différentes cases, permet de préciser les qualifications obtenuesUn tel formulaire est, cependant, dépourvu de toute valeur réglementaire (T.A. Melun, 5 oct. 1999, Préfet du Val de Marne, Mon. T.P. 17 déc. 1999, p 391). Le maître d'ouvrage ne peut donc exiger la production d'un certificat de qualification déterminée (T.A. Besançon, 13 avril 1995, R.M.P. n° 5/97, p 32 : « *Si les certificats de qualification délivrés par les organismes professionnels peuvent être un élément produit par l'entreprise pour justifier ses capacités techniques, l'admission d'une entreprise à la consultation ne saurait, sous peine d'entraîner une rupture d'égalité entre les candidats, être subordonnée à l'existence d'un certificat de qualification ».* également T.A. Grenoble, 16 août 1995, A.J.D.A. 1995, p 601). En vertu de l'arrêt Revillon du Conseil d'Etat (C.E. 10 fé
v. 1997, A.J.D.A. 1997, p 714), l'exigence d'une certification demeure cependant valable dès lors qu'est admise la preuve de la compétence par des certificats de qualification équivalents (cf. Ph. Terneyre, Les conditions légales de sélection des entreprises, Mon. T.P. 9 fév. 2001 p 84 ; P. Chemillier, Des conditions de sélection controversées, Mon. T.P. Avril 2001).

- 2 - Au regard de la réglementation communautaire

88 La réglementation communautaire des marchés publics, en cours de révision, peut poser deux problèmes au maître d'ouvrage, concernant l'un le choix des entreprises, l'autre le choix des produits.

En ce qui concerne le choix des **produits**, les marchés publics doivent respecter la directive de 1988 sur la liberté de circulation des produits de construction. Concrètement, il ne peut donc y avoir référence absolue à une norme française, et la définition des produits faisant l'objet du marché ne doit pas être discriminatoires. La recommandation T 1 –99 précitée prescrit d'ailleurs d'inclure dans le guide opérationnel du marché public, les clauses suivantes :

« Dans les cas de normes françaises, non issues de normes européennes, la conformité des produits à ces normes françaises peut être remplacée par la conformité à d'autres normes en vigueur dans d'autres états membres de l'espace économique européen, si elles sont reconnues comme équivalentes.

Dans le cas de référence à des marques de qualité françaises (marque NF ou autres), le titulaire du marché peut proposer au maître d'ouvrage un produit qui bénéficie de modes

de preuve en vigueur dans d'autres Etats membres de l'Espace Economique Européen, qu'il estime équivalents et qui sont attestés par des organismes accrédités par des organisme signataires des accords dit E.A ou à défaut, fournissant la preuve de leur conformité à la norme EN 45-01. Le titulaire du marché devra alors apporter au maître d'ouvrage les éléments de preuve qui sont nécessaires à l'appréciation de l'équivalence. »

Ces règles, et la jurisprudence à laquelle elles ont donné lieu, sont bien connues. Il n'est pas nécessaire d'y insister davantage.

Les choses apparaissent en revanche plus délicates en ce qui concerne la certification des **entreprises** soumissionnaires d'un marché public, compte tenu des évolutions potentielles de la norme européenne en la matière. La qualification des entreprises pour l'accès au marché public est extrêmement variable selon les pays concernés. Aucun système de qualification n'existe en Finlande, Allemagne et Suède. Des systèmes de qualification volontaires sont présents en France et au Royaume-Uni. Des procédures d'agrément sont gérées par les Etats en Belgique, Grèce, Italie, Espagne ou Portugal.

Des limites importantes à l'utilisation de la certification découlent, désormais, de l'arrêt de la CJCE du 26 septembre 2000 cité plus haut. Les évolutions jurisprudentielles récentes montrent ainsi d'évidentes réticences des juges à l'utilisation de systèmes de qualification dans les marchés publics, conduisant à un moindre intérêt de ces derniers pour les maîtres d'ouvrage publics. La question pourrait d'ailleurs rebondir en raison des projets communautaires d'harmonisation en la matière, lesquels ne semblent pas aisément conciliables avec les techniques retenues par le système français.

La complexité de la réglementation applicable et ses évolutions constantes impliqueraient un approfondissement de la question impossible à réaliser dans le cadre de la présente étude. Des conclusions définitives sur cette question délicate nécessiteraient donc un rapport spécifique.

Section IV - Responsabilités relatives aux labels et certificats de qualité dans le domaine de la construction

89 Les problèmes de responsabilité que sont susceptibles de poser les certifications de qualité sont nombreux. Si la responsabilité du consommateur immobilier, bénéficiaire de labels, ne saurait être mise en cause à aucun titre, en revanche, celle de tous les autres intervenants à l'opération pourrait, le cas échéant, être engagée, ainsi que nous allons le voir, aussi bien d'un point de vue pénal que civil.

§1 - Responsabilité pénale

90 Bien qu'une infraction spécifique ait été prévue, celle-ci, de par son champ d'application limité, n'exclut pas l'application de textes plus généraux.

A - Texte spécial

91 L'article L 115-30, déjà mentionné plus haut, punit des peines visées à l'article L 213-1 (emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 250.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement),
1°) *le fait dans la publicité, l'étiquetage ou la présentation de tout produit ou service, ainsi que dans les documents commerciaux de toute nature qui s'y rapportent de faire référence à une certification qui n'a pas été effectuée dans les conditions définies aux article L 115-27 et 28* ;
2°) le fait de délivrer, en violation des dispositions prévues aux articles L 115-27 et L 115-28, un titre, un certificat ou tout autre document attestant qu'un produit ou un service présente certaines caractéristiques ayant fait l'objet d'une certification ;
3°) le fait d'utiliser tout moyen de nature à faire croire, faussement, qu'un organisme satisfait aux conditions définies aux articles L 115-27 et L 115-28 (L'article L 115-28 du code de la consommation précise que « *toute référence à la certification dans la publicité, l'étiquetage ou la présentation de tout produit ou service, ainsi que sur les documents commerciaux qui s'y rapportent doit être accompagnée d'informations claires sur la nature et l'étendue des caractéristiques certifiées »*) *;*
4°) le fait d'utiliser tout moyen de nature à faire croire faussement aux consommateurs ou à l'utilisateur qu'un produit ou un service a fait l'objet d'une certification ;
5°) le fait de présenter à tort, comme garanti par l'Etat ou par un organisme public, tout produit ou service ayant fait l'objet d'une certification.

De son côté, l'article R 115-10 dispose que :
« Lorsqu'il est fait référence à la certification dans la publicité, l'étiquetage ou la présentation de tout produit ou service, ainsi que sur les documents commerciaux de toute nature qui s'y rapportent, doivent obligatoirement être portés à la connaissance du consommateur ou de l'utilisateur :
- le nom ou la raison sociale de l'organisme certificateur ou sa marque collective de certification ainsi que son adresse ;
- l'identification du référentiel servant de base à la certification ;
- les caractéristiques certifiées essentielles présentées dans les conditions prévues au 2° de l'article R 115-9 ».

Ce texte est sanctionné d'une contravention de 5ème classe par l'article R 115-12.

Ces articles sont susceptibles de s'appliquer à la plupart des comportements délictueux susceptibles d'être rencontrés en matière de certification. Ils ne jouent cependant pas en cas d'utilisation abusive ou de surévaluation de la valeur d'une certification légalement obtenue. De tels comportements tombent sous le coup d'incriminations plus générales.

B - Textes généraux

92 - L'article L 121-1 du code de la consommation interdit :
« toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualité substantielle, teneur en principe utile, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriété, prix et conditions de vente, de biens ou de services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la

vente ou de la prestation de service, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualité ou aptitude du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. »

Le délit est constitué même s'il porte sur des immeubles (C.A. Paris 24 mai 1982, D. 1983, 11, note Pradel; Cass. Crim. 27 mars 1996, Bull. Crim. n° 139) et l'existence d'une réglementation spécifique n'empêche pas l'application de l'article L 121-1 (Cass. Crim. 12 janv. 1994, B.I.D. 1994, n° 5-12). Il peut être constitué par l'utilisation d'une marque déposée par son propriétaire, dès lors que la marque est de nature à induire en erreur (Cass. Crim. 16 juin 1980, D. 80, IR 444), par la mention d'homologation par le Ministère de la Santé, suggérant l'efficacité thérapeutique d'appareils d'electro-thérapie, alors que l'homologation concerne seulement la conformité aux normes de sécurité électrique : Cass. Crim. 9 nov. 1992, JCP éd. E. 1992, pan. 252). De même, est constitutive de publicité mensongère, celle faite par un annonceur se prévalant d'un agrément officiel qu'il n'a pas (C.A. Paris 22 mars 1973, JCP 73, II, 17459, note Tissier ; 2 nov. 1976, JCP 1977, II, 18683, note Andréi et Divier).

- De son côté, l'article L 213-1 du code de la consommation précise que :
« Sera puni d'un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 250.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers…
3°) Sur l'aptitude à l'emploi ; les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi et les précautions à prendre ».

Ce texte n'est pas, compte tenu de son origine, c'est à dire de la loi de 1905, applicable aux immeubles (C.A. Paris 24 mai 1982, D. 1983, 11, note Pradel; Cass. Crim 24 janvier 1991, Bull. Crim. n° 41), mais il l'est, en revanche, en vertu de l'article L 216-1, aux prestations de service. Or, précisément, les contrats faisant l'objet de la présente étude sont des contrats extérieurs à la vente ou à la location d'un bien immobilier, mais liés à l'édification d'un immeuble et constituent donc des contrats d'entreprise et de prestation de service. La loi de 1905 et les articles susvisés ont donc été appliqués à un agent immobilier se présentant comme mandataire d'un acheteur pressé alors qu'il ne disposait d'aucun contact (Cass. Crim. 9 juillet 1987, Bull. n° 193), à un plombier facturant des pièces et appareils non fournis (Cass. Crim. 15 nov. 1990), à un entrepreneur posant un enduit sur une façade sans respecter les règles de l'art (C.A. Douai 18 juin 1991, B.I.D. 1991, n°12).

La tromperie dans les aptitudes d'un produit ou d'un service certifié peut donc relever de ces textes généraux.

C - <u>Appréciation d'ensemble</u>

93 L'efficacité du système répressif paraît des plus limitée. Aucune trace de sa mise en œuvre de la loi de 1994 n'a pu être trouvée. Une telle situation découle d'un certain nombre d'éléments

- Les agents auxquels est conféré le pouvoir de constater la matérialité des infractions à la législation semblent peu sensibilisés à la question de la certification privée qui n'est pas encore reconnue comme étant d'une brûlante actualité. Les corps d'inspecteurs considérés sont réputés pour fonctionner en sous effectifs par rapport à l'ampleur des tâches toujours plus nombreuses qu'on leur confie. La certification des produits alimentaires focalise, de

plus, l'action notamment des agents du ministère de la santé et de la DGCCRF. Ces derniers sont d'ailleurs plus enclins, quand ils se préoccupent de signes distinctifs, à se pencher sur la conformité aux exigences essentielles des directives harmonisées des produits marquée CE à propos de laquelle il existe une jurisprudence qui témoigne des contrôles des autorités administratives (par ex : C.A. Agen, 1er avril 1993, Contrat, concurrence et consommation, 1994, comm.17 ; C.A. Paris, 13ème ch..B, 4 juin 1993, Contrat, concurrence et consommation 1993, comm.224 ; Cass. Crim. 10 juin 1998, Rev. De jur. De droit des affaires, 12/98, n°1429 ; Cass. Crim. 7 avril 1999, Juris-Data, n°001673). Les inspecteurs du travail ont, eux assez de difficultés à surveiller le respect de la simple réglementation en matière d'hygiène et de la sécurité pour ne pas pouvoir s'intéresser à la mise en application de la loi du 3 janvier 1994 et de son décret d'application.

- Le fait que certains promoteurs des labels et certifications puissent être des entreprises de service public détenant encore aujourd'hui un monopole et que d'autres soient proches des pouvoirs publics peut rendre assez inopportune ou vaine toute action à leur encontre. Dans le premier cas, aucune perturbation de la concurrence au détriment du consommateur ou d'impossibles concurrents n'existe.

