

Le cadre juridique de la notification des organismes habilités

Le processus de notification, laisse aux États une assez grande marge de manœuvre pour la désignation des organismes nationaux de contrôle sur des critères communautaires qui leur permettent de reconnaître compétence et professionnalisme. Le recours à un accréditeur, non obligatoire, est fortement recommandé, mais quelle que soit la procédure choisie, l'habilitation des organismes de contrôle est une étape très importante pour la sécurité des consommateurs et utilisateurs de produits. En effet, il est important de savoir qui peut être responsable en cas de préjudice mettant en cause la procédure de certification des produits et, surtout, si les autorités publiques peuvent être impliquées.

**par Fabienne Péraldi Leneuf,
Maître de conférences à
l'Université de Paris Dauphine**

Depuis le Livre vert de la Commission sur le développement de la normalisation européenne paru en 1991(1), la politique

communautaire de la « nouvelle approche » a trouvé sa vitesse de croisière. Une vingtaine de directives ont été élaborées et les organismes européens de normalisation, sur la base de la délégation de compétence qui leur a été dévolue, ont joué le jeu du droit communautaire en adoptant les normes en correspondance avec les exigences essentielles des directives. Une politique innovante a donc été mise en place, associant pouvoirs publics et institutions privées, se situant entre libéralisme et interventionnisme public. Elle poursuit deux objectifs : la réalisation du marché intérieur et la sécurité de ce même marché pour les produits. La libre circulation est assurée grâce à la présomption de conformité aux principes essentiels des directives conférée par le marquage de conformité CE. L'objectif de sécurité est poursuivi à la fois par les directives et par la mise en place d'une politique d'évaluation de conformité destinée à éviter la subsistance de systèmes nationaux divergents de certification.

C'est dans ce contexte qu'intervient la notification d'organismes nationaux de contrôle. Les directives « nouvelle approche », dans leur partie réservée à l'évaluation de conformité, indiquent que les « *Etats membres notifient à la Commission et aux autres Etats membres les organismes qu'ils ont désignés pour effectuer les tâches se rapportant aux procédures d'évaluation de conformité, ainsi que les tâches spécifiques pour lesquelles ces organismes ont été désignés* » (2). Le processus de notification est donc une opération qui implique directement les États. Toutefois, ils conservent une marge de manœuvre. En effet, la notification ne

constitue pas une contrainte. Les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation et peuvent ne pas notifier si elles estiment qu'aucun organisme ne répond suffisamment aux critères posés. En

La notification ne constitue pas une contrainte. Les pays peuvent ne pas notifier.

revanche, il semble qu'elles ont l'obligation de prendre l'initiative

du processus de notification en informant les professionnels et en procédant à un appel à candidature. Le non-respect de cet engagement pourrait être contesté après l'écoulement du délai de transposition des textes par le biais d'un recours en manquement devant la Cour de justice des communautés européennes. Par ailleurs, la notification suppose que les États membres ont procédé préalablement au choix des organismes postulants. En amont de l'acte de notification, une procédure interne doit être mise en place par les pouvoirs publics en vue de nommer, au sens du droit communautaire, les organismes de contrôle compétents.

Les autorités publiques nationales sont ainsi engagées dans l'exécution de la politique de normalisation à tous les stades : élaboration et intégration des normes, surveillance des marchés,

La notification suppose que les États membres ont procédé préalablement au choix des organismes postulants

contrôle de l'évaluation de conformité. A ce dernier niveau, elles sont liées tant par la notification que

par la décision habilitant les organismes de contrôle, puisque celle-ci concerne à la fois la compétence et le professionnalisme des organismes et la délivrance par eux de l'attestation de conformité aux directives. La Commission européenne se trouve au cœur de cette organisation. C'est elle qui supervise la mise

(1) JOCE n° 20 du 28 janvier 1991.

