



HAL
open science

Normalisation et certification dans le photovoltaïque: perspectives juridiques.

Laurence Boy

► **To cite this version:**

Laurence Boy. Normalisation et certification dans le photovoltaïque: perspectives juridiques.. Revue juridique de l'environnement, 2012, 2, pp.305- 317. hal-00722673

HAL Id: hal-00722673

<https://hal.science/hal-00722673>

Submitted on 6 Aug 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Normalisation et certification dans le photovoltaïque Perspectives juridiques

Laurence Boy

Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis
CREDECO/GREDEG UMR 7321 CNRS.

Depuis des années déjà, a été soulignée l'importance des acteurs privés et mixtes¹ dans la production du droit, *via* notamment les codes de bonne conduite, les chartes et les diverses procédures de normalisation et de certification². Longtemps considérées comme du non droit³, la normalisation technique et la certification apparaissent aujourd'hui pour ce qu'elles sont, des sources « effectives » du droit⁴. Spécialement dans les secteurs des nouvelles techniques et technologies où le droit de police est quasiment inexistant, le législateur renvoie souvent aux opérateurs économiques eux-mêmes et aux techniciens le soin de proposer les tous premiers encadrements normatifs, quand bien même seraient-ils privés.

Depuis des années, ces travaux se sont attachés à analyser ces nouvelles sources du droit en dénonçant une fausse vision du système juridique, hélas trop souvent présentée, et qui les ignore. Par simplification, véhiculée notamment par les médias, le droit est trop souvent ramené au droit répressif et au droit de police, à la règle impérative d'origine publique⁵. Le droit se confondrait avec les textes et règlements obligatoires sanctionnés éventuellement par la force publique. C'est oublier d'abord que le droit pénal n'est qu'une petite partie du système juridique et que la loi est le plus souvent supplétive de volonté. Cette vision des choses ne rend donc ainsi pas compte de la réalité. Le droit est, en effet, largement lié au respect des engagements, à l'effet juridiquement obligatoire du contrat⁶. Or dans de nombreux secteurs, c'est par le biais des contrats « librement consentis » ou plus ou moins « imposés », par les assureurs notamment, que la normalisation et la certification acquièrent leur force juridique.

Certains travaux ont, en outre, montré les dangers potentiels d'une telle production du droit. Par manque de vision globale des questions posées, les acteurs peuvent certes apporter des réponses adaptées techniquement mais pas nécessairement économiquement et socialement. Par vision partielle et partiale, ils peuvent abuser de leur position économique ou se concerter pour imposer une norme. Le poids des acteurs les plus puissants est déterminant en matière de normalisation et de certification et contient en germe le risque d'exclure les PME et les artisans de nombreux marchés publics mais aussi privés. La question relève là du droit de la

¹ On pense aux diverses Agences et Autorités Administratives Indépendantes.

² G. Farjat, *Réflexions sur les codes de conduite privés*, in *Mélanges Goldman*, p. 47 ; Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés, in *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation*, LGDJ, 1998, F. Osman, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, éthique etc : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *RTDCiv.* 1995, p. 509 ; P. Deumier, *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Economica, 2002 ; chronique "Sources du droit en droit interne", *Revue trimestrielle de droit civil* (avec Rafael Encinas de Munagorri).

³ A. Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, 1989 ; J. Ingalsens et H. Penant, *La normalisation*, *Qu'est-ce ?*, PUF, 1994.

⁴ Sur la différence entre effectivité et efficacité, voir : F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ?*, Colloque Nice CREDECO, *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier 2011 ; F-G. Trébulle, *L'accroissement de la prise en compte du développement durable dans le secteur de la construction*, *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 176 ; I. Daugareilh (dir), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

⁵ Sur une remise en question de la pyramide kelsenienne, F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FULSL, 2002.

⁶ L. Boy, *Normes techniques et normes juridiques*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21.

concurrence⁷. Elle est rarement abordée alors pourtant qu'elle est fondamentale pour le développement d'un secteur essentiel pour l'économie et qui compte de très nombreuses PME.

Cet articles'efforce de répondre en partie à la question de savoir quelle est la valeur juridique éventuelle de la normalisation technique et de la certification existant aujourd'hui dans le domaine du photovoltaïque, notamment dans une perspective juridique de mise en jeu éventuelle de la responsabilité des acteurs, de tous les acteurs de la filière, y compris donc des producteurs de normes. A cet égard trois questions majeures apparaissent : celle du domaine concret des normes, celle de leur contenu et de leur effectivité et celle du pouvoir des acteurs économiques les plus puissants dans cette normalisation. On le comprend immédiatement, la réponse à ces questions est intimement liée à celle de l'élaboration des normes et donc à la place des PME dans les mécanismes de normalisation et de certification dans un secteur économique appelé à se développer.