- La faiblesse structurelle en France des organisations de consommateurs, d'ailleurs largement soulignée dans les débats devant le Sénat, ne favorise pas le déclenchement des enquêtes qui pourraient conduire à la constatation des infractions.

§2 - Responsabilité civile ou administrative

94 Nous distinguerons les situations de l'entreprise certifiée, de l'organisme certificateur ou de l'Etat

A – Responsabilité de l'entreprise certifiée.

95 L'attribution d'un label ou d'un certificat de qualité à une entreprise lui confère des droits, ainsi que nous l'avons vu, mais aussi des devoirs. Elle doit respecter les engagements qu'elle a pris tout comme les termes du référentiel.

La première sanction qui la frappe, si elle ne se montre pas à la hauteur de ses engagements est, d'évidence, l'éventuel retrait du certificat de qualité qu'elle a obtenu. La crédibilité de ces éléments a d'ailleurs justifié que les modalités de sanctions internes aux certificats de qualité soient clairement énoncées dans le référentiel (art R 115-2 5° ; cf. supra 1ère partie).

Mais, une autre sanction est envisageable. Dans la plupart des cas, l'entreprise n'a demandé et obtenu le label ou le certificat que pour en faire état dans ses documents commerciaux et publicitaires, comme le lui suggère d'ailleurs souvent l'organisme certificateur lui-même. Dès lors, le label ou le certificat ainsi mis en avant par son bénéficiaire entre dans la sphère contractuelle unissant l'entreprise en cause et son cocontractant maître d'ouvrage et sa mauvaise utilisation peut générer une responsabilité contractuelle ou délictuelle voire remettre en cause la validité de la formation du contrat passé par l'entreprise.

- 1 - Responsabilité contractuelle

96 Elle s'avère différente selon qu'il s'agit d'une certification de l'entreprise elle même ou du produit fini que constitue l'ouvrage.

- a – Responsabilité en cas de non-respect de la certification obtenue par une entreprise pour elle même

97 La certification obtenue par une entreprise garantit la mise en place de procédures aboutissant à une certaine qualité. Elle ne garantit donc aucun résultat précis mais simplement la réunion de moyens suffisants pour que le résultat soit éventuellement atteint. Que se passerait-il, dès lors, si précisément, des moyens suffisants n'étaient pas mis en œuvre par l'entreprise certifiée ? Une responsabilité à l'égard du maître d'ouvrage serait-elle susceptible d'intervenir ? On peut en douter dans l'absolu. En effet, de deux choses l'une :
- Ou les travaux commandés ont été correctement réalisés et, par voie de conséquence, le maître d'ouvrage n'a aucune raison de se plaindre, même si les moyens mis en œuvre n'étaient pas conformes à la norme.
- Ou l'ouvrage n'a pas été réalisé conformément au contrat. Dans ce cas, la mise en cause de la responsabilité des entrepreneurs sera faite sur le fondement du non respect du contrat. S'il s'agit de la réalisation d'un ouvrage, la responsabilité sera, dans la plupart des cas, une responsabilité avec obligation de résultat, c'est à dire, une responsabilité sans faute. Le maître d'ouvrage n'ayant pas à démontrer un quelconque manquement de l'entrepreneur à ses obligations, le fait que celui-ci n'ait pas respecté ses obligations liées à la certification n'aura aucun impact particulier. Il n'en irait autrement que dans les hypothèses de responsabilité exigeant la preuve d'une faute. Mais, la faute susceptible d'être reprochée au maître d'ouvrage sera alors le manquement à une règle de l'art précise, et là encore, point ne sera besoin de se référer à la certification. Le non respect de la certification n'aura donc pas d'impact, sauf recours aux théories du dol ou de la tromperie, comme nous le verrons par la suite.

- b – Responsabilité en cas de non-respect de la certification obtenue pour le produit ou l'ouvrage lui-même

98 Le constructeur qui s'est spécifiquement engagé au titre du certificat et l'a intégré dans la sphère contractuelle est dans une situation différente. Il doit alors offrir le service ou le résultat qu'il a promis, sauf à engager sa responsabilité contractuelle. Tout autre raisonnement aboutirait à vider de toute portée réelle l'engagement pris par le constructeur au titre de son label. La jurisprudence suit d'ailleurs cette analyse et n'hésite pas à sanctionner les constructeurs qui n'ont pas respecté leur label. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel de Versailles du 20 décembre 1998, a condamné un vendeur d'immeubles à construire qui avait promis une installation électrique conforme au confort Label plus PROMOTELEC sans tenir son engagement (C.A. Versailles 20 décembre 1998, R.D. Imm. 1999 269 obs. Saint-Alary Houin).

La responsabilité au titre du non-respect de la certification est, en l'espèce, incontournable dans la mesure où aucune autre base juridique d'action n'est offerte au maître de l'ouvrage. Cette mise en cause de la responsabilité du maître de l'ouvrage pourrait intervenir même dans l'hypothèse où le certificat n'aurait pas été directement mentionné à l'intérieur des documents contractuels eux-mêmes, mais qu'il y aurait été simplement fait

référence dans la publicité. La jurisprudence tend, en effet, à donner, dans certaines hypothèses, tout leur effet à des mentions publicitaires (cf., à titre de comparaison, C.A. Paris 10 octobre 1997, R.D. Imm. 1998, 105, obs. Saint-Alary Houin ; cf. également F. Cohet Cordet, Documents publicitaires et obligation de renseignement du vendeur, A.J.P.I. 1996, 892).

En toute hypothèse, les indications du référentiel ne peuvent à ce titre se substituer aux mécanismes transactionnels ou contentieux qui s'offrent à une victime.

- 2 - Responsabilité délictuelle

99 La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle pourrait notamment être envisagée dans le cas où un acteur du marché s'estimerait lésé par les pratiques d'une entreprise qui procéderait à l'apposition de signes distinctifs sans être déclarée. L'action viserait ainsi à la réparation des conséquences dommageables résultant, pour un concurrent, de l'apposition indue du signe de qualité, apposition qui constitue nécessairement une faute puisque faite en violation des dispositions du code de la consommation.

Une action en concurrence déloyale pourrait également être intentée par des fédérations professionnelles ou des entreprises agissant à titre individuel. Elle est, en effet, ouverte à n'importe quel concurrent, y compris celui venant d'un des Etats membres de l'Union européenne ou lié par les accords de l'OMC. Mais l'on peut émettre des réserves sur ses chances de succès en raison des obstacles classiquement constitués par la difficulté d'établir un lien de causalité entre le préjudice invoqué (captation de clientèle) et la faute.

- 3 - Remise en cause de la validité du contrat passé par l'entreprise

100 En vertu des articles 1110 et suivants du code civil, le consentement des cocontractants ne doit pas être vicié, sous peine d'entraîner la nullité des contrats. A ce titre, sont susceptibles de remettre en cause la validité du contrat l'erreur, la violence et le dol. La violence n'étant pas ici imaginable, reste à examiner l'impact éventuel d'une erreur, et surtout, de l'erreur provoquée qui pourrait résulter d'une présentation trop flatteuse et inexacte, par l'entreprise, de ses qualités et des labels qu'elle est susceptible d'obtenir.

Traditionnellement, le fait de vanter de manière exagérée ses produits constituait un « bon dol » sans impact sur le contrat. Comme le précisent Messieurs TERRE, SIMLER et LEQUETTE (Précis DALLOZ de Droit des obligations, 7ème édition, n° 124), ce tempérament traditionnel semble néanmoins aujourd'hui en net recul. La jurisprudence a désormais tendance à considérer qu'une erreur est toujours excusable lorsqu'elle est due à la mauvaise foi de l'autre partie. Une exagération des qualités d'une entreprise ou d'un produit devra donc être considérée comme dolosive dès lors qu'elle aura pu avoir une influence déterminante sur le consentement de l'autre cocontractant. Toute la question est donc de savoir si, en pratique, l'existence d'une certification ou sa présentation trop flatteuse a pu influer sur le consentement de l'acquéreur.

De ce point de vue, malgré l'absence de jurisprudence en la matière, les juges pourraient considérer qu'une entreprise s'attribuant le bénéfice d'une certification à laquelle elle n'a aucun droit effectue une manœuvre frauduleuse ayant pu avoir un impact direct sur le consentement de son cocontractant et, en conséquence, pourraient annuler le contrat.

La solution est, en revanche, moins certaine dans l'hypothèse d'une présentation inexacte de la certification obtenue et de sa valeur réelle. Le juge refuserait très probablement d'annuler le contrat si celui-ci avait été passé par un cocontractant professionnel compte tenu de l'aptitude de ce dernier, entrepreneur lui-même ou professionnel de la construction, à apprécier la réalité des dires présentés. Il pourrait à l'inverse, confronté à un consommateur immobilier, faire le parallèle entre dol et publicité mensongère.

Une condamnation pénale n'est pas nécessaire au prononcé de la nullité. Le dol civil peut être admis par le juge civil alors même que tous les éléments constitutifs des infractions vues plus haut (cf supra n° 92) ne seraient pas réunis. En revanche, même si une certaine autonomie se manifeste entre le droit civil et le droit pénal, toute tromperie ou publicité mensongère, au sens du droit pénal, pourrait être considérée comme conduisant à une altération du consentement du cocontractant et donc à une nullité du contrat pour dol. Une éventuelle condamnation pénale d'une entreprise utilisant de manière abusive un certificat de qualité inciterait certainement le juge à considérer, au civil, que le consentement du cocontractant, au moins s'il est un consommateur, a été trompé. La nullité du contrat pour dol serait, en conséquence, certainement prononcée.

B – Responsabilité de l'organisme certificateur.

101 Cette responsabilité doit être examinée tant au regard de son cocontractant direct, c'est à dire l'entreprise certifiée, qu'au regard du tiers que constitue le cocontractant de l'entreprise certifiée.

- *1 – Responsabilité vis à vis de l'entreprise certifiée*

102 La responsabilité de l'organisme certificateur à l'égard de l'entreprise certifiée est toujours de nature contractuelle. En effet, la certification intervient en vertu d'un contrat de prestation de service à titre onéreux. Tout manquement de l'organisme certificateur à ses obligations engage donc sa responsabilité contractuelle vis à vis de son cocontractant. Il devrait, notamment, à ce titre, supporter les éventuelles actions récursoires qui pourraient être intentées contre lui par son cocontractant actionné par un tiers sur le fondement d'une certification insuffisante. Mais, très souvent, l'organisme certificateur aura mis dans le contrat une clause restrictive voire exonératoire de toute responsabilité. La légalité et l'efficacité d'une telle clause doivent être étudiées.

En matière contractuelle la jurisprudence considère que les clauses de non responsabilité sont valables (Cass. Civ. 24 janvier 1874, D.P. 76 I 133 ; 12 mai 1930, D.H. 30, 345). Cependant, deux limitations importantes apparaissent aussitôt.

En premier lieu, une jurisprudence déjà très ancienne, interdit à un cocontractant, de s'exonérer par avance de son dol ou de sa faute lourde (C.A. Rennes 24 octobre 1932, D.P 32 176 ; 29 juin 1932, D.P. 1933, 49 ; Com. 7 mai 1980, D. 1981 245 ; 15 déc. 1992, Bull. Civ. IV ,n° 420). La faute lourde est appréciée souverainement par les tribunaux mais de manière aujourd'hui assez large. Ainsi, le fait, pour une société de classification maritime, professionnelle du contrôle, de ne pas avoir décelé les vices d'un navire, qu'un examen diligent lui aurait permis de découvrir, est constitutif d'une faute lourde, exclusive donc de toute exonération de responsabilité (CA Versailles, 21 mars 1996, D. 1996, 147, note Letourneau).

Une évolution jurisprudentielle récente exclut ensuite toute validité d'une clause restrictive ou exonératoire de responsabilité portant sur *l'obligation essentielle du contrat* (Com. 22 oct 1996, Bull. Civ. IV, n° 261, arrêt ayant décidé que Chronopost ne pouvait limiter sa responsabilité en cas de retard dans l'arrivée du courrier).