(2) Article 16 de la directive 93/42/CEE du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux, JOCE n° L 169/ du 12 juillet 1993.

en œuvre des textes, veille à ce que les Etats membres respectent leurs obligations, autorise le retrait des normes harmonisées défailtantes, et maintient un contrôle sur la capacité des organismes contrôleurs notifiés dans le cadre des directives. C'est pourquoi, il sera exposé ici d'abord les modalités de la notification et de la procédure d'habilitation en droit interne, ce qui nous amènera ensuite à réfléchir à la nature des relations entre les organismes certificateurs et l'Etat.

Les modalités de la notification et de l'habilitation

La France, pour procéder à la notification des organismes de contrôle, a choisi de recourir à une procédure « d'habilitation » ministérielle. Les textes communautaires, tout en fixant un objectif à atteindre au travers de la notification, laissent, on l'a dit, aux Etats, une assez grande marge de manœuvre dans l'exécution de leur obligation et particulièrement pour la « désignation » des organismes. Ce terme ne constitue pas d'ailleurs une notion juridique et autorise toutes sortes de modalités d'élection des organismes de contrôle. C'est un choix qui relève exclusivement du droit interne en fonction des traditions juridiques de chaque Etat. Le choix français de procéder à une

« habilitation » correspond ainsi au souci de déléguer certaines compétences à

des organismes tiers tout en maintenant l'activité d'évaluation de conformité sous le contrôle de l'Etat. Ce mécanisme se justifie ici car l'activité de certification concerne directement la sécurité des produits. Il appartient donc aux Etats membres d'assurer que les organismes désignés remplissent totalement et en permanence les conditions et critères sous lesquels ils ont été notifiés. Toute défaillance ou manque de vigilance pourrait leur être reproché.

On évoquera ici successivement le point de départ de la procédure, les cri-

tères de l'habilitation et les procédures à la disposition des autorités nationales en vue de l'habilitation.

Le point de départ de la procédure de notification

La question qui se pose à la lecture des textes est de savoir s'il faut attendre la transposition des directives en droit interne pour lancer la procédure de notification et donc d'habilitation. La Commission dans son *vade-mecum* relatif au fonctionnement de la nouvelle approche précise que les Etats membres sont libres de notifier à leur convenance après qu'une directive a été adoptée par le Conseil des ministres. Cela signifie qu'ils doivent pouvoir notifier dès que possible après l'adoption du texte (et donc avant même son entrée en vigueur) et traiter la notification comme un processus distinct de la transposition juridique, quitte à ce qu'ils procèdent à des pré-notifications. Cette « recommandation » s'explique simplement par le fait que la date d'entrée en vigueur d'une directive ne s'identifie pas avec la date limite de la transposition. L'entrée en vigueur est fixée par l'article (ex) 191 du traité CE. Il peut s'agir soit de la notification de la directive aux Etats concernés, soit, si elle est publiée, de la date qu'elle fixe ou, à défaut, du vingtième jour suivant la publication. Par ailleurs, pour la

Commission, il est indispensable que la notification ait lieu le plus vite possible pour que les procédures

d'évaluation de conformité puissent être préparées et mises en œuvre avant l'expiration des délais fixés dans les textes, et afin que les certificats puissent être octroyés à partir de la date d'application. Dans ce contexte, pour la Commission, les Etats doivent avoir la possibilité d'assurer que leurs pouvoirs publics disposent de l'autorité nécessaire pour notifier, avant la transposition officielle. Ils peuvent alors communiquer à la Commission les noms des organismes qu'ils envisagent de notifier.

Les critères communautaires d'habilitation des organismes

Pour éviter au maximum les divergences de statut, de qualité et de compétence des différents organismes nationaux de contrôle technique, les directives définissent en annexe des critères à l'intention des Etats, à partir desquels les autorités publiques pourront reconnaître la compétence et le professionnalisme des organismes de contrôle. Elles leur imposent également de procéder au retrait de la notification « *s'ils constatent qu'un organisme ne satisfait plus aux critères visés* ». Les critères se rapportent à peu près, dans toutes les directives, à des conditions d'indépendance, de professionnalisme, de compétence, au respect du secret professionnel et à la souscription d'une assurance responsabilité civile si la responsabilité civile n'est pas couverte par l'Etat en vertu du droit interne.