I. Le domaine de la réglementation des normes.

Il est passionnant parce que révélateur de la contradiction interne tenant au Photovoltaïque et autres énergies nouvelles mal connues. La production d'électricité photovoltaïque est apparue comme une solution écologique alternative à d'autres types de productions et s'inscrit dans le cadres des énergies renouvelables encouragées dans le monde entier et en France notamment par le fameux Grenelle de l'environnement. Pourtant le photovoltaïque présente des risques, risques que les normes privées entendent contrôler. Ces risques sont principalement des risques en fin de vie des produits (déchets à recycler), des risques pendant la vie du produit (incendies essentiellement) et des risques liés aux constructions. La normalisation entend ainsi aider à la prévention et à la gestion des risques.

A. L'identification des risques.

Les risques liés aux constructions sont visés par le phénomène de normalisation. C'est ainsi qu'au niveau européen, il y est expressément fait appel. L'objectif de la DPC (Directive des Produits de la Construction) 89/106/CEE est :

- d'éliminer les entraves techniques dans le domaine de la construction (*convergence des réglementations et normes techniques nationales, en préservant toutefois la souveraineté nationale des niveaux de sécurité à appliquer*)
- de faire circuler les produits et d'utiliser des produits libres et conformes à leur destination, dans toute la Communauté Européenne (*libre circulation des produits sur le marché unique européen*),
- de reconnaître les produits aptes à l'usage par le marquage CE.

Pour atteindre ces objectifs, la DPC fixe des règles et s'appuie sur la définition d'Exigences Essentielles (EE) à respecter par tout produit qui est fabriqué en vue d'être incorporé de façon durable dans un ouvrage de construction. Ces Exigences Essentielles, dans la mesure où elles existent pour le produit visé sont:

- Résistance mécanique et stabilité,
- Sécurité en cas d'incendie, Hygiène, santé et environnement, Sécurité d'utilisation, Protection contre le bruit, et Economie d'énergie et isolation thermique.

La DPC s'applique aux produits de construction concernés par les Exigences Essentielles, relatives aux ouvrages et seuls les produits satisfaisants à ces Exigences Essentielles peuvent être placés sur le marché. La normalisation est donc fondamentale ; elle est une condition d'accès au

⁷ J-B. Racine, Normalisation, certification et droit de la concurrence, *RIDE* 1998, n° 2, p. 147.

marché. On se trouve comme toujours en matière européenne dans une logique de libre circulation des marchandises et de construction d'un marché intégré⁸

Mais il demeure une ambiguïté : le marquage CE concerne en effet le produit et non sa mise en œuvre dans l'ouvrage, même s'il est possible que certains aspects de ce dernier soient évalués sous l'angle des « Exigences Essentielles ». Le mécanisme est, en outre, complexifié car les Spécifications Techniques Harmonisées sont volontaires. L'industriel adonc le choix parmi plusieurs procédures d'évaluation de la conformité selon le marché visé.

La normalisation s'applique enfin aux déchets, au risque incendie et au régime de responsabilité à travers notamment les assurances de responsabilité⁹.

B. Les normes, réponses aux risques

Dans ce domaine, comme dans d'autres, c'est parce qu'elles émanent des professionnels intéressés eux-mêmes, compétentes et proches des difficultés pratiques que les normes sont apparues comme les plus adaptées. On doit faire état de deux types de normalisation : la normalisation de produit et la normalisation d'entreprise dont le fonctionnement est très différent. En outre il existe plusieurs niveaux de normalisation : international, européen et national.

Du point de vue des normes internationales, il existe les fameuses normes ISO. On remarquera immédiatement que les textes de références sont très généraux et ne concernent pas à titre principal le photovoltaïque mais le domaine plus large de la gestion environnementale.

Il s'agit d'abord de la norme ISO 9001 : 2000 (version datée de 2000 et 2008). Les exigences y sont relatives à quatre grands domaines : 1. Responsabilité de la direction : exigences d'actes de la part de la direction en tant que premier acteur et permanent de la démarche. 2. Système qualité : exigences administratives permettant la sauvegarde des acquis. Exigence de prise en compte de la notion de système. 3. Processus : exigences relatives à l'identification et à la gestion des processus contribuant à la satisfaction des parties intéressées. 4. Amélioration continue : exigences de mesure et enregistrement de la performance à tous les niveaux utiles ainsi que d'engagement d'actions de progrès efficaces.

La norme ISO 14001 est en outre très utilisée dans la série des normes ISO 14000. Elle concerne le management environnemental. Elle quantifie ce que réalise l'organisme pour réduire au minimum les effets dommageables de ses activités sur l'environnement et permet théoriquement d'améliorer en permanence sa performance environnementale, contribuant ainsi à la protection et à la stabilité de l'environnement¹⁰. A cet égard, il fut rappeler que la France a privilégié les systèmes PV intégrés au bâti, avec un câblage en courant continu et donc le type de normalisation s'y rapportant.

⁸ Ch. Joerges, La constitution économique européenne en processus et en procès, RIDE, 247. Ch. Laval, Ordolibéralisme allemand, néolibéralisme européen et construction de l'Europe, 2006. Voir aussi F. Bolkenstein, Construire l'Europe libérale du XXIe siècle, « le projet ambitieux de l'UEM est un pur produit de la pensée ordolibérale ».