Au regard de ces éléments, un organisme de certification refusant à tort un certificat ne paraît pas de nature à pouvoir se dégager de sa responsabilité dans la mesure où la correcte vérification des compétences de l'entreprise ou des produits fait partie des obligations essentielles auxquelles il est soumis. De même, l'octroi abusif d'un label pourrait conduire au même résultat même si, en pratique, on voit mal le bénéficiaire reprocher cet octroi à l'organisme certificateur.

En définitive, il s'avère que les organismes certificateurs ne sauraient insérer de clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité portant sur leurs obligations essentielles de certification ou les exonérant de leurs fautes lourdes. En revanche, de telles clauses demeurent possibles dans d'autres hypothèses de responsabilité (retard dans la certification, perte de documents fournis etc…).

Même en tenant compte de la restriction du domaine d'une telle clause limitative de responsabilité, la mise en cause concrète de la responsabilité de l'organisme certificateur par les entreprises paraît devoir s'avérer peu fréquente.

- *2 – Responsabilité des organismes certificateurs vis à vis des tiers*

103 Les tiers, maîtres d'ouvrages privés ou publics, n'ont aucun lien contractuel avec l'organisme certificateur. Cependant, ils constituent l'élément central du système de certification, démarche commerciale tendant à pousser à l'utilisation des entreprises ou des produits certifiés ou labellisés. Le label tend à accroître la confiance dans l'entreprise ou le produit. Le destinataire de ce label est donc, commercialement parlant, l'homme clé du système. Le maître d'ouvrage professionnel ou le consommateur immobilier est ainsi, par nature, le premier et le plus gravement affecté par un manquement quelconque aux obligations de l'organisme certificateur. Il peut donc, d'évidence, tenter de mettre en jeu la responsabilité civile de cet organisme qui, pourtant, considère y échapper.

Une première règle doit tout d'abord être rappelée, afin de clarifier le débat. Si la jurisprudence admet la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière de responsabilité contractuelle, il n'en est pas de même en matière de responsabilité délictuelle. Les articles 1382 et 1383 du code civil sont, en effet, considérés comme étant d'ordre public et susceptibles de ne faire l'objet d'aucune dérogation (Cass. 2ème Civ. 17 fév. 1955, D. 56, 17, note Esmein, JCP 1955, II, 8951, note Rodière ; 28 nov. 1962 Bull. Civ. II, n° 755). Les organismes certificateurs ne sauraient donc s'exonérer de toute responsabilité à l'égard des utilisateurs finals du produit ou des services.

Reste à savoir sur quel fondement cette responsabilité pourrait être mise en œuvre, c'est à dire, quelles fautes pourraient être reprochées à l'organisme certificateur ? De ce point de vue, trois catégories de fautes pourraient être relevées : celles relatives au référentiel, à la bonne application du référentiel et à celle du label.

- a - Responsabilité relative au contenu du référentiel de certification

104 L'article L 115-27 du code de la consommation précise que le référentiel est un document technique définissant les caractéristiques que doit présenter un produit ou un service et les modalités du contrôle de la conformité du produit ou du service à ces caractéristiques. L'article R 115-9 en détaille le contenu. Il prévoit cependant un contenu formel obligatoire mais ne définit pas d'exigences minimales de fond devant être respectées et dont le non respect entraînerait la faute d'organismes certificateurs. L'absence de faute est, en la matière, d'autant plus patente que toute certification doit présenter les caractéristiques certifiées. A partir du moment où ces dernières sont clairement énoncées dans l'acte de certification, l'utilisateur du produit ou du service sait, au moins en théorie, quelle est la portée du certificat ou du label et ne peut donc, dès lors, se plaindre, après coup, de ce que le fondement de la certification serait un référentiel insuffisant. Il n'en irait autrement que si une certification par trop indigente était considérée par le juge, à l'égard d'un consommateur, comme équivalente à un absence de certification ou comme une certification mensongère.

- b - Responsabilité relative au contrôle effectué par l'organisme certificateur ou pour son compte

105 La vérification de la conformité au référentiel est une obligation fondamentale de cet organisme. Toute lacune dans la réalisation de ce contrôle peut constituer une faute susceptible de générer, pour le maître d'ouvrage, professionnel ou non, un préjudice directement lié à cette faute et donc entraîner la mise en cause de sa responsabilité civile.

Cependant, ce moyen de recours paraît d'une utilisation plus aisée en théorie qu'en pratique. Face à un référentiel relativement banal, il sera rare que le contrôle ait abouti, de manière anormale, à un résultat positif. De plus, la preuve que le contrôle n'aurait pas été effectué de manière satisfaisante sera, pour le tiers, relativement voire extrêmement difficile. Souvent, la seule façon, pour lui, de démontrer le caractère hâtif ou bâclé du contrôle sera de mettre en exergue la mauvaise qualité du produit visé ou de l'intervention de l'entreprise certifiée. Mais, on se heurtera, alors, souvent au fait que cette certification ne garantit pas véritablement un produit fini ou un service mais se contente d'indiquer que telle entreprise a les moyens d'effectuer correctement le travail demandé. Or, sauf dans les cas les plus graves, il paraît difficile, voire impossible, de considérer que la non-obtention d'un résultat entraîne, d'elle même, défaillance dans la mise en œuvre des moyens. Toutefois, ce lien entre résultat et moyens est parfois fait par la jurisprudence dans d'autres domaines. Ainsi, le sous-traitant est délictuellement responsable à l'égard du maître d'ouvrage, lequel doit, pour l'instant, prouver à son égard l'existence d'une faute. Les tribunaux admettent cependant que la mauvaise exécution du contrat passé entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal soit, en elle-même, constitutive d'une faute délictuelle dans les rapports entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage (Cass. 3ème Civ. 8 avril 1992, Bull. Civ. 1992 III, n° 117 p. 71). Le parallèle n'est cependant pas absolu. Le sous-traitant doit exécuter une partie des obligations que s'est engagé à assumer l'entrepreneur principal alors qu'en l'espèce, l'organisme certificateur n'a aucunement dans sa mission de réaliser tout ou partie du contrat passé entre l'entreprise certifiée et le maître d'ouvrage, professionnel ou non.

La responsabilité délictuelle de l'organisme certificateur paraît, en revanche, pouvoir être assez facilement engagée par le maître d'ouvrage dans l'hypothèse de sinistres répétitifs ayant affecté les travaux ou les produits d'une entreprise sans que l'organisme certificateur ne

réagisse et, faute d'amélioration, ne retire la certification. Le label n'est, en effet, pas obtenu une fois pour toute mais, doit, dans tous les cas, faire l'objet d'une vérification a posteriori de son bien fondé. Des plaintes émanant d'utilisateurs du produit ou du service doivent pousser l'organisme certificateur à réagir au plus vite. Son abstention serait indiscutablement constitutive d'une faute susceptible d'entraîner droit à dommages et intérêts pour toutes les victimes du maintien injustifié du label.

On pourrait d'ailleurs se demander si, l'organisme certificateur laissant perdurer des infractions visées au code de la consommation et commises par une ou plusieurs entreprises certifiées ne pourrait par être poursuivi comme complice pour fourniture de moyens et d'assistance dans la mesure où le non-retrait du certificat ou du label est bien un des moyens qui permet, effectivement, la perpétuation de l'infraction. Mais des poursuites n'ont quelques chances de succès que dans les cas particulièrement révélateurs.

- c - Responsabilité en cas d'utilisation injustifiée du label.

106 Cette hypothèse est différente de la précédente dans la mesure où elle vise une entreprise qui, soit utiliserait un label sans avoir été certifiée ou contrôlée, soit s'attribuerait à tort des éléments certifiés qui ne l'auraient pas été, soit encore, présenterait de manière excessive ou abusive la portée réelle ou l'importance du label ou du certificat de qualité. Dans tous ces cas, la faute est une faute de l'entreprise dont nous avons vu plus haut qu'elle pouvait d'ailleurs être assez facilement qualifiée. En revanche, la responsabilité de l'organisme certificateur, lequel peut être totalement étranger à l'attitude de l'entreprise peut difficilement être mise en cause. En effet, ce n'est que dans l'hypothèse où l'organisme certificateur aura pu être averti, d'une manière ou d'une autre, du mauvais emploi du label que pourrait reposer sur lui une obligation d'action. Et encore, cette obligation ne nous paraît pouvoir découler que des liens d'un contrat l'unissant à une entreprise ayant demandé ses services et qui ne respecterait donc pas les modalités et les limites de la certification obtenue. On ne saurait reprocher à un organisme certificateur de ne pas défendre son certificat (sauf, pour lui, risque de déchéance de son droit à la marque), ou du moins, cette carence ne paraît pas, à l'égard des tiers, constituer en elle-même une faute civile ou pénale. Il ne pourrait en aller autrement que si pouvait être démontrée une collusion frauduleuse entre l'entreprise utilisatrice à tort du label ou de la certification et l'organisme certificateur, ce qui paraît devoir être exclu, ou que si était considérée comme une faute le fait, par exemple, de ne pas se constituer partie civile en cas de violation de la législation, ce qui n'est pas le cas.

C - <u>Responsabilité de l'Etat</u>.

107 La responsabilité de l'Etat apparaît encore plus lointaine et plus difficile à mettre en œuvre que celle de l'organisme certificateur.

Deux axes de recherche peuvent néanmoins être envisagés touchant, d'une part, le contrôle que l'Etat doit effectuer sur les organismes certificateurs et, d'autre part, l'obligation pour l'Etat de faire respecter la réglementation qu'il édicte.

- 1 – Responsabilité au titre de l'accréditation et de la surveillance des organismes certificateurs ?

108 L'intervention de l'Etat en matière de certification est totalement absente pour les labels n'obéissant pas à la loi du 3 janvier 1994. Et même lorsque la certification entre dans le champ d'application des articles L. 115-27 et suivants, les dispositions applicables sont peu nombreuses.

- a - Responsabilité au titre de l'accréditation

109 L'article L. 115-28 et les articles R. 115-1 et suivants donnent à l'Etat un rôle minimal dans la procédure d'accréditation et de déclaration décrite plus haut (cf supra n°14 et s). En pratique, la responsabilité éventuelle de l'Etat au titre d'une accréditation hasardeuse paraît donc relativement difficile à engager.

De plus, l'article R. 115-5 précise que la publication des organismes certificateurs *n'a aucune valeur de reconnaissance officielle et n'engage pas la responsabilité de l'Etat*. Cependant l'Etat ne semble pas pouvoir évacuer, par le biais d'un texte simplement réglementaire, sa responsabilité. Les évolutions actuelles du Conseil Constitutionnel pourraient en effet conduire à considérer qu'il ne peut se déclarer irresponsable. Même si le principe n'a pas encore été clairement posé, certains arrêts relatifs à des limitations de réparation pour le préjudice, vont dans ce sens (Conseil Constitutionnel, 13 décembre 1985, Recueil Cons. Const., p. 78) .

- b - Responsabilité au titre de la surveillance

110 En matière d'activité de contrôle et de tutelle, la jurisprudence administrative avait traditionnellement subordonné la mise en cause de la responsabilité à l'existence d'une faute lourde (CE 10 juillet 1957 Ministre du Travail Recueil p 467 ; 2 février 1960, Campman r p 107 ; 24 janvier 1964 Achart, r p 43 ; 23 décembre 1981 Andlauer R p 487).

Cependant, il semble que la jurisprudence la plus récente revienne, à propos des activités de contrôle comme dans d'autres secteurs, sur l'exigence d'une faute lourde. Ainsi, dans un arrêt du 25 mars 1995, (Commune de Guisainne, Recueil C.E. p. 162), le Conseil d'Etat a admis le caractère suffisant d'une faute simple à propos de la responsabilité de l'Office National des Forêts du fait de sa mission de surveillance des forêts et un arrêt de la C.A. de Paris du 30 mars 1999 (Monsieur SHIKH, RFDA 1999 p 1067 ; AJDA 1999 p. 951) a retenu le caractère suffisant d'une faute simple en matière de surveillance et de contrôle des établissements de crédit bancaire. Il en va d'ailleurs de même en matière de surveillance et de contrôle des entreprises d'assurance (C.A.A. Paris 13 juillet 1999, Groupe d'Entresangle, AJDA 1999, p. 953). Toutefois, même en admettant qu'une faute simple soit suffisante, sa preuve, plus facile, ne sera cependant pas évidente.