En ce qui concerne la compétence et le professionnalisme, la Commission et le Conseil de l'Union européenne ont rapidement sollicité par mandat le CEN/CENELEC afin qu'ils élaborent les normes de compétences techniques et de qualité destinées à être utilisées par les organismes certificateurs. Les normes EN 45000 définissent donc ces critères de transparence et de compétence des organismes certificateurs et permettent d'assurer des conditions minimales de compétence technique. Elles sont importantes car elles visent à ce que les organismes notifiés répondent à des caractéristiques communes dans toute la Communauté. Si ces normes sont facultatives, leur application vaut présomption de respect des critères posés par les textes. Les institutions comptent sur leur généralisation pour réduire les produits défectueux.

La notion d'indépendance n'est pas étrangère au droit communautaire. Il semble qu'aux yeux des institutions européennes, et plus particulièrement de la Commission si l'on suit son *vade-mecum* sur la nouvelle approche, la qualité d'organisme public, sous la forme d'établissement public administratif ou même industriel et commer-

cial, constitue une présomption d'indépendance pour les laboratoires d'essais. Par ailleurs, les textes communautaires donnent des indications. L'Annexe VII de la directive machine, par exemple, indique que l'organisme ne peut être ni le constructeur, ni le fournisseur, ni l'installateur, ni le mandataire de

l'une de ces personnes. D'autre part, l'organisme et le personnel chargés du contrôle doivent exécuter les opérations de vérification avec la plus grande intégrité et doivent posséder une bonne formation technique et professionnelle. Ils doivent être indépendants de leurs clients et de toute partie intéressée. Enfin, ils doivent fournir des prestations, en tant que service rendu aux opérateurs européens, d'une manière compétente, transparente, *neutre et non discriminatoire*. De son côté, la Cour de justice a déjà eu l'occasion de sanctionner des systèmes nationaux de certification ne répondant pas à cette condition. Ce fut le cas dans un arrêt Tranchant, du 9 novembre 1995, où elle a estimé qu'un laboratoire d'essai rattaché à France Télécom n'était pas indépendant, alors même qu'il répondait aux normes 45000. Dans un arrêt de 1989 elle a insisté pour le maintien d'un lien entre les organismes de contrôle et l'Etat pour renforcer la confiance dans la perspective de la reconnaissance mutuelle (3). Toutefois, la Cour a jugé dans un arrêt Houptwipper, du 15 septembre 1994, « qu'il appartient surtout aux Etats membres, dotés pour cela d'un large pouvoir d'appréciation, le soin de définir eux-mêmes les modalités de la notion d'indépendance des organismes chargés du contrôle des produits ».

Les critères posés par les directives sont des critères « généraux » imposés aux Etats membres. La question qui se pose alors est de savoir si des critères plus précis ou plus exigeants peuvent être prévus par les autorités nationales, sans qu'il soit fait recours à des procédures dérogatoires ou des mesures de sauvegarde. Rien ne s'y oppose en théorie à la condition que les Etats respectent les règles du traité, c'est-à-dire qu'ils n'en-

travent pas la libre circulation des marchandises, le libre établissement ou la libre prestation de services sur le territoire communautaire. Ainsi, les certificats émis par les organismes de contrôles habilités selon des critères plus complets doivent être acceptés et reconnus dans l'ensemble des Etats de la Communauté. Un

Etat ne pourrait pas exiger que certains produits importés soient certifiés selon une procédure nationale, par un certificateur national. La Cour de justice a toujours insisté sur la nécessaire collaboration des Etats dans le domaine des contrôles en suggérant que les autorités accordent une présomption de conformité à leurs règles de sécurité aux produits qui ont déjà obtenu des agréments dans le pays d'origine (4). Ce principe de l'acceptation des contrôles a débouché sur celui de l'équivalence et de la reconnaissance mutuelle des certificats et essais, qui repose sur l'obligation d'accepter les opérations de contrôles qui ont déjà été effectuées dans d'autres Etats membres.

