

N°461336

Association Les diagnostiqueurs indépendants

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 10 janvier 2024

Décision du 5 février 2024

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

Cette affaire soulève une question délicate portant sur les conditions d'accès des tiers aux normes techniques homologuées rendues obligatoires¹.

Sont ici en cause les normes NF EN ISO/CEI 17024 et 17065 auxquelles renvoie l'arrêté du 24 décembre 2021 définissant les critères de certification des opérateurs de diagnostic technique et des organismes de formation et d'accréditation des organismes de certification.

L'article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation impose, en cas de cession d'un immeuble bâti, la réalisation d'un diagnostic technique portant notamment sur le diagnostic de performance énergétique, le risque d'exposition au plomb ou la présence d'amiante. L'article R. 271-1 en réserve la réalisation aux personnes physiques dont les compétences ont été certifiées par un organisme ayant lui-même été accrédité, ou aux personnes morales employant des salariés ou constituée de personnes physiques remplissant ces conditions. Pris pour l'application de ces dispositions, l'arrêté du 24 décembre 2021 conditionne, en son article 7 (4°), la certification des diagnostiqueurs et, en amont, l'accréditation des certificateurs, à une série d'exigences techniques détaillées en annexe, ainsi qu'aux exigences définies par la norme ISO 17024. Son article 8, 4° soumet pour sa part la certification des organismes chargés d'assurer la formation des diagnostiqueurs au respect d'exigences définies en annexe ainsi qu'aux exigences définies par la norme ISO 17065.

Parmi les nombreux moyens soulevés par l'association LDI – Les diagnostiqueurs indépendants à l'appui de leur recours en annulation, vous retrouvez celui tiré de l'insuffisante accessibilité de ces normes qui avait motivé la censure des deux précédentes

¹ La liste des normes rendues d'application obligatoire est recensée sur le site Légifrance (<https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/autour-de-la-loi/entreprises/normes-afnor-d-application-obligatoire>).

versions de l'arrêté et que nous vous proposons à nouveau d'accueillir, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête.

Par deux décisions rendues par votre 6^e chambre jugeant seule, vous avez déjà annulé les arrêtés du 25 juillet 2016 et du 2 juillet 2018² définissant les critères de certification des diagnostiqueurs au motif qu'ils rendaient d'application obligatoire une norme qui n'était pas gratuitement accessible sur le site internet de l'association française de normalisation (AFNOR) – faisant ainsi application du principe dégagé par votre décision du 10 février 2016, *Fédération nationale des mines et de l'énergie - Confédération générale du travail (FNME - CGT)*, au recueil (n° 383756)³.

Cette dernière décision procède à une clarification de votre jurisprudence en faisant de l'accessibilité de la norme rendue obligatoire par l'effet d'un texte réglementaire une condition non de son opposabilité aux tiers⁴ mais de la légalité même du texte réglementaire. Elle se fonde sur le troisième alinéa de l'article 17 du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, aux termes duquel « *Les normes rendues d'application obligatoire sont consultables gratuitement sur le site internet de l'AFNOR* ». La décision précise en outre que cette règle s'inscrit « *dans le respect de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité de la règle de droit* ». En effet, si dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel cet objectif se rattache le plus souvent à des considérations de rédaction de la norme, au même titre que l'objectif d'intelligibilité qui lui est associé, il correspond également à une exigence de mise à disposition : ainsi, la décision n° 2015-724 DC du 17 décembre 2015 juge que ne méconnaît pas cet objectif la loi organique prévoyant la publication des textes au Journal officiel exclusivement par voie électronique, eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne.

Comme le résumait votre rapporteur public Rémi Decout-Paolini, le pouvoir réglementaire ne saurait rendre obligatoire une norme homologuée sans assurer en même temps son accessibilité libre et gratuite.

Depuis lors, les conditions d'accès aux normes en litige ont été assouplies mais demeurent soumises à certaines limitations.