De plus, le COFRAC étant une personne morale de droit privé, la responsabilité de l'Etat pour le fait de ce dernier ne pourrait être admise que si l'on acceptait de considérer qu'il agit, dans le domaine étudié, comme délégataire d'une mission de service public. Or, la certification de la loi de 1994 est, sauf en ce qui concerne la marque NF, de nature commerciale et strictement privée. On voit donc mal comment justifier aussi bien en droit qu'en opportunité l'hypothèse d'une responsabilité de l'Etat (à la différence de ce qui a pu être soutenu dans le cas où le COFRAC intervient dans le cadre de la notification en vue des

marquages CE in A.Penneau et F. Péraldi-Leneuf, étude préc., 1ère partie). A la limite, seule pourrait être envisagée une responsabilité pour faute si, informée de l'existence de nombreux dysfonctionnements, une administration n'avait pas diligenté les agents compétents pour dresser des procès-verbaux de nature à déclencher les actions pénales précédemment étudiées à l'encontre des organismes certificateurs fautifs (sous réserve des observations faites à ce sujet infra n°112).

- 2 – Responsabilité en matière d'établissement du référentiel ?

111 L'article L. 115-27 alinéa 2 et, surtout, les articles R 115-8 et suivants précisent que :

« Les référentiels doivent, dans les conditions indiquées au 3° de l'article R 115-2 être élaborés et validés en consultation avec des représentants des diverses parties intéressées, et notamment les associations ou organismes représentatifs des professionnels, les associations ou organismes représentatifs des consommateurs et des utilisateurs ainsi que les administrations concernées. Lorsqu'il s'agit de documents élaborés unilatéralement, ils doivent au moins être validés par les représentants des diverses parties intéressées précitées. L'organisation de la concertation et de la validation incombe à l'organisme certificateur qui est tenu d'y associer l'ensemble des partenaires intéressés, dans le respect des engagements qu'il a pris, conformément aux dispositions du 3° de l'article 315-2. »

L'Etat n'intervient donc, à aucun titre, lors de l'élaboration de ce référentiel sous réserve, cependant, conformément à l'article R. 115-8, des Administrations concernées. Cependant, comme nous l'avons vu plus haut, les textes ne sont pas très prolixes sur la part respective que prennent chacune des associations ou parties présentes dans l'élaboration. Il n'est d'ailleurs même pas certain que le référentiel puisse être refusé dans l'hypothèse où les membres des Administrations concernées l'estimeraient insuffisant. L'article R. 115-8, tout comme l'article R. 115-11 ne sont pas clairs sur ce qu'il faut entendre par validation. Si les référentiels sont élaborés et validés en concertation avec divers organismes dont les Administrations concernées, il s'avère que la validation est faite par l'organisme certificateur. Or, aux termes de l'article R. 115-11, les référentiels validés font l'objet d'une publicité sous la forme d'un avis au J.O. de la République Française. Il n'est précisé nulle part que cette publicité pourrait être refusée. On ne voit d'ailleurs pas très bien sur quelles bases un référentiel ne serait pas validé dans la mesure où l'article L. 115-27 le présente comme « *un document technique définissant les caractéristiques que doit présenter un produit ou un service, et les modalités du contrôle de la conformité »*. Si l'on peut, à la rigueur, admettre qu'un contrôle insuffisant pourrait faire douter de sa validité, les caractéristiques que doivent présenter le produit ou le service restent totalement libres et on l'a vu d'ailleurs, en pratique, que leur niveau d'exigence est des plus variable.

Rien n'empêche donc expressément, dans la législation actuelle, de certifier un produit ou un service répondant à des caractéristiques minimales. A partir du moment où le contrôle correspondra bien au référentiel, aucun obstacle ne s'opposera à sa validation et à sa publication au Journal Officiel. Seuls de graves défauts, quant aux modalités prévues du contrôle pourraient poser problème. Logiquement, l'Etat devrait s'opposer à la publication d'un référentiel prévoyant un contrôle indigent. Si la jurisprudence sur les fautes normales en matière de contrôle se vérifiait, la responsabilité de l'Etat pourrait être engagée et sans doute, serait-il nécessaire de clarifier législativement la question sur ce point.

- 3 – La responsabilité de l'Etat dans l'application de la loi

112 L'Etat serait-il susceptible d'engager sa responsabilité, indépendamment de toute attribution d'un label ou d'un certificat de qualité, en ne mettant pas fin à des dérives, dont il aurait connaissance, dans l'utilisation de ces labels ou de ces certificats ?

L'article L 115-31 donne qualité, pour procéder à la recherche et à la constatation des infractions, aux agents de l'Etat, et en particulier à ceux de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, des Douanes et Droits indirects, etc… Il en va de même d'ailleurs en matière de publicité mensongère ou de tromperie. La carence de l'Etat dans l'application d'une réglementation protectrice des intérêts du public a déjà été retenue dans de nombreux domaines et, sans que, bien sur, un parallèle absolu puisse être fait, la faute simple semble s'imposer en la matière, au regard des arrêts intervenus depuis 1992, 1993, en matière de V.I.H. (CE Assemblée 9 avril 1993, Monsieur G. Recueil p 110 ; 10 avril 1992, Epoux V. Recueil p 171).

Cependant, une telle faute suppose, d'évidence, dans un domaine où ni la santé ni la sécurité publique ne sont en jeu, que l'Etat ait été spécialement averti du mauvais respect de la réglementation qu'il a édictée. De surcroît, devrait être démontrée l'existence d'un lien de causalité convaincant entre une éventuelle carence de l'Etat en matière de poursuite d'infractions pénales relative à une certification, et le préjudice qui pourrait en découler pour d'éventuels consommateurs ou maîtres d'ouvrage. Or, d'une part, l'Etat n'a pas le monopole de la poursuite, et d'autre part, rien ne permet d'assurer que la plainte déposée par un service de l'Etat aurait débouché sur une poursuite pénale effective et encore moins sur une condamnation. Le principe de l'opportunité des poursuites exclut en la matière toute certitude et tout automatisme. On pourrait d'ailleurs penser que la plainte des services de l'Etat entre dans le cadre d'une procédure pénale et que, dès lors, même si la jurisprudence tend à réserver aux seuls tribunaux le principe de la faute lourde, une faute lourde devrait, néanmoins être nécessaire pour entraîner la condamnation de l'Etat dans sa carence. Vouloir donc engager la responsabilité financière de l'Etat en la matière paraît quelque peu aléatoire.

D - <u>Responsabilité de l'organisme accréditeur : le COFRAC</u>

113 L'activité d'accréditation ne saurait être exercée sans risque et l'on doit donc évoquer la possibilité que la responsabilité du COFRAC soit mise en cause. Les sources d'une telle responsabilité sont plus ou moins certaines.

En ce qui concerne l'acte initial de certification, il est assez évident que le principe d'une responsabilité pour faute doit être retenu s'il apparaît que le COFRAC a manqué aux diligences dans l'appréciation de la situation du candidat à l'accréditation mentionnées supra. A cet égard, il faut d'ailleurs certainement considérer que l'organisme accréditeur ne doit pas se contenter des déclarations de l'organisme candidat pour décider de l'accréditation, mais doit procéder à des investigations. On notera d'ailleurs, au passage, que, sur le terrain de la responsabilité contractuelle, un candidat à l'accréditation pourrait mettre en cause la responsabilité du COFRAC si le rejet de sa demande d'accréditation procédait d'une faute dans l'examen de son dossier.

Par ailleurs, on pourrait s'interroger sur le principe de la responsabilité du COFRAC dans la surveillance des activités des organismes qu'il a précédemment accrédités. Une telle

obligation ne figure pas dans les textes, non plus que la possibilité de retrait d'une accréditation, ce qui laisse planer un doute important sur le bien fondé d'une telle hypothèse de responsabilité et pourrait appeler à une modification de la réglementation.

Il n'en reste pas moins que, dans chaque cas de responsabilité avéré, la mise en œuvre contentieuse reste très aléatoire dans la mesure où, encore une fois, il serait en pratique très difficile de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre une faute du COFRAC et le préjudice prétendument subi par le cocontractant d'une entreprise bénéficiant d'une certification .

Finalement, en conclusion de ce chapitre, il apparaît que les règles de responsabilité applicables à ces questions de certification aboutissent à ce que le système fonctionne sans créer d'obligations très lourdes à la charge des différentes parties prenantes et donc sans générer de responsabilités importantes. L'absence ou la légèreté des règles juridiques applicables au système rend celui-ci imperméable à toute responsabilité véritablement efficace. Cela donne l'impression, par certains côtés, que le système s'enferme dans une reconnaissance formelle peu sanctionnée. Il ne peut y avoir d'efficacité réelle sans utilité certaine et responsabilités corrélatives. Toutes ces remarques nous conduisent à proposer un certain nombre d'éléments susceptibles de rendre meilleur le système actuel.

CHAPITRE II
PROPOSITIONS D'AMELIORATION DU SYSTEME

113 Les analyses menées plus haut ont montré que, si le système de certification ne présentait pas de trop graves désordres, il était néanmoins susceptible d'être amélioré sur un certain nombre de points. Deux questions essentielles se posent. Tout d'abord, faut-il maintenir la dualité du système actuel, certains labels étant totalement libres et d'autres relevant de la loi de 1994 ? Ensuite, faut-il modifier le régime de la loi de 1994 pour le rendre plus efficace encore ? Nous distinguerons donc la question du champ d'application et du contenu de la réglementation.

Section I - Clarification du champ d'application de la réglementation

La certification de qualité en droit français se présente aujourd'hui sous deux formes différentes . L'une totalement laissée au libre arbitre des entreprises en cause, l'autre encadrée par l'Etat dans le cadre des articles L 115-8 et suivants du code de la consommation. Ce système dual peut-il être maintenu en l'état ou doit-il, au contraire être réformé ? La question des frontières externes du régime légal se pose tout comme celle des frontières internes entre les différents régimes de certification

§ 1 – Clarification des frontières externes

La coexistence d'une certification réglementée et d'une autre qui ne l'est pas présente des inconvénients, ce qui nous conduira à envisager certaines modalités de réforme.

A - <u>Inconvénients du système dual actuel</u>

Le système dual, actuellement en vigueur, présente l'avantage évident d'une grande souplesse. Il laisse la place à une auto-certification par une entreprise ou par un groupe d'entreprises de leurs produits ou de leurs services. Cette certification par l'entreprise de son propre produit ne paraît pas devoir être remise en cause car elle fait partie d'une démarche commerciale normale. Il serait dangereux, et sans intérêt pour les pouvoirs publics, d'empêcher une entreprise de pouvoir attester des qualités de son produit ou de son service. Toute démarche commerciale et toute publicité est d'ailleurs basée sur une représentation attrayante d'un produit ou d'un service. De ce point de vue, les certificats d'authenticité ou de garantie qu'une entreprise délivre à ses propres produits ou à ses propres services, s'ils n'ont pas toujours une grande valeur, n'ont pas d'inconvénients majeurs. Il n'en va autrement qu'en cas de certification fausse qui place les entreprises dans une situation de tromperie, ou, à tout le moins, de publicité mensongère. Il en irait de même si les attestations mises en avant par l'entreprise étaient présentées, de manière fausse, comme émanant d'organismes tiers et donc entrant dans le champ de la loi de 1994.

Toute autre est la situation dans laquelle la certification de qualité est délivrée par un organisme tiers. De ce point de vue, une différence pourrait paraître pertinente entre une certification octroyée par un organisme totalement étranger à l'entreprise et une certification faite par un groupement d'entreprises dont fait partie l'entreprise certifiée ou labellisée. On pourrait penser en effet que, dans cette hypothèse, l'organisme certificateur n'est pas totalement tiers. Mais, en réalité, ces situations sont trop proches pour pouvoir justifier une différence de régime juridique. Dans les deux cas, en effet, le label sera présenté comme extérieur et acquerra la force identique à un label effectivement extérieur. La réglementation susceptible de s'y appliquer doit donc être la même.