La problématique se pose aussi pour le libre établissement ou la libre prestation de service. Le maintien d'exigences supérieures par certains Etats ne pourrait-il pas nuire à la mobilité des professionnels de l'évaluation de conformité ? Ou, sur un plan concurrentiel, jouer en la défaveur des organismes des pays plus contraignants, qui sont confrontés à la compétition de ceux qui bénéficient de systèmes plus souples ? Cette question est en fait relative, car les Etats membres ne peuvent notifier que les organismes, nationaux ou non, établis sur leur territoire, et donc placés sous leur juridiction. Pour les autres, ceux qui obtiendraient l'habilitation dans leur pays d'origine et pratiqueraient de la prestation de service dans la Communauté, ils bénéficient du régime de liberté prévu par l'article 59 TCE ancien. Ils ont, en effet, l'entière liberté d'offrir leurs services à tout opérateur, qu'ils se situent dans l'Etat ou ailleurs. Ils peuvent donc exercer leur activité sur le territoire d'autres Etats membres, avec des moyens provenant de leur siège ou grâce au person-

nel et au bureau établi dans un autre pays. La seule réserve consiste dans ce que les certificats ne peuvent être émis que par l'organisme notifié lui-même et non par sa succursale, à moins que celle-ci n'ait été notifiée également. Ainsi un certificateur allemand qui souhaiterait offrir ses services à des entreprises françaises doit être notifié dans son Etat d'origine selon les critères du droit allemand. Mais cela n'empêche pas les fabricants français de faire appel à lui s'il est moins cher. Le certificat allemand doit être reconnu équivalent au français. La France ne peut organiser des exigences spécifiques pour l'exercice de cette prestation. La France ne pourrait pas s'opposer par ailleurs à son établissement en France pour concurrencer les entreprises françaises et solliciter l'habilitation (5).

Les procédures à la disposition des autorités nationales en vue de l'habilitation

Les autorités publiques disposent, au regard des textes communautaires, d'une assez grande liberté : elles peuvent procéder elles-mêmes directement à la définition des critères de désignation et au choix des organismes ; ils peuvent en outre avoir recours à un organisme accréditeur. Aucune obligation ne leur est imposée dans un sens ou dans l'autre. Toutefois, dans la mesure où la notification doit être effectuée par les départements ministériels responsables de la mise en œuvre des directives, la question de leur compétence technique peut se poser s'ils choisissent la première solution comme mode de preuve. Nous examinerons d'abord les conditions du recours à un accréditeur, puis les conditions d'une habilitation sans accréditation.

(3) CJCE, 11 mai 1989, Bouchara, Aff. 25/88, Rec. p. 1124.

(4) CJCE, De Peijper, 20 mai 1976, Aff. 104/75, Rec. p. 613.

(5) CJCE 21 juin 1974, Reyners, Aff. 2/74, Rec. p. 63 ; CJCE, 30 novembre 1995, Reinhart Gebhart, Aff. C-55/94, Rec. p. I-4165 ; CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen Aff. 33/74, Rec. p. 1299 ; CJCE, 7 mai 1991, Vlassopoulou, Aff. C-340/90, Rec. p. I-2357.

Le recours à un accréditeur

Le recours aux techniques d'accréditation est fortement recommandé par les institutions communautaires. Prévu par la résolution du Conseil du 21 décembre 1989

concernant l'approche globale en matière d'évaluation de la conformité et la décision du 13 décembre 1990

concernant l'approche modulaire, il est également mentionné par la Commission dans son code de déontologie relatif au fonctionnement du système des organismes notifiés. Ce procédé consiste à confier à un organisme particulier la charge de vérifier les critères de compétences des laboratoires de contrôle et à les autoriser à intervenir dans tel ou tel secteur. Pour les institutions communautaires, l'accréditation constitue « un instrument important » et les Etats membres doivent y recourir « dans la mesure du possible ». Il a en effet pour conséquence de renforcer la présomption de conformité aux critères des directives dont bénéficient les tierces parties lorsqu'elles répondent aux normes de la série 45000. L'incitation à l'accréditation de la part de la Communauté européenne correspond en outre à la volonté de créer une politique communautaire en matière d'évaluation de conformité.