Selon les affirmations de la requérante, que les pièces produites au dossier ne permettent pas de vérifier avec certitude mais qui ne sont pas contredites en défense, les normes ISO que

² CE 24 juillet 2019, *SARL Tekimmo*, n° 402345 ; CE 30 décembre 2021, *Association LDI*, n° 436420, tous deux inédits au recueil.

³ Voir également dans le même sens la décision *SARL Tekimmo* du 20 novembre 2013, n° 354752, aux tables.

⁴ Ainsi que le faisait la décision CE 23 octobre 2013, *Association France nature environnement*, n° 340550, aux tables sur un autre point – mais rendue sur le fondement de dispositions législatives particulières (art. L. 512-7 du code de l'environnement). Par ailleurs et de manière générale, ainsi que le rappelle l'actuel article L. 221-2 du code des relations entre le public et l'administration, l'entrée en vigueur d'un acte réglementaire est subordonnée à l'accomplissement de formalités adéquates de publicité.

l'arrêté du 24 décembre 2021 rend à son tour obligatoires étaient initialement, c'est-à-dire à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté attaqué, gratuitement accessibles sur le site de l'AFNOR aux seules personnes qui, après s'être préalablement identifiées lors de la création d'un « compte client » sur le site de l'AFNOR, attestent sur l'honneur être soumises à une obligation d'accréditation, c'est-à-dire aux seuls organismes certificateurs. A présent, selon une formule commune à l'ensemble des normes d'origine non française, l'accès gratuit est réservé aux personnes qui attestent sur l'honneur « *avoir l'obligation d'accéder à la norme pour respecter une réglementation* ». A défaut, les deux normes en litige sont accessibles moyennant le paiement d'une somme égale respectivement à 173,58 et 180 euros hors taxes.

Quelle que soit la version du site à prendre en compte, nous pensons que l'obstacle, pour facilement contournable qu'il soit en pratique par des internautes peu scrupuleux, ne permet pas d'assurer l'accessibilité de la norme – en nous écartant donc sur ce point de la solution retenue par votre 6^e chambre rendue au sujet du décret relatif à l'audit énergétique (CE 6^e JJS 28 juillet 2023, *Sté Tekimmo*, n° 465505, inédit) mais dans une hypothèse (réelle ou théorique) où le public devait attester sur l'honneur, plus modestement, « *avoir besoin d'accéder à la norme* ».

En défense, le ministre fait d'abord valoir que les diagnostiqueurs candidats à une certification n'auraient pas besoin de connaître la teneur des exigences organisationnelles, financières ou techniques qui s'imposent aux seuls organismes certificateurs. Cependant, et bien que la question apparaisse inédite, nous avons du mal à concevoir l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la norme de droit comme s'appliquant exclusivement à ses destinataires directs.

D'une part et au cas d'espèce, il n'est guère douteux que, sans être eux-mêmes soumis au respect de ces normes, les opérateurs économiques ne peuvent se désintéresser du fonctionnement et de l'organisation des organismes chargés de délivrer les certifications qui conditionnent leur propre activité. Alors qu'ils justifient ce faisant d'un potentiel intérêt à agir, devraient-ils être contraints de payer pour connaître la teneur de la norme dont ils entendraient contester la légalité ?

D'autre part et plus généralement, l'objectif dégagé par le Conseil constitutionnel nous paraît procéder d'une exigence de transparence inhérente à l'Etat de droit, qui implique le droit de chaque citoyen à connaître la teneur des règles que les autorités administratives décident de rendre obligatoires en vertu de leur pouvoir réglementaire, sans avoir à justifier d'une qualité ou d'un intérêt particuliers ; autrement dit, au sein de l'ordonnement juridique, il ne devrait y avoir place, en principe, ni pour une réglementation censitaire, ni pour une réglementation occulte, à de rares exceptions près justifiées par des intérêts supérieurs, au regard de l'objet particulier de la norme en cause – on pense par exemple aux décrets réglementaires relatifs à l'organisation de la sécurité nationale qui sont couverts par le secret défense⁵.