⁹ F. Bujoli, Photovoltaïque et assurance, colloque juillet 2011 Nice, inédit.

¹⁰ Il existe aussi des labels « environnementaux » mais qui ne sont pas propres au photovoltaïque. V. Zalewski, L'évolution récente des diagnostics techniques et des règles de construction, *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 décembre 2010 n° 21, P. 2282.

En droit communautaire, les dispositions sont plus précises et concernent la normalisation de produits, tant des panneaux photovoltaïques que des onduleurs. En ce qui concerne les panneaux, les textes communautaires sont intégrés en droit interne. Selon l'article 1 de l'Arrêté du 13 Novembre 2007, les systèmes de fourniture d'électricité produits à partir de l'énergie solaire doivent respecter les normes EN 61215 (module cristallin) ou NF EN 61646 (film mince).

Ces normes certifient une garantie de qualité en matière de stabilité mécanique et de respect des paramètres électriques. Les exigences de ces normes portent principalement sur la qualification de la conception et l'homologation de modules photovoltaïques en vue d'une application terrestre et pour une utilisation de longue durée dans les climats généraux d'air libre. Les caractéristiques électriques et thermiques du module y sont aussi déterminées, le but étant de montrer autant que possible que le module est apte à supporter une exposition prolongée aux climats définis dans le domaine d'application. L'examen porte notamment sur tous les paramètres responsables du vieillissement des modules.

S'agissant des onduleurs, ERDF demande que les appareils soient conformes à la norme DIN VDE 0126 1.1 attribuée pour le compte de l'UE par un organisme certificateur allemand VDEW. Il s'agit globalement de prescriptions techniques de conception et de fonctionnement pour le raccordement à un réseau public de distribution d'une installation de production d'énergie électrique.

En France, le poids des normes est en outre renforcé par l'obtention de « L'Avis Technique et le Pass' Innovation » délivrés par le CSTB¹¹ et qui sont des démarches volontaires mais dont les effets juridiques sont essentiels. Le CSTB, de par son statut, a une mission de service public qui est de contribuer à la qualité et la sécurité durables de la construction (article L 142-1 du code de la construction et de l'habitation).

Le Pass' Innovation est une prestation qui a été créée par le CSTB, afin de donner aux innovateurs une bonne appréciation de leurs atouts et du chemin leur restant à parcourir pour passer de l'innovation à la mise sur le marché à grande échelle. Il est distinct des procédures d'évaluation techniques traditionnelles (Avis Technique, Appréciation Technique d'Expérimentation essentiellement) et fonctionne comme un précurseur de la démarche d'avis technique.

Il s'agit d'une prestation d'information destinée à fournir aux divers intervenants de l'acte de construire une opinion autorisée sur le comportement prévisible des ouvrages réalisés à l'aide des produits et procédés concernés et ce, de manière à permettre à ces intervenants de prendre leurs décisions et leurs responsabilités en pleine connaissance de cause. Il n'opère donc aucun transfert de responsabilité.

Il s'applique à des produits et des procédés mis sur le marché pour répondre aux enjeux du Grenelle de l'environnement qui n'ont pas encore fait l'objet d'un retour d'expérience suffisant pour faire l'objet d'un avis technique, et donc au photovoltaïque.

Le Pass' Innovation est conclu par un Rapport Final qui analyse la maturité des produits et des procédés destinés à être intégrés dans les bâtiments en fonction du domaine d'emploi revendiqué. Ce diagnostic est accompagné par une analyse des « lacunes en l'état » du dossier présenté par le demandeur ainsi que de propositions d'orientations pour les lever. Il précise enfin les risques associés selon une échelle à trois niveaux :

1. Risque très limité, pouvant être maîtrisé par des recommandations sur la mise en œuvre et/ou le suivi,

¹¹CSTB. Le Centre Scientifique et Technique du Bâtiment est un EPIC créé en 1947 et placé sous la tutelle du Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement.

2. risque moyen

3. risque certainement non maîtrisé, la technique n'est pas mûre en l'état.

Dans le cas d'un Pass' Innovation « vert » (cas n° 1), le rapport final est accompagné d'une synthèse disponible sur le site internet du CSTB.

Le rôle des acteurs privés est fondamental dans l'encadrement juridique du photovoltaïque. Le système normatif est encore renforcé par le recours à la certification¹² et l'intervention d'un organisme de certification de modules photovoltaïques notamment. Doté des moyens d'essais les plus performants dans le domaine, CERTISOLIS TC¹³ permet de procéder aux essais sur modules et composants photovoltaïques afin de certifier leurs performances intrinsèques suivant les standards internationaux IEC 61215, IEC 61646 et IEC 61730. La certification CERTISOLIS garantit la constance de la fabrication d'un produit par rapport à des caractéristiques et des performances spécifiques définies dans un référentiel de certification. Elle constitue un outil d'aide au choix des produits en différenciant les produits certifiés des autres, ce qui est essentiel pour le co-contractant professionnel ou consommateur.