La France s'est dotée d'un organisme accréditeur le 29 avril 1994 : le Comité français d'accréditation (COFRAC). Il s'agit d'une association créée sur le fondement de la loi 1901, déclarée le 5 mai 1994, dont l'objet est de « *procéder à l'accréditation d'organismes et de laboratoires, développer la confiance dans les organismes accrédités, négocier des accords avec d'autres organismes accréditeurs et assurer la représentation des intérêts français dans les instances internationales* ». Le recours au COFRAC n'est pas obligatoire. Il est juste conseillé au titre d'un « instrument important ». C'est une appréciation au cas par cas. Mais lorsqu'elle a exigé, l'accréditation déchar-

ge l'Etat d'une responsabilité importante et permet d'assurer un traitement égal de toutes les candidatures. En principe, l'instance d'accréditation détient une autonomie quant à la définition des critères d'habilitation et à l'évaluation des organismes. Le respect des normes EN 45 000 constitue en général le

niveau minimum exigé par l'accréditeur et crée une présomption de conformité aux directives.

Si l'accréditation est prévue pour l'octroi de l'habilitation, les ministères peuvent mettre l'accent sur d'autres éléments, voire compléter les critères définis par les normes citées par un autre référentiel normatif. Et rien ne s'oppose à ce que l'Etat, qui est partie prenante dans l'accréditation, demande au COFRAC de se référer à d'autres critères. A l'issue de la procédure d'accréditation, le COFRAC délivre une attestation à l'organisme, mais reste soumis à une obligation de suivi à l'égard de celui-ci, ce qui l'autorise à retirer l'accréditation s'il y a lieu. Une telle décision de la part de l'accréditeur peut conduire les autorités à réviser leur position concernant l'habilitation de l'organisme.

L'octroi de l'accréditation ne peut donc pas conduire automatiquement à l'habilitation des organismes, mais elle n'en constitue pas moins un élément majeur lorsque l'Etat le décide. La remise en cause de l'habilitation dépendra des termes même du

contrat qui lie les parties et des modalités de dénonciation prévues dans celui-ci. La détention du logo COFRAC représente donc une garantie de crédibilité indiscutable à l'égard des industriels de toute l'Europe. Pourtant, le recours à ce processus semble parfois contesté par les professionnels qui lui reprochent la lenteur et la lourdeur de ses procédures, son coût et une insuffisante impartialité pour les tâches techniques d'évaluation, qui seraient souvent confiées à des concurrents de l'organisme qui entreprend l'accréditation. Or, il va de soi que sa crédibilité et

légitimité dépendent de sa compétence et surtout de la réalité de son indépendance.

La question du lien entre l'Etat et le COFRAC constitue une question importante car de l'intensité de la relation que cet organisme entretient avec les pouvoirs publics dépendent les conditions de l'engagement de la responsabilité de la puissance publique en cas de faute commise par l'accréditeur dans l'exercice de sa mission. Deux textes réglementaires fondent la reconnaissance du COFRAC par l'Etat : le décret n° 95-354 du 30 mars 1995 (6), relatif à la certification des produits industriels et des services, et l'arrêté d'application du 30 mars 1995 (JORF, 5 avril 1995).