Dès lors, il faut examiner les inconvénients d'un système dual, aussi bien pour ces labels totalement extérieurs que pour ces certifications faites par un groupe d'entreprise.

A priori, le risque le plus important de problèmes pourrait provenir de la confusion susceptible d'être entretenue dans l'esprit des acheteurs ou maîtres d'ouvrage entre le système légal et le système conventionnel. Les uns et les autres pourraient, en effet, penser se trouver face à des garanties équivalentes alors qu'il n'en est rien. Cependant la confusion susceptible d'être entretenue ne porte pas nécessairement sur un bon et un mauvais système. Le certificat de qualité délivré dans le cadre des articles L 111-27 et suivants du code de la consommation n'est pas forcément meilleur que le système proprement conventionnel. Rien n'empêche les entreprises de se soumettre, dans un système conventionnel, à des exigences relativement élevées et correctement contrôlées par l'organisme certificateur. Au contraire, dans le système légal, réduites peuvent être les caractéristiques certifiées et indigentes les modalités du contrôle sans que, pour autant, la certification puisse être écartée.

Cependant, s'il apparaît ainsi qu'une certification délivrée dans le cadre de la loi de 1994 n'est pas forcément supérieure à une qualification conventionnelle, il n'en demeure pas moins que toute qualification devrait voir son efficacité soumise à un contrôle minimal de la part de l'Etat. A partir du moment où intervient, en effet, un organisme tiers, l'indépendance et l'impartialité de cet organisme doivent pouvoir être vérifiés et attestés par l'Etat. Dans le cas contraire, les risques de délivrance du label sur le fondement de critères incontrôlables ou de simple achat du label moyennant le versement d'une somme d'argent ne peuvent être écartés. Il nous apparaît, de ce point de vue, que toute certification extérieure à l'entreprise devrait être soumise à la loi de 1994. Cette solution ne nécessite pas d'ailleurs d'importantes modifications. L'interprétation de cette loi nous a conduits, dans la première partie, à affirmer l'existence d'une telle solution en l'état actuel des textes. Mais il nous paraît indispensable de la rendre plus lisible qu'elle ne l'est aujourd'hui et, dans ce but, de modifier certains aspects de la rédaction des textes.

B - <u>Modalités d'une possible amélioration</u>.

L'article L 115-27 précise que constitue une certification de produits ou de services soumise aux dispositions de la présente section, « *l'activité par laquelle un organisme, distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur ou du prestataire, atteste, à la demande de celui-ci, effectuée à des fins commerciales, qu'un produit ou un service est conforme aux caractéristiques décrites dans un référentiel et faisant l'objet de contrôles*. »

La loi de 1994 s'applique donc dès lors qu'il y a <u>référentiel</u>, <u>contrôle</u>, <u>organisme tiers</u>, et <u>fins commerciales</u>. Or, toutes les certifications de qualité que nous avons examinées intègrent ces quatre éléments. Dès lors, elles paraissent à même de relever de la loi de 1994 et c'est donc à tort que certaines ne s'y réfèrent pas expressément. Le texte apparaît néanmoins

ambigu, comme le montrent d'ailleurs, ses travaux préparatoires ainsi qu'il a été vu plus haut. Il suffit, en effet, a priori, que manque un des quatre éléments étudiés plus haut pour que ne s'applique pas la loi de 1994, ainsi par exemple, si l'apposition du signe distinctif n'est pas faite à des fins commerciales mais ouvre la liberté de circulation des marchandises, comme le marquage CE. Cependant, si on écarte cette exception, se mesure le risque que, pour échapper à la loi de 1994, certains organismes tiers suppriment un des éléments obligatoires. Ainsi, aussi paradoxal que cela paraisse, il suffit à un organisme tiers de ne pas avoir de référentiel ou de ne pas effectuer de contrôles pour que, si du moins aucune confusion n'est recherchée avec la certification, ne s'applique pas la loi et que ne soit donc pas assurée, au bout du compte, la protection du consommateur. Cet échappatoire possible de la loi nous paraît excessif et d'ailleurs en contradiction avec le contenu de l'article L 115-30 1° en matière de répression pénale (cf supra n° 74). Il serait donc nécessaire de faire des articles L. 115 et suivants du code de la consommation, un cadre obligatoire dès lors qu'un organisme tiers réalise la certification et, donc, met son autorité au service du développement commercial d'une entreprise ou d'un produit. A ce titre, l'article L. 115-27 devrait préciser expressément que tout organisme tiers effectuant une certification d'un produit ou d'un service doit obligatoirement contrôler la conformité de ce produit ou de ce service à un référentiel prédéterminé.

En définitive, se manifesterait une unité, dans la mesure où toute certification extérieure à l'entreprise serait soumise au même régime. L'étude menée à la demande du Ministère de l'Equipement ne porte que sur les produits et entreprises de construction. Cependant, il ne serait sans doute pas inutile d'étendre cette réforme à l'ensemble de la certification.

§ 2 - Clarification des frontières internes.

Selon l'article L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle, tel que découlant de la loi de 1991, la marque collective de « *est appliquée au produit ou au service qui présente, notamment, quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement.* » De son côté, nous l'avons vu, l'article L 115-27 du code de la consommation issu de la loi du 3 juin 1994 s'applique à la « *certification, effectuée à des fins commerciales, d'un produit ou d'un service conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel…* »

Les termes de produit ou de service constituent, ainsi, une des conditions d'application commune à ces textes. La certification légalement réglementée est donc exclusivement une certification de produits ou de services. Autrement dit, elle ne concerne que le résultat de l'activité d'une entreprise, que ce résultat soit un objet matériel, le produit, ou une simple prestation de services. Mais, précisément, ce rapprochement entre produits et services est moins évident, conceptuellement parlant, qu'il n'y paraît de prime abord. Le service peut, au regard de sa certification, être, en effet, soit tiré vers le produit soit tiré vers l'entreprise elle-même :

- il s'avère très difficile de faire la distinction entre une certification de produit et une certification de service lorsque l'objet exclusif du service est la réalisation du produit. L'ambiguïté est d'ailleurs, en la matière, palpable. Dans la présentation de la certification de service « entreprise générale de bâtiment et de travaux publics » présentée plus haut, il est précisé que « *cette certification n'est pas une certification de moyens, comme le système ISO 9000 qui prend seule en compte l'organisation de l'entreprise.* Elle *porte sur*

la qualité du service fourni, il s'agit donc d'une certification de service visant à la certification des résultats obtenus ». C'est dire, sans ambages, que la qualité du service équivaut à la qualité du résultat. Or, ce résultat est bien un produit au sens étymologique du terme en ce sens qu'il est le résultat de l'activité de l'entreprise. Ici, le service ne doit donc pas être conçu comme étant le fait de servir, l'activité de service, mais comme le résultat. Produit et service sont deux variantes du résultat de l'activité d'une entreprise. Simplement, l'un est plus facilement individualisable, et donc juridiquement qualifiable de bien, que l'autre. Mais, plutôt que de s'obstiner dans la distinction, issue de catégories purement économiques, de produits et de services, ne serait-il pas préférable, au regard du langage juridique, de parler ici, dans les deux cas, de *résultat* ? Ce mot unique présenterait d'ailleurs, un autre avantage, dans la mesure où il rappellerait que, au regard de sa responsabilité juridique, l'entreprise qui promet la réalisation d'un produit ou d'un service, s'engage, dans les deux cas, à atteindre son résultat, puisque l'obligation qu'elle accepte d'assumer est une obligation de résultat. Enfin, il opposerait bien certification d'aptitude et de moyens (ISO 9000 par exemple) et certification de résultat.

- Une certaine confusion règne également entre qualification et certification. Il suffit de relire la présentation de certains organismes dans leurs documents pour le constater : « *Par la certification de l'assurance qualité, l'organisme complète l'information du maître d'ouvrage et du maître d'œuvre, et répond à leur souci de résultat en leur donnant l'assurance, au sens de confiance, que l'entreprise gère la qualité de ses prestations et qu'elle s'est donnée les moyens de réaliser des ouvrages conformes à ses engagements* ». On voit bien ici que la certification de l'organisme garantit autant les services faits par l'entreprise que l'entreprise elle-même. Les documents indiquent d'ailleurs, sans ambiguïté, que la certification professionnelle de l'assurance qualité n'est attribuée qu'à une entreprise préalablement qualifiée. *Par la qualification, l'organisme atteste des capacités techniques pour une entreprise de réaliser des travaux dans une activité donnée à un niveau de technicité défini.* On pourrait donc penser que la qualification vise essentiellement l'entreprise et son organisation interne et la certification davantage l'aptitude à réaliser un service. Mais, cette analyse n'est pas satisfaisante dans la mesure où, comme on l'a vu plus haut, le premier degré de certification, dit « compétence référence », est attribué systématiquement à toute entreprise qualifiée.
- Une troisième ambiguïté se manifeste également dans la mesure où il n'est pas toujours facile de bien distinguer la qualification d'une entreprise et la qualification d'un produit. L'ambiguïté juridique se transpose dans le domaine commercial car, dans les publicités l'accent est davantage mis sur la certification du constructeur que sur celle d'un produit réalisé.

On constate donc, au vu de ces éléments, que l'objet de la certification n'est jamais, sauf exception, très exactement ciblé, et qu'il oscille entre une certification de produit, de service ou d'entreprise. En réalité, le débat pourrait être clarifié en prenant en compte seulement un double but de la certification : soit l'aptitude de l'entreprise à réaliser un certain type de travail, c'est à dire la mesure de ses compétences dans un domaine donné, ce qui correspond à une certification d'entreprise, de moyens; soit la certification de la qualité d'un résultat, que ce résultat soit un produit facilement individualisable, comme un produit ou un ouvrage de construction, telle une maison individuelle ou qu'il soit un service, c'est à dire, qu'il se traduise par la réalisation de travaux comme, par exemple, des travaux d'électricité, de plomberie ou autres.

Cette distinction entre entreprise et résultat conduirait, d'évidence, à différencier les procédures d'octroi de la certification. Dans le premier cas, le référentiel devrait mettre l'accent sur les qualités d'organisation interne de l'entreprise et sur le contrôle de ses éléments. La certification conduirait, alors, a priori, à la vérification de la réalisation de l'objet contractuel en vue duquel elle est donnée. Dans le second cas, les exigences certifiées devraient porter non pas sur l'entreprise mais sur le produit lui-même, et son aptitude, notamment, à parfaitement respecter les normes légales. Elles conduiraient alors à une certification a posteriori et attestant, donc, de l'existence d'un résultat.

Il est en effet souhaitable que, dans l'esprit des consommateurs, aucune confusion n'existe quant à l'objet de la certification et aux garanties qu'elle offre.. Enfin, la distinction proposée servirait aussi à clarifier les responsabilités car l'octroi d'une certification d'entreprise n'engage pas sur un résultat, mais sur des moyens, au contraire de la certification de résultat.

Ces éléments doivent être gardés en mémoire lors de l'étude des améliorations potentielles du contenu de la réglementation.

Section II - Améliorations possibles du contenu de la réglementation

A partir du moment où toute certification se trouve soumise au régime des lois de 1994 et de 1991, un réexamen des dispositions de ces dernières s'avère nécessaire afin d'apprécier leur efficacité et leur pertinence. Deux axes d'évolution nous paraissent envisageable. Tout d'abord, le contenu de la loi de 1994 doit être repensé et ensuite les liens existants entre la loi de 1991 et de 1994 doivent être améliorés.

§ 1 – Amélioration de la loi de 1994 (article L 115-27 et R 115-1 et suivants du code de la consommation).