Mais c'est la façon dont la normalisation acquiert son effectivité qui est la plus intéressante dans le domaine du photovoltaïque. Elle est susceptible d'ouvrir, sans doute, la voie à d'autres recherches liées au rôle des acteurs privés dans le développement durable.

II. L'effectivité de la normalisation technique.

Deux éléments fondamentaux doivent être ici relevés. Le rôle traditionnel du contrat dans l'« *obligatorité* » de la règle le droit ; le rôle tout particulier du contrat d'assurance dans l'effectivité du droit en général, du droit de l'environnement aussi. Ici, comme souvent ailleurs, le droit des assurances construit les solutions de droit positif¹⁴. Il les dicte.

A. Le rôle du contrat.

Il est incontestable que les choix politiques ont pesé sur l'intégration du développement durable dans le secteur de la construction, particulièrement en matière de photovoltaïque. L'un des premiers moyens utilisés par l'Etat est incontestablement l'éco-fiscalité¹⁵. Mais, comme le montre précisément le photovoltaïque, la fiscalité est une arme à double tranchant : elle peut reposer sur des avantages fiscaux accordés à des réalisations respectant l'environnement ; mais elle peut aussi pénaliser fiscalement. S'il est légitime de jouer de ce double tranchant¹⁶ de la fiscalité, il est, en revanche, plus choquant de voir le législateur changer brusquement sa

¹² Sur la certification : Proposition de Règlement du 23 mai 2008 établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction COM(2008) 311 ; Avis du CESE sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction 25 févr. 2009 JO C 218 du 11 sept. 2009, p. 15.

¹³ CERTISOLIS TC, filiale du CSTB et de LNB (Laboratoire de métrologie et d'essai créée en 2009, est le premier laboratoire français d'essai et de certification des modules solaires photovoltaïques.

¹⁴ G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ 1995, n° 61 et s.

¹⁵ Les contribuables domiciliés en France peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt sur le revenu au titre des dépenses effectivement supportées pour l'amélioration de la qualité environnementale du logement dont ils sont propriétaires, locataires ou occupants à titre gratuit et qu'ils affectent à leur habitation principale ou de logements achevés depuis plus de 2 ans dont ils sont propriétaires et qu'ils s'engagent à louer nus à usage d'habitation principale, pendant une durée minimale de 5 ans, à des personnes autres que leur conjoint ou un membre de leur foyer fiscal. Ce crédit d'impôt s'appliquait notamment au coût des équipements de production d'énergie utilisant une source d'énergie renouvelable, tels que des panneaux photovoltaïques (article 200 quater du CGI).

¹⁶ F-G. Trébulle, L'accroissement de la prise en compte du développement durable dans le secteur de la construction, *Revue de droit immobilier* 2008, p. 176.

politique, comme il l'a fait dans le domaine du photovoltaïque¹⁷.

Au-delà de la fiscalité, les documents d'urbanisme peuvent jouer également un rôle de premier plan en matière de « construction durable ». Mais c'est incontestablement le recours conventionnel à la normalisation et la certification¹⁸ qui permettra, selon nous, d'assurer le succès du photovoltaïque en offrant aux maîtres d'ouvrage la possibilité d'exiger du matériel et des entreprises de qualité.

Il existe trop souvent une confusion entre l'impérativité de la règle de droit, son caractère d'ordre public et le caractère obligatoire du droit. Aussi bien en droit anglo-saxon qu'en droit romano-germanique, c'est très souvent le « caractère obligatoire » du contrat dû au respect de la parole donnée et la bonne foi qui rend les comportements obligatoires. Et contrairement à une idée reçue qui a la vie dure, les normes techniques sont pleinement dotées d'une valeur juridique et ceci, que ce soit parce que le législateur y fait référence soit, plus simplement, parce que les parties leur donnent cette nature en les intégrant dans les contrats qu'elles passent¹⁹. *Via* les contrats de construction, les normes acquièrent un caractère obligatoire que ce soit par le choix des matériaux ou celui des entreprises certifiées. Face à une énergie nouvelle, les maîtres d'ouvrage qu'ils soient consommateurs ou professionnels se sentent parfois démunis. La normalisation et la certification jouent ici un rôle de correction de l'asymétrie et d'information au profit du contractant non spécialiste et donc de sécurisation. La référence généralisée à la normotechnique se transforme en norme juridique générale et impersonnelle, débordant ainsi le seul cercle des contractants²⁰. L'importance de l'assurance dans le domaine de la construction vient renforcer encore le poids de la normalisation technique.