Le premier, dans ses articles 6 et 7 consacrés à l'accréditation, dispose que « *l'impartialité et la compétence d'un organisme certificateur peuvent être établies par un document délivré à cet effet par une instance d'accréditation, reconnue par arrêté ministériel* » et que « *ne peut-être reconnu (...) qu'un organisme indépendant, impartial et compétent, conforme aux normes internationales existantes, disposant de moyens techniques et financiers suffisants et composé d'une manière équilibrée de façon à assurer la représentation de l'ensemble des intérêts concernés par la certification, sans prédominance de l'un d'entre eux* ».

Le second porte reconnaissance du COFRAC en tant qu'instance d'accréditation conformé-

Les Etats membres ne peuvent notifier que les organismes, nationaux ou non, établis sur leur territoire

ment aux dispositions de l'article 7 du décret du 30 mars 1995. Il indique

aussi que l'Etat fait partie de ses membres actifs (collège D), au même titre que les organismes accrédités (collège A), les groupements professionnels d'entreprises (collège B), et les groupements et associations des consommateurs ou d'utilisateurs et des acheteurs publics (collège C). Les pouvoirs publics contribuent, par ailleurs, à son financement et le soumettent au contrôle économique et financier de l'Etat. Les statuts du COFRAC indiquent

(6) JORF du 5 avril 1995.

qu'il a pour tâche « de procéder à l'accréditation sur la base des normes françaises et européennes de tous organismes intervenant dans l'évaluation de conformité et dans tous les domaines où une accréditation est utile ». La mission confiée doit en outre être effectuée dans des conditions d'équité et d'indépendance. Ces obligations peuvent correspondre à l'exécution d'un service public. Si c'est le cas, les décisions du COFRAC ne pourraient donc être soumises au droit public, sauf si l'on considère que l'Etat lui a dévolu des prérogatives de puissance publique, par un pouvoir décisionnel ou de sanction, mais, cette hypothèse semble improbable ici. L'accréditation ne peut être considérée comme une décision exécutoire. Le recours au COFRAC, en effet, n'est pas obligatoire. Et même s'il l'était, l'accréditation ne peut conduire systématiquement à l'habilitation. Tout au plus constitue-t-elle une attestation technique destinée à appuyer la seule décision exécutoire qui soit : celle consistant dans l'habilitation des organismes de contrôle.

La procédure d'habilitation sans accréditation

A défaut du recours à un accréditeur, les autorités doivent définir elles-mêmes d'autres moyens de preuve. La première référence réside dans le respect des normes 45000 qui doit être envisagé en fonction des tâches d'évaluation que les organismes sont capables d'assurer au regard des modules contenus dans les directives. Mais d'autres éléments doivent être pris en compte par les autorités. Les ministères procèdent en général par questionnaires adressés aux postulants et par dossiers de candidature, qui comprennent différents éléments d'identification, relatifs à la compétence ou aux moyens financiers et humains de l'organisme. Les autorités peuvent se déterminer à partir de l'expérience acquise par l'organisme ou sa réputation, et toujours, apprécier sa capacité à évoluer dans un univers européen, tant en ce qui concerne leur adaptation à la

concurrence que leur participation aux travaux de coordination organisés dans ce cadre pour assurer la transparence de l'évaluation de conformité et son homogénéité. Les organismes s'engagent eux-mêmes à respecter un certain nombre d'exigences, liées au contrôle des autorités sur leur activité : suivi *a posteriori*, éventuellement accréditation, rapport d'activité, participations aux réunions de normalisation et de coordination.

Quelle que soit la procédure choisie, l'habilitation des organismes de contrôle est une étape très importante pour la sécurité des consommateurs et utilisateurs de produits. En effet, il est important de savoir qui peut être responsable en cas de préjudice mettant en cause la procédure de certification des produits, et particulièrement si les autorités publiques peuvent être impliquées.

La qualification de l'habilitation : un service public ?

La question de la nature juridique des habilitations dans le cadre de la notification suppose que l'on définisse d'abord avec précision la forme que revêt l'habilitation. C'est à cette condition seulement que l'on pourra tenter ensuite de la qualifier juridiquement.