Le ministre avance cependant une seconde justification, tirée de la nécessaire conciliation à opérer, s'agissant des normes ISO d'origine européenne ou internationale entre l'objectif d'accessibilité et la protection des droits de propriété intellectuelle qui s'attachent à ces normes. Ces droits sont détenus par le comité européen de normalisation et par l'organisation internationale de normalisation qui relèvent respectivement du droit belge et suisse, de sorte que l'AFNOR ne dispose pas de la possibilité de garantir un accès gratuit généralisé⁶.

L'argument est sérieux et nous ne sous-estimons pas les difficultés que pourrait soulever une remise en cause de l'équilibre auquel l'AFNOR semble être parvenue, au-delà du seul cas des diagnostiqueurs immobiliers, pour un nombre important de normes d'origine internationale rendues obligatoires – on pense par exemple à la norme ISO 15189 qui s'impose aux laboratoires de biologie médicale depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 2010 (art. L. 6221-2, I du code de la santé publique) et dont l'accès gratuit est conditionné au même mécanisme de déclaration sur l'honneur que celui en litige.

Jouerait au soutien de cette thèse la position accommodante de la Cour de justice de l'Union européenne qui a pour sa part admis, au sujet des normes ISO régissant les méthodes de mesure des niveaux d'émission de goudron, de nicotine et de monoxyde de carbone applicables aux cigarettes, qu'elles soient rendues obligatoires par un acte de l'UE sans être elles-mêmes publiées au Journal officiel de l'Union européenne, dès lors que les entreprises concernées y ont accès sur demande auprès des organismes nationaux de normalisation ; elles ne sont alors, en revanche, pas opposables aux particuliers (CJUE (Gde Ch.) 22 février 2022, *Stichting Rookpreventie Jeugd e.a. contre Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport* aff. C-160/20, § 48, 51 et 52).

Néanmoins ce raisonnement en termes de non-opposabilité a été écarté par votre décision précitée de 2016 en raison des termes de l'article 17 du décret de 2009 sur la normalisation qui impose une consultation gratuite sur le site de l'AFNOR, sans réserver d'exceptions pour les tiers⁷. Il nous semble hors de portée de dégager prétoriquement une interprétation restrictive de dispositions que vous regardez comme destinées à assurer le respect de l'objectif de valeur constitutionnel d'accessibilité de la norme de droit, en l'absence de motif d'intérêt supérieur susceptible de justifier une telle conciliation⁸. A supposer que des considérations

⁵ Voir CE 24 juin 2002, *Ministre de la défense c/ M. W...*, n° 227983, aux tables – au sujet des décrets qui régissent l'organisation de la DGSE et dont la force obligatoire à l'égard des agents est donc soumise à leur notification individuelle lors de l'entrée en fonctions au sein du service

⁶ Voir la réponse donnée en ce sens par le Gouvernement le 5 juillet 2016 à la question écrite AN n° 95669.

⁷ Cet article a été récemment complété pour encadrer les possibilités de téléchargement et d'impression de la norme accessible gratuitement en cas d'opposition dûment justifiée d'un tiers détenteur de droits de propriété intellectuelle sur celles-ci. Mais cette modification destinée à restreindre les possibilités de réutilisation – dont la teneur n'est pas en litige ici – ne revient pas sur le principe d'une consultation gratuite de la norme.

⁸ Cet argument avait du reste déjà été écarté par le passé : CE 6e JJS, *Leconte*, 2017, n° 402752, inédit : « *la circonstance, alléguée par le ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargé des relations internationales sur le climat, que le Comité européen de normalisation détiendrait des droits de propriété*

plus modestes tirées des enjeux économiques de la normalisation puissent être invoquées, il s'agit d'un débat que les pièces du dossier ou les écritures des parties ne permettent guère de nourrir et nous sommes enclin à penser que c'est au législateur qu'il appartiendrait de définir les garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre ces objectifs divergents. On relèvera d'ailleurs que, pour résoudre la difficulté et garantir l'accès gratuit à l'ensemble des citoyens des normes ISO rendues obligatoires, un rapport d'information sénatorial sur l'impact de la normalisation, rédigé en 2017, préconisait un système de licence négocié par l'État avec les organisations détenant les droits de propriété intellectuelle⁹.

Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêté et, comme vous l'aviez fait pour les précédentes annulations afin de ne pas remettre en cause les diagnostics déjà réalisés ou en cours, de reporter l'effet de votre annulation au 1^{er} juillet 2024 – en notant toutefois que dans un mémoire produit ce matin, le ministre vous invite à retarder le cas échéant d'un an supplémentaire cette échéance.

Si vous ne nous suiviez pas, nous pensons que vous pourrez rejeter la requête qui n'articule aucun autre moyen sérieux.

Contrairement à ce qui est d'abord soutenu, les ministres signataires étaient compétents pour soumettre à un régime de certification tant les diagnostiqueurs eux-mêmes que les formations auxquelles ils doivent s'astreindre à cette fin, sur le fondement combiné des dispositions de l'article L. 271-6, qui impose que les diagnostics sont « *établis par une personne présentant des garanties de compétence et disposant d'une organisation et de moyens appropriés* » et de l'article R. 271-1 qui renvoie à un arrêté le soin de préciser les modalités selon lesquelles les compétences des intéressés sont certifiées par un organisme accrédité.

L'arrêté attaqué n'était pas au nombre des textes relatifs à la protection et à la promotion de la santé et de la sécurité au travail pour lesquels l'article R. 4641-1 du code du travail impose la consultation du conseil d'orientation des conditions de travail. Enfin, pour en terminer avec les moyens de légalité externe, il ressort des pièces du dossier que le texte a fait l'objet d'une concertation préalable avec les représentants des professionnels concernés, de sorte que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la directive 2005/36/CE manque, en tout état de cause, en fait.

Les moyens de légalité interne seront aisément écartés. Si la requérante critique, pêle-mêle, une réglementation inintelligible, des obligations injustifiées et inutiles faisant peser sur les diagnostiqueurs un coût financier excessif, des contraintes disproportionnées, discriminatoires, voire inapplicables ou encore une atteinte au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre, à la liberté de travailler ou à la dignité du travailleur garantie par l'article 31

intellectuelle sur ces normes ne saurait par elle-même faire légalement obstacle à l'obligation qui s'impose à l'autorité publique de s'assurer que ces normes soient gratuitement accessibles ».

⁹ Rapport Sénat n° 627 de Mme Lamure sur l'impact de la normalisation (juillet 2017).

de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, son argumentation demeure trop confuse et insuffisamment étayée pour vous mettre à même de saisir une erreur manifeste parmi les dispositions en litige. Elle ne saurait utilement invoquer une méconnaissance de la norme 17024 qui n'a de portée obligatoire que celle que l'arrêté attaqué lui donne.

Si chemin faisant la requérante se prévaut également des dispositions des directives 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et 2006/123 relative aux services dans le marché intérieur, le caractère particulièrement décousu de sa requête nous paraît vous autoriser à les écarter succinctement et dans un même mouvement comme n'étant pas assortis des précisions suffisantes, sans qu'il soit dès lors besoin d'en vérifier l'opérance : au regard des objectifs de santé publique et de sécurité auxquels concourt, à l'évidence, la fiabilisation des diagnostics immobiliers, il ne ressort d'aucune des pièces du dossier que l'arrêté instituerait des exigences disproportionnées dans l'accès ou l'exercice de la profession au sens de la première directive, ni que, en méconnaissance des règles définies aux articles 10, 13 et 15 de la seconde, il instituerait un régime d'autorisation reposant sur des critères insuffisamment clairs et objectifs ou imposerait des exigences disproportionnées, discriminatoires ou faisant double emploi.

Nous dirons à toutes fins utiles quelques mots de leur applicabilité au litige.

La profession de diagnostiqueur immobilier doit être regardée comme une profession réglementée au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2005/36 qui qualifie comme telle une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou l'une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession de qualifications professionnelles déterminées, la notion de « qualifications professionnelles » visant elle-même, selon la jurisprudence de la Cour, toute qualification correspondant à un titre de formation *spécifiquement conçu* pour préparer ses titulaires à l'exercice d'une profession donnée (CJUE 21 septembre 2017, *Malta Dental Technologists Association et Reynaud*, aff. C-125/16, point 34 et 35).