Tout d'abord, au regard des article L .115-27 du code de la consommation et L. 715-2 du code de la propriété intellectuelle, toute certification doit être encadrée par la loi. Cela implique de préciser expressément que ces textes constituent un cadre obligatoire. Toute certification de produit ou de services bénéficiant d'une marque collective devrait donc, à notre sens, être soumise aux dispositions de la loi. En conséquence, devrait être clairement mentionnée l'impossibilité de délivrer et de faire état d'une certification par tierce partie extérieure à la loi.

Par delà cet élément, un certain nombre de remarques doivent être faites en ce qui concerne tant le référentiel lui-même que la procédure prévue ou les modalités d'information du consommateur.

A – Les améliorations possibles touchant au référentiel

Le référentiel, défini à l'article L. 115-26 alinéa 2, vise à prévoir les caractéristiques que doit présenter un produit, un service, et les modalités de contrôle de la conformité de ce produit, ou de ce service à ces caractéristiques. Il constitue donc l'élément central de la certification dans la mesure où toute l'efficacité de la procédure repose sur lui. Son contenu est fixé à l'article R. 115-9 qui ne fait que confirmer et développer l'article L. 115-27. Quatre éléments obligatoires y figurent : caractéristiques retenues pour décrire les produits ou

services ; nature et mode de présentation des informations considérées comme essentielles, qui doivent être portées à la connaissance des utilisateurs ou des consommateurs ; méthode d'essai de mesures ou d'analyse de thèse ; modalités de contrôle auxquels procède l'organisme certificateur et auxquels s'engagent à procéder les fabricants, importateurs, vendeurs de produits ou prestataires de service. Facultativement, le référentiel peut contenir des engagements pris par les fabricants prestataires concernant les conditions d'installation des produits ou d'exécution des services certifiés, les conditions du service après-vente et de la réparation des préjudices causés aux utilisateurs ou aux consommateurs par la non conformité du produit ou du service aux caractéristiques certifiées.

Cette nomenclature du contenu du référentiel appelle deux remarques critiques :

- Tout d'abord, la liste des 4 éléments obligatoires n'a de conséquence et d'efficacité pratique qu'en vertu du 1°. Tout dépend, en effet, des caractéristiques faisant l'objet du contrôle, et des valeurs limites de ces caractéristiques. Or, par choix délibéré, le législateur ne fixe aucune obligation minimale au contenu quantitatif de ce référentiel. Les caractéristiques certifiées dans le référentiel peuvent donc être peu nombreuses, vagues, limitées dans leur intérêt.

  Toute certification valable et convaincante se doit pourtant de reposer sur un référentiel conséquent. Compte tenu de l'extrême diversité de l'objet de la certification, même en matière de construction, la fixation de règles légales en la matière s'avère impossible. Les modalités de validation du référentiel s'avèrent donc déterminantes. Une telle validation ne devrait intervenir que dans la mesure où le référentiel constitue la base d'un apport réel pour les futurs bénéficiaires de la certification. Elle devrait donc vérifier que le référentiel intègre l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires s'appliquant à un produit ou à un service, et qu'aucune certification ne puisse être faite sur une base inférieure. Pour éviter toute confusion, le respect des mêmes dispositions ne devrait pas conduire à la délivrance d'un label d'une part, et d'un certificat d'autre part.

  Enfin, il serait fort utile que soit distingué clairement dans les référentiels ce qui constitue le simple respect d'une loi d'ordre public applicable et, d'autre part, les éléments supplémentaires, facultatifs ajoutant aux qualités de l'entreprise, du service ou du produit. La nécessité d'une valeur ajoutée a d'ailleurs été démontrée plus haut, car la certification commerciale ne saurait se substituer aux certifications nationales ou communautaires.

  Les modalités concrètes de validation du référentiel devraient également être précisées dans la mesure où le système actuel paraît peut satisfaisant. Nous en reparlerons d'un point de vue procédural.

- Le du 5° de l'article R 115-9, qui rend facultatives l'indication des conditions d'installation des produits, et surtout des modalités de réparation des préjudices causés aux utilisateurs ou consommateurs par la non conformité du produit ou du service, aux caractéristiques certifiées, fait également difficulté, au regard du secteur de la construction, objet de notre étude. Le texte paraît, en effet, sous-entendre, a contrario, que les fabricants ou prestataires pourraient ne pas prendre d'engagements relativement à la réparation des préjudices causés par leurs produits ou leurs services. Or, d'évidence, une telle carence, manifestement contraire à la loi, serait sanctionnée par la jurisprudence. Le vendeur est, en effet, tenu d'une obligation de conformité et le constructeur d'une obligation de résultat relativement aux travaux qu'il effectue. Indépendamment de toute certification, la mise en œuvre leur responsabilité exige la seule démonstration d'un préjudice et d'un lien d'imputabilité avec le produit ou le service. Dès lors que l'on souhaite que les exigences légales soient partie intégrante du référentiel, la responsabilité

ne peut en être un élément facultatif. Il serait particulièrement opportun, au contraire, que les entreprises ajoutent, au titre de la certification, un certain nombre de garanties par rapport à celles qui sont prévues par la loi. Rien n'empêcherait par exemple, le référentiel d'astreindre les entreprises concernées à réparer, dans un délai précis, les désordres ayant pu être causés par le produit ou le mauvais service rendu.

B – Améliorations procédurales possibles

Ces améliorations doivent être examinées au regard des trois temps de la procédure que sont l'accréditation de l'organisme certificateur, la validation du référentiel par l'organisme certificateur, et ensuite, le fonctionnement de la certification par rapport au référentiel.

- 1 – En matière de déclaration ou d'accréditation de l'organisme certificateur.

Deux procédures sont prévues par les articles R 115-1 et suivants :

- Dans la première, l'organisme doit adresser au Ministère chargé de l'Industrie le dossier comprenant toutes les pièces visées à l'article R .115-2. Ce simple envoi, dès lors qu'il est complet, a les mêmes effets qu'une accréditation, puisque l'article L. 115-28 précise que la certification peut être réalisée par des organismes ayant déposé une déclaration relative à leur activité. Ce régime déclaratif est d'évidence, extrêmement favorable à l'organisme certificateur. Il conduit, en effet, à interdire à l'Etat toute possibilité de refus de déclaration. L'article L. 115-28 exige que la déclaration contienne toutes les informations nécessaires en ce qui concerne les mesures destinées à garantir l'impartialité et la compétence de l'organisme certificateur. Mais rien n'est dit sur l'ampleur de l'information ni sur son exactitude. Certes, l'organisme certificateur doit indiquer, en vertu du 1° de l'article R 115-2, ses liens éventuels avec des fabricants, importateurs ou vendeurs de produits ou services objet de la certification qu'il se propose d'opérer. Mais les textes ne précisent pas que la déclaration pourrait être refusée si ces liens apparaissaient trop étroits. Le parallèle avec le régime des associations est, de ce point de vue, intéressant dans la mesure où, précisément, le pouvoir d'intervention à posteriori du Préfet est prévu par les textes, ce qui n'est pas le cas ici. La loi et les décrets conduisent donc à un contrôle minimal, pour ne pas dire des plus formels, de l'accréditation directe par l'Etat d'un organisme certificateur.

- La situation est différente lorsque l'organisme certificateur est accrédité par le COFRAC. Celui-ci est, aux termes de l'article R 115-7, composé d'une manière équilibrée, de manière à assurer la représentation de l'ensemble des intérêts concernés par la certification, sans prédominance de l'un d'entre eux, et rien ne permet de dire que ce texte ne soit pas respecté. Certes, l'article R. 115-6 permet alors une accréditation par le COFRAC au vu d'une déclaration simplifiée ne comportant que les éléments des trois premiers alinéas de l'article R 115-2. L'article R. 115.28 prévoit en en effet, dans cette hypothèse, que les organismes qui bénéficient d'une accréditation par une instance reconnue à cet effet par les pouvoirs publics sont dispensés de fournir les informations relatives à leur impartialité et à leur compétence. Ces dernières sont en effet établies par un document délivré, aux termes de l'article R 115-6 par le COFRAC. Mais la consultation des documents du COFRAC permet de constater que les règles à respecter sont nombreuses et la procédure d'accréditation sérieuse. A titre d'information, dans son

bulletin de juin 1997, 15 organismes avaient été accrédités sur les 29 exerçant une activité de certification, incluant les plus importants d'entre eux.

Mais, paradoxalement, au regard de cette importance réelle des conditions de fond et de forme d'accréditation exigées par le COFRAC, le dossier complet requis par l'article R. 115-2 pour une certification directe paraît très limité et on se prend à se demander s'il n'est pas plus facile d'envoyer la déclaration prévue au Ministère de l'Industrie dans la mesure où le contrôle exercé par ce dernier paraît alors des plus réduits. Sans doute, est-ce d'ailleurs pour cela que l'article R. 111-5 précise que la publication des organismes certificateurs au J.O. n'a aucune valeur de reconnaissance officielle et n'engage pas la responsabilité de l'Etat. Dès lors, ces deux régimes aux exigences et aux coûts inégaux peuvent elles demeurer dans la loi sans créer une rupture d'égalité ? Un droit de contrôle et de refus ne devrait-il pas être conféré à l'Etat ?

La question devient encore plus préoccupante au regard de la situation a posteriori d'une déclaration ou d'une accréditation. Il est effectivement surprenant de constater que rien dans les textes actuels ne permet d'obtenir la cessation d'une activité de certification, pourtant exercée, de manière patente, en violation de la loi. Les dispositions pénales du code de la consommation visent les utilisations de la certification par les entreprises vendant des produits ou fournissant des services, mais non pas les organismes certificateurs qui semblent, de ce point de vue, inutilisables, sous réserve de l'hypothèse de la complicité précédemment évoquée.

Or, il est tout aussi important de s'assurer de la compétence et de l'impartialité ab initio des organismes certificateurs, que d'avoir la certitude que ces qualités perdureront. Mais, les textes ne donnent pas beaucoup de garanties à ce sujet.

En ce qui concerne la formalité de déclaration, l'article R.115-4 prévoit que « Toute modification de l'un des éléments du dossier prévu à l'article R.115-2 doit faire l'objet d'une déclaration dans les mêmes formes et donner lieu à délivrance d'un récépissé dans les conditions prévues à l'article R.115-3 ». On observe donc que l'organisme simplement déclaré a l'obligation de tenir l'administration au courant des modifications qui l'affectent lui-même ou son référentiel, sachant cependant qu'aucune conséquence ne devrait pouvoir en être tirée par ladite administration qui ne peut, comme on l'a démontré, qu'enregistrer les déclarations qu'elle reçoit. Mais on pourrait soutenir que le manquement à la déclaration complémentaire plonge l'organisme de certification dans le cas d'un exercice irrégulier de son activité par référence à l'article L.115-28.

En matière d'accréditation, la situation est plus surprenante dans la mesure où aucun texte ne crée d'obligation comparable à celle qui vient d'être signalée vis à vis du COFRAC. Il n'existe pas d'obligation de source légale ou réglementaire de signaler les modifications affectant l'organisme certificateur (au moins en ce qui concerne les 4°, 5°, 6° et 7° de l'article R 115-2 qui ne sont pas partie intégrante du dossier en cas d'accréditation par le COFRAC), alors même qu'il apparaît par ailleurs que l'accréditation peut être donnée sans limitation de durée. Ces différents aspects pourraient faire l'objet de précisions par les textes.

- 2 – En matière de procédure de validation du référentiel.

En vertu de l'article R 115-8, deux procédures de validation du référentiel sont implicitement organisées. Soit le référentiel est élaboré et validé en concertation avec les diverses parties intéressées ; soit il est élaboré unilatéralement puis validé par les représentants des diverses parties intéressées. L'organisation de cette procédure d'élaboration et, en toute hypothèse, de validation, repose sur l'organisme certificateur qui a du, au titre de son accréditation, préciser quels moyens et procédures seraient mis en œuvre en la matière.

La réglementation est, en la matière, relativement floue. La composition du comité de validation n'est pas déterminée avec précision. Doivent y figurer les représentants des professionnels, des consommateurs, des utilisateurs, et des administrations. Mais ni la proportion respective de ces différentes catégories ni les modalités concrètes de prise de décision ne sont indiquées. Il serait donc nécessaire en la matière de préciser clairement les modalités de cette élaboration et de cette validation qui devraient, d'évidence, être en lien avec les exigences imposées au référentiel lui-même.