L'intervention privée dans l'action administrative découle la plupart du temps d'une habilitation unilatérale. Mais le plus souvent, habilitation unilatérale et contractuelle vont souvent de concert. La première permet en principe de constater et d'entériner la participation à l'exécution d'un service public. La seconde, prenant la forme d'un cahier des charges, détermine la mission des organismes, les prérogatives dont ils sont investis et les pouvoirs de contrôle et de sanction dont disposent les ministères à leur égard. Ainsi donc, à partir d'une investiture unilatérale se limitant à officialiser un organisme dans sa fonction d'intérêt général, les autorités se reportent ensuite à des termes bilatéraux pour appré-

hender précisément les obligations respectives des parties. C'est le cas pour les organismes de certification. Il y a bien double processus : une investiture unilatérale, matérialisée par la décision d'habilitation et la signature d'un contrat avec l'organisme définissant les devoirs respectifs des parties. La première a pour but de légitimer leur action, la seconde circonscrit leur mission.

En droit français, lorsqu'une activité présente un intérêt général, elle a aussitôt vocation à être qualifiée d'activité de service public. Elle ne le sera évidemment que si un ensemble d'autres critères organiques ou matériels interviennent, tels qu'une investiture publique ou la dévolution de prérogatives de puissance publique. Il convient de vérifier ces éléments à propos du lien entre les organismes de contrôle et les ministères. On a vu que l'investiture publique ne faisait pas de doute. Les pouvoirs publics procèdent à une « habilitation unilatérale » qui s'apparente à un agrément ou une autorisation à partir d'un examen des compétences au regard des critères de désignation déterminés par l'Etat. Il reste à envisager l'hypothèse de la dévolution de prérogatives de puissance publique. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion dans une affaire « Bureau Veritas » (7) de trancher en faveur de la détention de prérogatives

de puissance publique au profit de la société anonyme Veritas, agréée par le ministère de l'Air pour délivrer des certificats de navigabilité aérienne, et donc d'admettre la compétence du juge administratif pour connaître de ses actes. Cependant, il semble que la situation des organismes de contrôle dans le cadre de la nouvelle approche diffère de cette espèce. Les attestations de conformité aux exigences essentielles délivrées par les tierces parties ne relèvent pas de la catégorie de tels actes. On se référera pour appuyer cette position à la définition des prérogatives de puissance publique donnée par le Commissaire du gouvernement Labetoulle à propos de

(7) CE, 23 mars 1983, Rec. Lebon p. 134.

l'affaire Consuel (8). Pour lui « *il s'agit d'une prérogative régaliennne, d'un pouvoir d'autorité exorbitant du droit commun* », tel qu'il a été consacré par exemple à propos du pouvoir de prendre des décisions unilatérales de caractère réglementaire dans l'arrêt Magnier (9), du pouvoir de prendre des décisions unilatérales de caractère individuel dans l'arrêt « Fédération nationale des huileries métropolitaines » (10) ou de la détention d'un pouvoir disciplinaire dans l'arrêt Nancy (11). Ainsi, le rôle du Consuel, alors même qu'il s'agit d'un organisme agréé par l'Etat, qui consiste à vérifier la sécurité des installations électriques par rapport aux normes en vigueur et à délivrer des visas de conformité, n'est qu'un rôle d'attestation, de constatation, dans lequel il est difficile de voir l'un de ses pouvoirs d'autorité. Il en résulte que les organismes de contrôle, malgré leur investiture publique, ne sont pas des gestionnaires de service public détenant un pouvoir de décision administratif, mais seulement des acteurs participants à l'exécution d'une mission de service public. Il en découle bien évidemment que leurs actes les engagent devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Toutefois, en raison de leur participation à l'exercice d'une mission de service public, la responsabilité de l'Etat peut être également engagée devant les tribunaux administratifs, non pour la faute de l'entité privée, mais pour sa propre faute de service, voire sans faute. La question de l'imputabilité à la puissance publique des dommages causés par une personne privée dans l'exercice de sa mission d'intérêt public est liée étroitement à la relation de représentation qui existe entre elle et l'organisme privé.