B. L'impérativité de fait du contrat d'assurance en matière de construction.

La construction est un domaine dans lequel l'opérateur économique ne peut pas intervenir sans assurance obligatoire²¹. Toute activité qu'elle soit le fait d'un particulier ou d'un professionnel est, en outre, susceptible d'engager la responsabilité et, à ce titre, doit le plus souvent être assurée. Par risque en matière de photovoltaïque, on doit viser tous les dommages, hors vices internes, qui pourraient venir affecter les ouvrages construits quelle que soit la qualité du maître de l'ouvrage²², ainsi que les risques en terme de responsabilité civile qui pourraient résulter de l'exploitation desdites installations et enfin, les risques d'exploitation liés à l'activité de fournitures d'électricité de l'industriel²³.

¹⁷Le gouvernement avait entendu encourager le développement de cette filière tout en voulant prévenir la création d'une « bulle spéculative ». À cette fin deux arrêtés ministériels en date du 12 janvier 2010 avaient été pris (nouvelle grille tarifaire et abrogation anciens tarifs). Toutefois, ces arrêtés ont été immédiatement remis en cause avec « rétroactivité » tarifaire portant ainsi atteinte aux situations qui paraissaient acquises au regard des dispositions de l'arrêté du 10 juillet 2006 et provoquant la colère de nombreux opérateurs et agriculteurs. En conséquence, le ministère a annoncé le 17 février 2011 la publication d'un nouvel arrêté. « Si l'objectif de régulation du secteur est sans doute louable, le maniement de l'instrument juridique dans ce dossier est assez surprenant ». Mieux valait utiliser semble-t-il le droit de l'urbanisme. A. Gossement, Énergie solaire : le droit contre l'économie ?, *Gazette du Palais*, 27 mars 2010, n°86, p. 18.

¹⁸ Sur la normalisation et la certification *via* le contrat dans le domaine de l'environnement : f-G. Trébulle, L'influence de la crise sur le Grenelle de l'environnement, *Revue de droit immobilier* 2010, p. 15

¹⁹ L. Boy, Normes techniques et normes juridiques, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21 ; LPA, F-G. Trébulle, op. cit, p. 178.

²⁰ Au sens Kelsenien. On sait que pour Kelsen la norme contractuelle individuelle est la dernière de la pyramide.

²¹ Il est piquant d'observer que c'est dans le bâtiment que sont apparues dès le XIX^{ème} siècle, les premières normalisations : L. Boy, Normes techniques et normes juridiques, in *La normativité*, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, 2006, avant-propos J. CHEVALLIER, et les références citées.

²² : L'article 1792 du Code civil vise en effet, « tout constructeur d'un ouvrage ». Ph. Malinvaud, Photovoltaïque et responsabilité, *Revue de droit immobilier* 2010, p. 210.

²³ F. Bujoli, Assurance et photovoltaïque, colloque Nice Juillet 2011, inédit.

Les deux grands types de garanties classiques vont donc trouver à s'appliquer en matière d'installation photovoltaïque qu'il s'agisse des garanties obligatoires que sont par exemple la responsabilité civile décennale et la responsabilité dommages ouvrages, de la responsabilité civile professionnelle de l'exploitant ou des garanties facultatives destinées à couvrir le dysfonctionnement dans la production d'électricité. Or, en ce domaine, les entreprises d'assurance elles-mêmes, pour contrôler le risque qu'elles-mêmes assurent et leur équilibre financier, imposent au maître de l'ouvrage le renvoi aux normalisations et certifications privées. Il semble cependant que le rôle joué par les normalisations privées et certifications²⁴ ne soit pas toujours clairement explicité par les assureurs. Dans un certain nombre de cas, les installateurs, bien que disposant d'une police : « activité photovoltaïque », ou mettant en œuvre un procédé technique objet d'un Pass'innovation vert et donc, se pensant « couverts », risquent pourtant de voir leur garantie discutée, faute de mettre en œuvre des techniques considérées comme « courantes ». Il est donc vivement recommandé de préciser dans la garantie la valeur précise des renvois aux normes et certifications privées²⁵. En matière d'assurances obligatoires, le professionnel contractant de l'assureur doit veiller, à défaut pour l'assureur de l'avoir expressément lui-même informé, à se renseigner sur la couverture exacte. A défaut, il risque de se trouver en situation de « non-assurance ». Certains auteurs se demandent donc s'il ne serait passouhaitable que le législateur intervienne « sur l'étendue des garanties de l'assurance obligatoire », pour éviter cet inconvénient²⁶. En matière d'assurance facultative, les problèmes sont différents et il semble que les assureurs soient encore très timides dans leurs offres, compte tenu de la nouveauté des risques et du marché. Pourtant la profession semble s'organiser. On notera cependant que, de façon générale, dès lors que l'assurance est obligatoire ou qu'elle se généralise dans des domaines de plus en plus normalisés et standardisés, ce sont alors les assureurs eux-mêmes qui imposent dans la couverture qu'ils offrent, à des conditions variables, la référence aux normes et certifications. Une bonne couverture renvoie alors à aux normalisations privées et donc, en dernier lieu, au pouvoir des normalisateurs.