En l'état, le Conseil d'Etat ne reconnaît pas la compétence du juge administratif pour annuler un référentiel considérant que l'organisme certificateur n'exerce aucune prérogative pouvant se rattacher à l'exercice d'une mission de service public, ce qui est logique compte tenu de l'environnement commercial de la démarche d'accréditation (C.E. 24 mars 1999, Ass. pour la gestion du patrimoine immobilier, rev. Lamy Dr. affaires 1999, n°17 n°1079, obs. Storrer)

Par ailleurs, l'article R. 115-11 précisant que les référentiels validés font l'objet d'une publicité sous forme d'un avis au Journal Officiel de la République Française n'indique pas, contrairement aux dispositions de l'article R. 115-5, que cette publication *n'a aucune valeur de reconnaissance officielle et n'engage pas la responsabilité de l'Etat*. Est-ce à dire, a contrario, que l'Etat serait engagé par le contenu du référentiel publié ? L'opposition des deux articles montre bien que, de ce point de vue, leur rédaction pourrait être perfectible.

- 3 – En matière de vérification de la conformité des produits et services au référentiel

De ce point de vue, les choses paraissent plus satisfaisantes dans la mesure où l'article R. 115-9 4° prévoit les méthodes d'essai, de mesure, d'analyse et de test ainsi que les modalités du contrôle auquel procède l'organisme certificateur. La loi est muette sur les modalités de retrait de la certification. Il pourrait s'avérer opportun d'obliger l'organisme certificateur à retirer le droit de certifier à telle ou telle entreprise ne respectant pas les conditions prévues dans le référentiel. De même, en cas de carence grave de l'organisme certificateur, l'intervention soit de l'organisme d'accréditation, soit de l'Etat devrait être envisagée.

En revanche, une précision de la responsabilité des organismes certificateurs ou accréditeurs ne nous paraît pas nécessaire dans la mesure où celle-ci découle, en toute hypothèse, des règles générales de responsabilité civile et que la loi, en la matière, ne pourrait avoir qu'un rôle pédagogique.

Il aurait sans doute été préférable que le texte ne traite pas dans un même alinéa des éventuels contrôles supplémentaires réalisés par les responsables de la mise sur le marché et

consacre un alinéa spécial à tout ce qui concerne les engagements de ces bénéficiaires de la certification. Quoiqu'il en soit, la partie du texte réglementaire sur les modalités du contrôle permet de mesurer le caractère inachevé de ces dispositions, surtout si on les compare au système du marquage CE tel qu'organisé par les textes communautaires. On est, en effet, loin de l'approche modulaire qui distingue nettement entre certification par tierce partie et auto-marquage, contrôle des systèmes de production ou contrôle des produits, et parmi ces derniers, contrôle du type aléatoire ou encore systématique.

C – Améliorations éventuelles concernant l'information des consommateurs et des utilisateurs

L'article R 115-10 impose, lorsqu'il est fait référence à la certification que soit obligatoirement portés à la connaissance du consommateur ou de l'utilisateur, « *le nom de l'organisme certificateur, l'identification du référentiel, et les caractéristiques certifiées essentielles* ». En réalité, l'essentiel de l'information dont profite le consommateur tient à ce troisième élément, c'est à dire à ces caractéristiques certifiées essentielles. Or, de ce point de vue, le référentiel lui-même précise la nature et le mode de présentation de ces informations considérées comme essentielles devant être portées à la connaissance des utilisateurs ou des consommateurs. Une liberté est ainsi laissée au rédacteur du référentiel de décider ce qui est, ou ce qui n'est pas essentiel. Il ne saurait être, certes, question de rentrer dans tous les détails techniques du référentiel, qui, comme le montrent ces derniers, occupent souvent plusieurs dizaines de pages et dont la signification technique échapperait le plus souvent au consommateur. Mais, entre un descriptif détaillé de toutes les caractéristiques certifiées et une carence quasi-totale se limitant à quelques éléments modestes, une marge existe qui pourrait être comblée. En particulier, le consommateur ou utilisateur devrait être averti clairement de l'impact réel de la certification. Devrait lui être indiqué en ce sens, si celle-ci garantit un parfait respect de toutes les règles légales applicables aux produits et aux services certifiés ou si, au contraire, elle lui apporte des garanties et des avantages nouveaux. De même, devrait être clairement indiqué l'objet de la certification (produits ou services d'une part, entreprise d'autre part), afin d'éviter toute ambiguïté en ce domaine. Un sigle spécifique à la certification délivrée dans le cadre de la loi de 1994 et faisant référence à son caractère commercial serait également envisageable.

De plus, par delà les informations offertes au consommateur, devraient être précisées dans la réglementation les modalités selon lesquelles ces informations sont portées à sa connaissance. Les exigences ne peuvent être d'évidence les mêmes en ce qui concerne l'étiquetage ou la présentation du produit ou du service d'une part et les documents commerciaux, notamment les contrats signés, d'autre part. L'information peut être réduite à l'essentiel dans le premier cas. Elle peut être nettement plus développée dans le second. Il serait logique qu'une description précise des caractéristiques certifiées, précise et complète, soit jointe à tout document commercial, proposition de contrat ou contrat définitif.

Mais cette information du consommateur n'a aucun sens si elle ne peut déboucher sur des actions concrètes de ce dernier dans l'hypothèse où la certification ne tiendrait pas ses promesses. De ce point de vue, pourraient donc être mentionnés, au moins au titre de l'information complète sur les documents commerciaux, les moyens d'action du consommateur mécontent et, en particulier, la possibilité de saisine de l'organisme certificateur ou de l'instance d'accréditation de l'organisme certificateur. Dans le cas où une instance d'accréditation ne serait pas intervenue, un recours devant l'Etat, c'est à dire le Ministère ayant accordé la certification devrait être plus expressément ouvert.

§ 2 – L'amélioration possible des liens entre les lois de 1991 et de 1994

Les évolutions législatives font que les textes relatifs au marques collectives issus de la loi de 1991 ont été discutés et promulgués avant ceux de 1994, sur la certification. Dès lors, comme il l'a été montré plus haut, les liens entre les deux sont imparfaits et pourraient être améliorés.

L'article L. 715-2 du code de la propriété intellectuelle pourrait plus directement se référer au régime des articles L. 115-27 et suivants du code de la consommation. De ce point de vue, son 1°, son 2° et son 5°, pourraient être supprimés et remplacés par une disposition unique précisant qu'une demande d'enregistrement ne peut être déposée et obtenue qu'après obtention de la certification, conformément aux articles L. 115-27 et suivants.

Ainsi, enregistrement et certification obéiraient de manière expresse au même régime. Dès lors se poserait la question du sort de l'article L 715-3 qui permet à tout intéressé ou au Ministère Public de demander la nullité de l'enregistrement d'une marque collective de certification si celle-ci ne répond pas à l'une des prescriptions du présent chapitre. Une telle sanction, qui peut s'avérer très efficace, n'a aucune raison d'être supprimée, bien au contraire. Le lien fait entre les articles L. 115-27 et suivants et l'article L. 715-2 aboutirait d'ailleurs à ce que cette sanction des conditions d'enregistrement de la marque collective soit, indirectement, une sanction des modalités de la certification. En effet, si l'on considère que l'enregistrement est obligatoire selon les termes de l'article L. 115-28, sa nullité aboutirait à l'impossibilité concrète d'utiliser le sigle de la certification sur tous les documents de l'entreprise certifiée. De fait, la certification perdrait toute valeur et les sanctions pénales et civiles seraient susceptibles de s'appliquer.

Cette obligation reste néanmoins mal mise en valeur par les textes et il aurait été préférable de la formuler de façon plus directe. On aurait ainsi fait apparaître dans la loi tout le formalisme entourant l'exercice d'une activité de certification au sens de l'article L.115-27 du code de la consommation.

Conclusion

L'étude ainsi menée sur la certification dans le domaine de la construction ne saurait avoir la prétention ou l'ambition de l'exhaustivité. Elle n'a pas de visée technique et tend simplement à étudier les questions juridiques, et elles seules, posées par la certification. Encore faut-il préciser que, indépendamment de l'aspect apparemment limité du sujet, tous ses aspects juridiques n'ont pu être approfondis. Certains d'entre eux nécessiteraient une étude spécifique. Tel est le cas de la concurrence, compte tenu des subtilités du droit applicable et de l'importance des enjeux en la matière.

Dans les limites ainsi posées, le travail accompli a montré que, finalement, le système actuel n'était pas atteint de vices rédhibitoires et qu'il était apte, pour l'essentiel, à répondre aux besoins des différentes parties prenantes à l'opération de construction.

Il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre d'imperfections se manifestent et que plusieurs questions demeurent sans réponses satisfaisantes. Des ambiguïtés apparaissent également. Un travail de précision des textes applicables pourrait donc s'avérer utile. La tache n'est pas insurmontable dans la mesure où, comme l'ont montré nos développements, l'essentiel des modifications pourraient être faites par des textes d'ordre réglementaire, donc sans intervention du législateur, toujours difficile compte tenu de l'encombrement du calendrier parlementaire.

Nos propositions d'amélioration s'avèrent donc assez limitées. Certaines s'avèrent aller dans le sens de celles du conseil national de la consommation, dans son avis du 17 décembre 1998 dont les conclusions sont reproduites en annexe. D'autres sont plus originales. D'autres encore contraires. Ces divergences s'expliquent par la différence d'angle d'attaque des problèmes. La présente étude, faite par des juristes, privilégie naturellement cet aspect des choses et met l'accent, notamment, sur les questions de responsabilité. La judiciarisation de notre société implique, en effet, que le risque contentieux soit pris en compte à sa juste mesure, même si, en l'espèce il s'avère encore faible, sauf peut-être en matière de concurrence.

ANNEXE

Résumé des propositions du CNC concernant la certification de services (Rapport et avis du 17 déc 1998, BOCCRF du 31 déc 1998).

Ayant rédigé un rapport unique, les 2 collèges émettent les voeux suivants:

I - Certification et réglementation

- La certification n'est pas l'antichambre automatique ou préalable à la réglementation, néanmoins le pouvoir réglementaire ne peut se dispenser d'examiner les démarches existantes pour évaluer en tant que de besoin l'opportunité ou non d'une réglementation nouvelle.

II - Rappel de la réglementation dans le référentiel - Publicité sur la réglementation

- La réglementation directement liée à la prestation de services appelée à être certifiée doit être mentionnée dans le référentiel.

- Peut être admise la possibilité pour les professionnels certifiés de communiquer, non pas sur le respect de la réglementation stricto sensu, mais sur le contrôle réalisé par l'organisme certificateur du respect par le certifié de la réglementation en vigueur directement liée à la prestation de service appelée à être certifiée et mentionnée dans le référentiel.

III - Sanctions du non respect de la réglementation

- Il est nécessaire que l'organisme certificateur vérifie, dans les limites de sa compétence, lors des audits, que le prestataire dont le service est certifié, respecte la réglementation de référence en vigueur.

- L'organisme certificateur doit informer les membres du comité de certification compétent des manquements par le professionnel " certifié " à la réglementation fondamentale et sanctionner de manière proportionnée à la gravité de l'infraction le prestataire " certifié ". A cet effet, il apparaît souhaitable que l'organisme certificateur inscrive dans son manuel qualité la nature et la portée des sanctions à l'encontre du professionnel " certifié " contrevenant à la réglementation ; la suspension du certificat antérieurement accordé jusqu'à l'aboutissement des actions judiciaires, civiles ou pénales, éventuellement en cours, étant recommandée par le C.N.C.

- Un retrait du certificat accordé au prestataire " certifié " en cas de violation réglementaire avérée et condamné par la justice relativement à des points essentiels de l'activité du prestataire, dont l'activité est certifiée, doit s'imposer sans préjudice de mesures intermédiaires que l'organisme certificateur doit prévoir pour crédibiliser la démarche qualité. Au surplus, il est souhaitable que les organismes certificateurs demandent au professionnel certifié de souscrire, dès le début du processus de certification, un engagement selon lequel il renoncerait au bénéfice de la certification dans les cas de condamnation judiciaire précitée.