Délégation de service public ?

Il reste à tenter de clarifier le lien entre l'Etat et les organismes de contrôle. Pourrait-on appliquer le régime nou-

veau des « délégations de service public » ? Cette nouvelle catégorie a été introduite dans la classification déjà complexe des relations de service public par la loi du 29 janvier 1993 relative à « *La prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* ». Le texte s'applique à l'ensemble des personnes publiques dans leurs relations avec d'autres personnes publiques ou des personnes privées.

Son objet est de soumettre désormais les procédures à un appel public de candidature, bien que le libre choix du délégataire par la collectivité soit conservé. Par ailleurs, la durée des conventions doit être limitée et leur renouvellement réglementé. Enfin, un contrôle sur le délégataire est prévu, qui doit aboutir à la production d'un rapport d'activité, permettant à l'autorité déléguante d'apprécier les conditions d'exécution du service public (12). Il n'existe pas de définition de la notion de « délégation de service public ». Mais il semble d'après la doctrine abondante sur ce thème (13) qu'elle recouvre un éventail très large d'actes à la fois conventionnels ou unilatéraux qui ont pour but la participation d'une entreprise privée à un service public. Elle entre dans la logique de l'action entreprise par la Communauté européenne qui vise à ouvrir à la concurrence toute démarche publique qui ne relève pas du pouvoir régalienn de l'Etat. Ainsi, le souci premier du législateur pour l'adoption de ce texte fut d'introduire la transparence, la publicité et la mise en concurrence dans les mécanismes d'habilitation. Le cas des conventions signées entre l'Etat et les organismes de contrôle pour opérer un contrôle de conformité des produits aux directives communautaires pourrait *a priori* entrer dans cette catégorie juridique, car l'es-

Les organismes de contrôle, malgré leur investiture publique, ne sont pas des gestionnaires de service public détenant un pouvoir de décision administratif

prit de la loi vise à appréhender les situations très largement, dès lors qu'il y a contrat, exécution d'une mission de service public, personne publique déléguante et rémunération du service par l'utilisateur. Toutefois, il convient d'être prudent, car il existe une réserve liée au critère de la détermination du prix. Si celui-ci est fixé ou encadré par l'administration, on pourra considérer qu'il y a délégation « Sapin ». Sinon, il ne s'agira que d'un contrat administratif « innomé » échappant aux régimes de transparence et de mise en concurrence prévu par la loi de 1993.

En tous les cas, concernant la nature de la convention, on se reportera à la jurisprudence du Conseil d'Etat Epoux Bertin (14) qui considère comme contrats administratifs les contrats portant exécution d'un service public. Le fondement de cette solution repose sur le fait que c'est l'objet même du contrat qui justifie qu'il soit soumis à un régime de droit public qui permette à la puissance publique de conserver la maîtrise et la responsabilité du service tout en en confiant l'exécution à une personne distincte. En cas de contestation de la légalité de l'habilitation, les recours devront donc être portés devant la juridiction administrative contre la décision unilatérale d'habilitation, qui seule, sera susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. ●

(8) TC. Dame Cailloux c/Consuel, 25 janvier 1982, Rec. p. 462.

(9) CE, 13 janvier 1966, Rec. p. 32.

(10) CE, 6 octobre 1961, Rec. p. 544.

(11) CE, 28 juin 1963, Rec. p. 41.

(12) Voir N. Symchowicz, La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence Préfet des Bouches-du-Rhône, AJDA 20 mars 1998, p. 195.

(13) J. Geogel, La délégation de service public Jcl. Adm. Fasc. 528 ; JB. Auby et C. Maugüe, Les contrats de délégation de service public, JCP 1994, ed. G, I, 3743 ; C. Huglo, Point de vue sur une notion très discutée : la délégation de service public, Petites Affiches, 16 mai 1994, n°58.

(14) CE 20 avril 1956, Rec. p. 167.