La procédure de certification définie par l'arrêté attaqué qui associe un examen théorique et un examen pratique spécifiquement conçu pour vérifier la capacité technique des personnes à exercer l'activité fait entrer les diagnostiqueurs immobiliers dans cette catégorie, ainsi que le confirme, sans que cela ne soit néanmoins décisif¹⁰, leur présence dans la liste des « professions réglementées » recensées par les autorités françaises. Contrairement à ce que

¹⁰ Selon la jurisprudence de la Cour, la définition de la notion de « profession réglementée », figurant à l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2005/36 ne renvoie pas au droit des États membres et relève du seul droit de l'Union, de sorte qu'il n'est pas décisif que la profession en cause figure bien parmi la liste des professions réglementées communiquée à la Commission ou dans la base de données mise à jour par la Commission (CJUE 2 mars 2023, aff. C-270/21, points 50 et 51). Au cas d'espèce, les diagnostiqueurs immobiliers sont mentionnés sur le site « guichet-qualification.fr » auquel renvoie la base de données de la Commission.

soutient le ministre, la circonstance que la certification ne soit délivrée que pour une durée de sept ans et que l'intéressé demeure soumis durant cette période à une obligation de formation continue, une surveillance documentaire et un contrôle sur ouvrage apparaît sans incidence. De même, les organismes certificateurs nous semblent également satisfaire la définition donnée à l'article 3 de la directive. Au demeurant, on relèvera que l'arrêté lui-même organise une procédure de « reconnaissance mutuelle » pour les personnes légalement établies dans un Etat de l'Union européenne pour y exercer une activité de diagnostic¹¹.

En revanche, les articles 10, 13 et 15 de la directive « services » ne semblent pouvoir être utilement invoqués au cas d'espèce.

Les exigences définies aux articles 10 et 13 s'appliquent aux régimes d'autorisation, que l'article 4 définit comme une procédure obligeant un prestataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice, « l'autorité compétente » désignant elle-même un organe disposant d'un « rôle de contrôle ou de réglementation des activités de services, notamment les autorités administratives, y compris les tribunaux agissant à ce titre, les ordres professionnels et les associations ou autres organismes professionnels qui, dans le cadre de leur autonomie juridique, réglementent de façon collective l'accès aux activités de services ou leur exercice ». Or les organismes chargés de certifier les diagnostiqueurs immobiliers se bornent à attester un niveau de compétence sans autoriser à proprement parler l'exercice de l'activité et, en tout état de cause, ils ne disposent eux-mêmes d'aucun pouvoir de réglementation.

Quant à l'article 15 qui régit les exigences subordonnant l'accès ou l'exercice d'une activité de services, il écarte de son propre champ d'application les exigences relatives aux matières couvertes par la directive 2005/36/CE, auxquelles se rattachent, comme nous vous l'avons indiqué, les règles tenant à la vérification des compétences des diagnostiqueurs immobiliers, seules contestées par la présente requête. L'association LDI ne saurait donc utilement invoquer une méconnaissance de cet article.

Néanmoins et pour les raisons que nous avons indiquées, l'insuffisante accessibilité de la norme de droit nous paraît commander la censure.

PCMNC à l'annulation de l'arrêté attaqué avec report des effets de cette annulation au 1^{er} juillet 2024. La société requérante ne justifiant pas des frais d'instance qu'elle aurait

¹¹ L'arrêté attaqué prévoit que l'intéressé peut, après vérification de sa compétence technique et de sa bonne pratique de la langue française par un organisme de certification en collaboration avec les services des ministres en charge de la santé et de la construction, exercer en France, à titre salarié ou à titre indépendant, faisant écho à la vérification des qualifications professionnelles du prestataire à laquelle peut procéder l'Etat membre dans le cas de professions réglementées qui ont des implications en matière de santé ou de sécurité publiques (article 7, paragr. 4 de la directive 2005/36).

exposés, vous pourrez en revanche rejeter les conclusions tendant à ce qu'ils soient mis à la charge de l'Etat.