IV - Modalités d'élaboration des référentiels

- Il revient aux organismes certificateurs de traduire précisément dans leur système qualité, dans le respect des règles normatives de base et compte tenu de la pratique française du consensus, les modes de désignation des membres du comité, leur compétence, leur représentativité, les moyens d'assurer les consultations écrites des diverses parties intéressées le cas échéant ainsi que la participation d'experts.

- Ces règles doivent être non discriminatoires, transparentes, écrites et doivent figurer dans le dossier de déclaration et/ou d'accréditation de sorte que l'organisme certificateur puisse justifier de ces choix en cas de contestations. En contrepartie de la souplesse du procédé, il est impératif que le manuel qualité accompagne la déclaration d'activité adressée au Squalpi.

V - Constitution des comités de certification

- Le comité de certification devrait dans sa phase ultime de validation du référentiel veiller à une approche cohérente, harmonisée du référentiel par rapport à des règles prédéterminées, mais aussi s'assurer que dans les phases préparatoires les "sachants" soient consultés entendus et associés, sous des formes souples et appropriées afin de garantir une meilleure qualité des travaux.

VI - Modalités d'adoption des référentiels

- Les organismes certificateurs sont libres de déterminer dans leur système qualité les modalités de validation des référentiels (consensus, vote, quorum...) dans le respect du dispositif juridique et normatif de référence.

- Néanmoins, il leur revient en contrepartie pour des raisons de transparence, de prendre des engagements sur la procédure de validation des référentiels marquant une préférence pour un système de vote ou d'expression des avis pour les personnes consultées qui ne puisse créer des droits de veto aux représentants de tel ou tel intérêt ou des polémiques sur l'intérêt de la certification en question.

- Aussi, les organismes certificateurs devraient prendre des engagements dans leur système qualité sur ce point.

VII - Consultation des administrations

- Le Squalpi devrait mettre en place un réseau de correspondants administratifs à disposition des organismes certificateurs, en identifiant les grands services de chaque administration.

- La consultation des administrations concernées, rendue obligatoire par les textes, ne doit pas être interprétée comme conférant un droit de veto à l'administration sollicitée pour avis, ou constituant un retour au système de l'homologation ou de l'approbation des anciens règlements techniques défini par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978.

- La sollicitation pour avis de l'administration implique le respect d'un délai pour la réponse au delà duquel son silence pourra être considéré comme une acceptation tacite.

VIII - Nature de la participation des administrations

- La participation d'un représentant de l'administration aux comités de certification, sous forme écrite ou orale, a pour limite le principe de neutralité et d'équité entre tous les organismes certificateurs existants. Cette participation ne doit donc pas conduire à un vote de sa part au sein du comité de certification concernant l'attribution des certificats au professionnel demandeur ainsi qu'à la possibilité d'être rapporteur à cet effet.

IX - Procédure de déclaration des OC

- La déclaration devrait être complétée de toute indication utile concernant la certification des services. En effet, l'appréciation des moyens mis en oeuvre par l'organisme certificateur pour garantir l'impartialité et la compétence du ou des systèmes de certification ne peut être faite que sur le fondement d'une déclaration précise du champ d'activité qu'il se propose de certifier.

- La déclaration d'activité des organismes certificateurs doit être limitée restrictivement aux secteurs d'intervention déclarés notamment en fonction des référentiels dont l'élaboration est projetée.

- Les modifications du champ de compétence déclaré de l'organisme certificateur donnent lieu à une nouvelle publication au journal officiel.

X -Publicité de la liste des organismes certificateurs et des référentiels au Journal Officiel

- Le Squalpi devrait étudier la publication du champ d'activité sur la base d'une nomenclature plus restreinte que celle de l INSEE.

- La communication de la liste des organismes certificateurs et des référentiels est de la compétence de l'Administration.

XI - Modalités des publications des référentiels mis à disposition du public

- L'ensemble des référentiels validés par les organismes certificateurs devrait être centralisé au niveau de l'administration centrale compétente en matière de certification, à savoir au niveau du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Il conviendrait d'en informer les personnes intéressées en indiquant les coordonnées du lieu retenu dans l'avis publié au Journal Officiel. En outre, il serait souhaitable que la liste des organismes certificateurs de produits et de services déclarés et/ou accrédités ainsi que leurs référentiels publiés au Journal Officiel soit scindée en 2 documents : un pour les produits, un pour les services.

- Il conviendrait d'utiliser les moyens de communication modernes, comme les serveurs Internet mis en place par les ministères, pour mettre en ligne les référentiels validés.

- Il serait aussi possible de publier in extenso les référentiels validés soit dans une annexe du Journal officiel où l'avis est publié, soit dans le bulletin officiel du ministère compétent en matière de certification auquel renverrait l'avis publié au Journal Officiel par une mention utile.

- En outre, au minimum, l'identité de l'entité ou de l'organisme demandeur du référentiel devrait être publiée au J.O. pour une meilleure transparence de l'information.

- Enfin, la communication de la liste des établissements " certifiés " devrait relever des organismes certificateurs

- Les référentiels sont adressés au Squalpi avec l'indication d'une part de la liste des membres es-qualité du comité de certification ayant participé à l'élaboration et la validation du référentiel ainsi que de celle des personnes ou organismes consultés, et d'autre part du résultat du vote du comité de certification en indiquant si le référentiel a été validé à l'unanimité ou à la majorité ainsi que l'avis de chacun des membres du comité (pour, contre, abstention). Mais par contre, seule la liste es qualité des membres du comité et la nature du vote émis (à l'unanimité ou à la majorité) sont reprises dans l'avis de publication du référentiel visé paraissant au Journal Officiel.

- La déclaration d'un organisme certificateur au Journal Officiel est accompagnée de son champ de compétence.

- La DGCCRF et le Squalpi adressent de façon périodique à tous les relais d'information utiles la liste des organismes certificateurs, de leur référentiels validés.

XII -Obligation de confidentialité

- La confidentialité doit être observée quant aux débats et aux prises de position individuelles au sein des organismes certificateurs tant que le référentiel concerné n'est pas validé ,

- L'obligation de confidentialité n'a plus lieu d'être après la validation du référentiel par le comité de direction et/ou de certification. Toutefois, si le droit d'expression est normal pour toute association ou fédération, il ne doit pas mettre en cause les personnes. Sur ce point la confidentialité devrait être préservée aussi bien postérieurement à la validation du référentiel que préalablement, sauf à décrédibiliser l'ensemble du dispositif de la certification.

- L'obligation de confidentialité sur les dossiers de certification (attribution et suivi des certificats) est permanente. Cette obligation ne peut être levée, même s'il advenait que l'une des parties liées par cette confidentialité ne la respectait plus.

- L'obligation de confidentialité doit viser aussi bien les membres représentés dans les comités de certification que les personnes consultées.

XIII -Information des consommateurs

- Il est apparu nécessaire de permettre une valorisation suffisante de la démarche de certification de Services par le biais d'une communication aisée, adaptée et renouvelée sur différents supports (dépliants, véhicules, panneaux publicitaires, annuaire, Minitel...).

- Aussi, la solution privilégiée consisterait à distinguer deux types de supports d'information :

- le support principal constitué du certificat affiché chez le bénéficiaire et comportant la signalétique imposée par l'article 10 du décret (nom ou logo de l'organisme certificateur, identification, du référentiel, caractéristiques essentielles). Il est souhaitable que ce support

principal soit porté à la connaissance des consommateurs sur le lieu de la réalisation de la prestation de service par tous moyens, y compris par des plaquettes d'information à disposition des consommateurs.

- des supports accessoires, au choix du professionnel certifié (ex : annuaire, Minitel, Internet, véhicule, carte de visite, papier à lettre...) , dans lesquels celui-ci peut faire la publicité de la certification qui lui est accordée sans détailler obligatoirement les caractéristiques certifiées, dès lors que les destinataires de la publicité puissent être informés des conditions et modalités par lesquelles ils peuvent se renseigner sur la certification visée. Il serait loisible aussi aux prestataires certifiées de faire mention, sur les supports accessoires, d'un nombre minimum d'engagements certifiés, dans la liste des caractéristiques certifiées essentielles, pouvant faire l'objet d'une rotation à la discrétion du bénéficiaire de la certification.

- La contrepartie de cette souplesse serait l'accessibilité accessibilité totale pour le consommateur à l'information sur la certification dont la publicité fait mention. Néanmoins, des problèmes peuvent apparaître : information trop fragmentée, information inexacte, publicité mensongère, exploitation de caractéristiques non certifiées. Si ces constats se confirment, ce principe serait revu.

XIV - Règlement des litiges

- Les deux collèges estiment que l'intérêt essentiel de la certification est de résoudre les litiges rapidement, sans frais et de manière appropriée pour le litige passé avec un consommateur et pour prévenir une nouvelle difficulté.

- Sur ce point, si le collège des Professionnels n'estime pas sans intérêt la mise en place d'une structure de règlement des litiges, notamment dans un souci d'efficacité et de crédibilité de la certification, comme il existe à la SNCF, RATP, dans les sociétés financières.... Néanmoins, il n'est pas favorable au caractère obligatoire de la création d'une telle structure. Cette mise en place doit rester facultative et ses modalités laissées à l'appréciation du professionnel et du Comité de Certification et/ou de direction à l'occasion de l'examen du référentiel.

XV - Problème de financement

- Il est apparu nécessaire d'assurer la représentation des associations de consommateurs au sein des organismes d'accréditation et de certification pour que le dispositif français de certification des produits et des services demeure crédible.

- Néanmoins, faute d'un accord sur les modalités de financement dans le cadre du CNC, il est préconisé d'instaurer un dialogue élargi à toutes les parties concernées pour examiner l'ampleur des problèmes et les solutions envisageables.

XVI - Clarification de terminologie des signes de la qualité

- Il serait souhaitable de fixer par consensus la terminologie dans le secteur de la certification de la prestation de service (label ? logo ? certificat de qualité ? signe commun aux organismes certificateurs ?...).

XVII - La propriété des référentiels

La propriété des référentiels est très mal protégée aujourd'hui. Mais le maintien de la concurrence est par ailleurs une nécessité. On peut cependant s'inquiéter de la prolifération, dans certains domaines comme la restauration collective, de référentiels de certification. Les partenaires, tout en se déclarant favorables à une vraie concurrence, examineront si les nouveaux référentiels apportent des améliorations sensibles à ceux déjà existants. Il conviendra de s'interroger sur les conditions à respecter pour qu'une concurrence saine et loyale puisse s'exercer entre les organismes certificateurs intervenant sur le même secteur.

XVIII - Contrôle des organismes déclarés et accrédités

- Il revient à l'Administration d'apprécier si la déclaration d'activité déposée par l'organisme certificateur correspond à une situation réelle et s'il a les moyens de répondre à sa vocation statutaire.

- Les contrôles sur les organismes déclarés, si ceux-ci n'ont pas demandé leur accréditation dans les six mois de leur déclaration auprès du Squalpi, seront renforcés.

- Les contrôles doivent être circonscrits aux organismes certificateurs et non en direction des prestataires certifiés, sauf de manière traditionnelle conformément aux missions de la DGCCRF. Toutefois, les professionnels certifiés par des organismes certificateurs non accrédités doivent être particulièrement contrôlés.

- Les consommateurs réservent leur participation au sein des organismes certificateurs non accrédités.

XIX - Champ d'application de la certification des services

- Dès lors que la certification servirait de moyen de valorisation des prestations des professionnels entre eux, les consommateurs considèrent qu'ils n'ont pas à intervenir dans un tel processus de certification.

direction générale
de l'Urbanisme
de l'Habitat et
de la Construction

Sous-direction
de la qualité
de la construction
Bureau
des affaires européennes
et de la normalisation
La Grande Arche
paroi sud
92055 La Défense
cedex
téléphone :
33 (0) 1 40 81 21 22
télécopie :
33 (0) 1 40 81 91 40
Internet : www.logement.
equipement.gouv.fr