III. L'exclusion des PME de la normalisation ?

Ce sont depuis des années déjà les pouvoirs privés économiques dont le poids dans les organismes de normalisation (ISO, CEN, CENELEC, AFNOR) n'est plus à démontrer, qui sont les producteurs des normes techniques et juridiques.

Outre la question de la juridicité de la normalisation, celle des enjeux concurrentiels des normes techniques est, donc, fondamentale, notamment pour rendre compte de la place des PME dans le processus. La normalisation privée a toujours présenté un double visage. Elle favorise le libre échange des produits et des services ; elle constitue, en même temps un avantage concurrentiel évident, spécialement si l'entreprise peut se prévaloir d'un certificat de conformité comme c'est le cas, nous l'avons vu, pour le photovoltaïque. Le paradoxe est que la normalisation est à la fois vecteur de concurrence et facteur de fermeture du marché²⁷. Stimulant l'ouverture des marchés, elle contient aussi en germe des dangers d'ordre concurrentiel.

A. Des risques d'abus de position dominante et d'ententes dans l'élaboration des normes et certifications.

24 G. Durand-Pasquier, Certifications, attestations et diagnostics au service des objectifs du Grenelle, *Revue de droit immobilier* 2010, p. 15

25 P. Dessuet, L'impact du Grenelle sur l'assurance construction, *Revue de droit immobilier* 2011, p. 34. L'auteur note que la situation devrait se clarifier du moins pour les membres de la FNSEA.

26 P. Dessuet, Bâtir un plan d'assurance pour couvrir les risques en matière de photovoltaïque, *Revue de droit immobilier*, 2010, P. 472.

27 J-B. Racine, Normalisation, certification et droit de la concurrence, *RIDE* 1998, n°2, p. 147.

Le risque le plus fréquent lié à la normalisation est que les entreprises dominantes sur le marché ont la possibilité d'imposer aux concurrents des standards, des normes qu'elles ont elles-mêmes élaborées. Spécialement dans les secteurs émergents, « la normalisation détermine » souvent « la victoire d'une technologie sur ses concurrentes et son accès à une position dominante sur le marché »²⁸. Même si l'adoption des normes AFNOR, CEN et ISO se fait par consensus entre les parties prenantes, le poids des professionnels est sans commune mesure avec celui des consommateurs et des ONG. En outre, au sein des professionnels, le rapport de force qui préside au consensus se fait le plus souvent en faveur des plus puissants. En effet, il est rare que les PME, voire les TPE, fréquentes dans le bâtiment, soient à même d'investir des sommes importantes dans l'élaboration des normes. Ce constat combiné au fait que les grandes entreprises sont susceptibles d'imposer de hauts standards qu'elles sont les seules à pouvoir respecter fait que souvent la normalisation fonctionne comme une « machine à exclure les PMI »²⁹. Si la Commission européenne a déjà eu l'occasion de dire que les normes « ne doivent pas être utilisées abusivement... en favorisant dans un document reconnu officiellement la solution adoptée par un fournisseur prépondérant³⁰, les hypothèses claires de condamnation par les autorités de concurrence sont cependant rarissimes³¹. Il en est de même en matière d'entente. Le consensus présidant à l'élaboration de la norme permet généralement d'exclure l'idée même du marché d' « entente » anti-concurrentielle.

Mais c'est aussi et surtout au stade de la mise en œuvre de la normalisation et de la certification que se font sentir les effets d'exclusion des PME. Outre les frais importants qui s'attachent à la normalisation et à l'obtention d'une certification, et sans pour autant que l'on puisse qualifier les comportements d'abusifs, la passation des marchés est généralement subordonnée directement ou indirectement au respect de certaines normes.

B. Des risques d'exclusion des marchés de travaux.

La promotion de normes de produits, celle de systèmes de management environnemental tels que l'EMAS et la norme ISO 14001 (également pris en compte au titre du code des marchés publics), la promotion de labels écologiques crédibles, sont des facteurs de sécurisation de qualité pour le consommateur qu'il soit professionnel ou ménage. Elles ne sont pas sans danger pour le tissu économique constitué par les PME. Dans le cadre des marchés publics et privés, l'intégration de critères de qualité des produits, de protection de l'environnement et de prévention des déchets dans les appels d'offres se fait dans l'offre ou la conclusion du contrat. Le droit des déchets rejoint ainsi explicitement celui des marchés publics et cette convergence se présente comme un gage du développement cohérent de l'essor de la prise en compte de l'environnement par le secteur du bâtiment et des travaux publics³². Pour autant, il ne faudrait pas nier les difficultés que peuvent rencontrer les entreprises d'un secteur encore fragile, même si la jurisprudence est encore rare. De plus, le droit communautaire comme le droit français admettent qu'une pratique anti-concurrentielle peut être justifiée par sa contribution au progrès économique. A plusieurs reprises, les autorités de concurrence européenne et française ont ainsi admis que la norme a

²⁸F. Ferne, La normalisation de l'informatique et ses enjeux économiques, *L'observatoire de l'OCDE*, juin-juillet 1990, p. 13.

²⁹A. Bienaymé, In l'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence, Ateliers de réflexion sur la concurrence, *Rev. Con- Conso*, mars-avril 1996, p. 8.

³⁰Communication au Conseil et au Parlement, *Rev Conc., Conso*, sept-oct. 1997, p. 34.

³¹Dans une affaire ancienne déjà, 4 novembre 1985 (Avis relatif à des distorsions de la concurrence sur le marché des échelles en aluminium, *Rec. Lamy* n° 253, note V. Sélinski), la pratique constituait aussi un acte de concurrence déloyale et de publicité mensongère et de nature à induire en erreur.

³²F-G Trébulle, Évolutions du droit communautaire des déchets intéressant le secteur de la construction, Directive 2008/98/CE du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives JOUE n° L 312, 22 nov. 2008, p. 3 *Revue de droit immobilier* 2009, p. 156.

pour objet de rationaliser la production³³ et d'améliorer la productivité entraînant un abaissement des coûts accompagné d'une réduction du prix³⁴. Elle constitue donc un fait justificatif. De même, certains accords peuvent-ils bénéficier d'exemptions par catégorie, ce qui est le cas en matière de recherche et développement mais pas, de façon générale, en matière de normalisation.

C'est aussi tout simplement l'accès aux marchés qui peut être entravé par l'exigence de normes techniques. C'est ainsi que selon l'article 6 du Code des marchés publics

I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications formulées :

1° Soit par référence à des ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par des organismes de normalisation;

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles...un arrêté du ministre chargé de l'économie précise la nature et le contenu des spécifications techniques.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte.

VI. - Lorsque le pouvoir adjudicateur définit des performances ou des exigences fonctionnelles selon les modalités prévues au 2° du I, il ne peut pas rejeter une offre si elle est conforme à des normes ou des documents équivalents qui eux-mêmes correspondent aux performances ou exigences fonctionnelles requises....

Le candidat est tenu de prouver, par tout moyen approprié, que les normes ou documents équivalents que son offre comporte répondent aux performances ou exigences fonctionnelles exigées. Peut constituer un moyen approprié de preuve au sens du présent article un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu. Sont des organismes reconnus au sens du présent article : les laboratoires d'essai ou de calibrage ainsi que les organismes d'inspection et de certification conformes aux normes européennes applicables³⁵.

On sait que le droit des marchés publics répond à une double exigence : préserver les deniers publics et satisfaire l'intérêt général. A cette fin, il a été introduit une mise en concurrence laquelle peut se référer à la clause sociale et/ou environnementale. Malgré les difficultés rencontrées par l'insertion de critères environnementaux dans les appels d'offres, ceux-ci sont en principe valables dès lors qu'ils ne sont pas discriminatoires³⁶. Pour encourager les énergies renouvelables, les pouvoirs publics peuvent donc insérer dans les cahiers des charges des références aux normes photovoltaïques. C'est ainsi que la Ministre de l'environnement a lancé une série d'appels d'offres sur le photovoltaïque. Selon ces dernières, les critères pour le choix des projets porteront sur le prix, un volet industriel, un volet environnemental, avec obligation de démantèlement en fin de vie et de recyclage des panneaux solaires, ainsi que des garanties sur les délais et la faisabilité³⁷.

En ce qui concerne les marchés privés ou les sous-traitants de grandes entreprises, il est fréquent

³³Commission technique des ententes, 16 juin 1961, Entente dans l'industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie, *Rec. Lamy*, n° 48.

³⁴Commission technique des ententes, 21 février 1958, Entente entre fabricants de demi-produits en métaux cuivreux, *Rec. Lamy*, n° 14. Sur cette question, voir V. Sélinsky, *L'entente prohibée*, Litec, 1979, n° 536 et s..

³⁵Les pouvoirs adjudicateurs acceptent les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres Etats membres.

³⁶ Commission Technique des ententes, 26 mai 1956 et 21 février 1958, *Rec. Lamy*, n° 14 ; V. Sélinsky, *L'entente prohibée*, op. cit., n° 536 et s. ; M-C Boutard-Labarde et G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, op. cit., n°131 ; M.M. Cas et Bout, *Lamy droit économique*, op.cit., n° 5227.

³⁷*Libération*, 22 juillet 2011. Ceci illustre les oppositions possibles entre la protection de l'environnement et la protection des PME.

que l'entreprise choisie soit puissante et formule de sa propre initiative par contrat des exigences de normalisation ou de certification pouvant dissimuler un abus de dépendance économique. Cependant, on sait qu'en l'absence d'effet macro-économique sur le marché, l'exigence de certification ne peut pas tomber ici sous cette qualification³⁸ au titre des pratiques anticoncurrentielles. En revanche, le juge judiciaire pourrait, pour sa part, dans le cadre de relations purement individuelles sanctionner un abus qui résulterait de l'exigence injustifiée d'une certification. Le réalisme condamne cependant une telle solution, notamment lorsque l'exigence de certification répond – ce qui est souvent le cas – à des critères techniques de compétence et repose sur des éléments objectifs et non discriminatoires. Au reste, la RES, responsabilité environnementale et sociétale³⁹ repose souvent sur la diffusion de normes environnementales et sociales à l'ensemble des sociétés du groupe et aux entreprises sous-traitantes. Il serait donc surprenant de voir ces pratiques condamnées alors que la RSE est elle-même encouragée par les pouvoirs publics et privés *via* la normalisation !

C'est plutôt un encouragement à la normalisation dans le photovoltaïque qui est aujourd'hui souhaité. En effet, en France métropolitaine, plus d'une installation photovoltaïque sur deux serait jugée « non-conforme »⁴⁰.

Alors qu'était attendu un décret visant à rendre obligatoire une attestation de conformité pour toute installation électrique neuve, et notamment photovoltaïque, le Comité national pour la sécurité des usagers de l'électricité (Consuel) a tiré la sonnette d'alarme sur la dangerosité des installations photovoltaïques. « La moitié, 51% exactement, des installations photovoltaïques contrôlées en France métropolitaine présentent des non-conformités » affirmait Michel Faure, directeur général du Consuel, organisme sous tutelle de la Direction générale de l'énergie et du climat, chargé depuis 1973 de délivrer les attestations de conformité électriques⁴¹. "En métropole, la situation est très différente et s'explique par la diversité de qualification des entreprises, mais aussi par l'absence d'un contrôle obligatoire » poursuit Michel Faure qui précise que le pourcentage d'installations non-conformes (51%) est une vision optimiste de la réalité car les installations contrôlées l'ont été sur une base de volontariat et il n'est pas certain que la modification du décret du 14 décembre 1972 rendant obligatoire, dans le logement, l'Attestation de Conformité pour toute installation électrique neuve et de l'étendre aux installations de production notamment photovoltaïques, n'aggrave ce chiffre de non conformité.

Finalement, s'agissant des PME, la référence aux normes semblerait logique et même porteuse par elle-même à la double condition cependant d'une part, que ces dernières puissent participer réellement à la formulation des normes grâce à des aides, notamment des aides et d'indemnisations à la formation et par la formation et, d'autre part, que le coût d'accès aux normes soit adapté à leurs capacités financières. De ce point de vue beaucoup reste à faire et pour l'heure, la normalisation semble bien accaparée par les entreprises les plus puissantes.

La normalisation intéresse enfin, mais là n'est pas notre sujet, la concurrence dans la mesure où

³⁸ Article L. 410-2 du Code de commerce ; En ce sens : V.V. Vogel et L. Vogel, Les rapports producteurs/distributeurs : un nouvel équilibre ?, *D. Affaires*, 1996, p. 938.

³⁹ I. Daugareilh, *op. cit.*

⁴⁰ Jean-Philippe Defawe, *Règles et normes*, 16 Mars 2010. En 2009, sur les 2.341 installations photovoltaïques contrôlées, Consuel constate que 37% d'entre elles sont « non-conformes » (45% en 2008).

⁴¹ En 2009, le Consuel a contrôlé 2.341 installations photovoltaïques, soit environ 10% des installations livrées dans l'année en France. 51% des installations contrôlées en métropole et 21% de celles installées dans les DOM sont non-conformes. Une différence qui s'explique par le fait que "dans les départements d'outre-mer, les attestations de conformité visées par le Consuel sont fournies systématiquement par les installateurs dans un consensus bien compris avec les gestionnaires de réseau de distribution d'électricité" explique Michel Faure. Cette situation incite logiquement les installateurs locaux à une plus grande vigilance sur le respect des règles d'installation qui sont dictées par le guide UTE C 15 712. C.

l'on risque s'assister à ce que l'on pourrait appeler la « *norma shopping* ». En effet, les « organismes normalisateurs et certificateurs sont eux-mêmes en situation objective de concurrence »⁴². Le droit communautaire avec la « nouvelle approche » des années 80 et la loi du 3 juin 1994⁴³ ont conduit à la création de véritables marchés de la normalisation et de la certification⁴⁴. Pour l'heure, il semble que les certifications soient encore largement nationales, mais on ne peut exclure la recherche par les entreprises, du fait de la notion d' « équivalence normative » européenne, de la norme la plus laxiste⁴⁵. La concurrence « normative » *via* la normalisation ne pourrait-elle alors considérée comme une concurrence « déloyale » ? La réponse ne peut aujourd'hui qu'être négative car la référence à la notion d'équivalence rend la concurrence légale.

⁴² J-B. Racine, op. cit., p. 149.

⁴³ J.M. Pontier, La certification, outil de la modernité normative, *D.* 1996, chr.p. 355.

⁴⁴ Rapport A. Brune : La certification, clef d'un nouvel essor économique : *Ministère de l'industrie, des Postes et Télécommunications et du commerce extérieur*, 1993.

⁴⁵ Comme cela a été fait en matière de certification des navires.