

NORMES PRIVÉES DANS L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE INTERNATIONAL (ÉTAT DES LIEUX)

Par

Arnaud RAYNOUARD

I2D, Université Paris-Dauphine - PSL

Si on associe les termes « normes privées » et « environnement international » dans une recherche bibliographique (même petite)... on trébuche sur une immense littérature juridico-économico-pratique¹. De celle-ci je formulerais quatre constats en guise d'introduction, puis deux séries d'interrogations (Qui, quoi et comment ? ; Pourquoi ?), m'amenant à douter de la singularité de l'international en la matière.

Premier constat. « Norme privée » est traduit en anglais par standard (parfois par *private standard*) ... c'est source d'ambiguïté.

Pour un juriste de droit continental, une norme est en relation avec une règle de droit, règle obligatoire prescrivant un comportement. Le terme est « équivalent de

¹ Pour mener une première étude empirique de la littérature revendiquant explicitement l'appellation « norme privée », j'ai isolé les documents suivants : N. HACHEZ et J. WOUTERS, *A Glimpse at the Democratic Legitimacy of Private Standards*, WP n° 61, Leuven Center for Global Governance Studies, 2011 ; E. NAERT, *Non-State Actor Dynamics in International Law : From Law-Takers to Law-Makers*, Ashgate, 2010 ; ISO, *Normes internationales et « normes privées »*, 2010 ; CBI, UNIDO et Norad, *Normes privées : mieux les connaître pour mieux les appliquer. Guide sur les normes privées dans les secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier*, Vienne, 2010 ; E. BIÉNABE, C. BRAMLEY et H. VERMEULEN, *Equity implications of emerging private standards schemes : What is the rôle of the public sector ?*, 4^e Journées de recherches en sciences sociales à AgroCampus-Ouest (Rennes), 9 et 10 décembre 2010 ; G. SMITH, *Interactions entre normes publiques et normes privées dans la filière alimentaire*, Éditions OCDE, 2010 ; S. HENSER et J. HUMPHREY, *Les impacts des normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et sur les processus publics de normalisation*, FAO/OMS, 2009 ; J. WOUTERS, A. MARX et N. HACHEZ, *Private standards, global governance and transatlantic cooperation*, Leuven Center for Global Governance Studies, 2009 et *In search of a Balanced Relationship : Public and Private Standards in Food Safety Standards and International Law*, WP n° 29, 2009 ; W. BRATTON, *Private standards, Public Governance : A New Look at the Financial Accounting Standards Board*, Boston College Law Review, 2007 ; J. SWINNEN (ed.), *Global Supply Chains, Standards and the Poor*, CAB International Publication, 2007 ; M. POLLACK et G. SCHAEFFER, *Regulating Risk in a Globalised Economy : Law, Politics and the Struggle to Govern Genetically Modified Food*, European Union Studies Association Biennial International Conference, 17-19 May 2007 ; M. MAERTENS, L. DRIES, F. DEDEHOUANOU et J. SWINNEN, *High-value supply chains, food standards and rural households in Senegal*, WP n° 9, LIRGIAD, 2006 ; M. MAERTENS et J. SWINNEN, *Transformations in agricultural markets : Standards and their implications*, WP n° 11, LIRGIAD, 2006 ; M. MAERTENS et J. SWINNEN, *Standards as Barriers and Catalysts for Trade and poverty Reduction*, WP n° 13, LIRGIAD, 2006 ; L. CUNNINGHAM, *Private Standards in public Law : Copyright, Lawmaking and the Case of Accounting*, Boston College Law School, research paper n° 60, 2005 ; M. MANSOUR et S. KEY, "From Farm to Fork : The Impact on Global Commerce of the New European Union Biotechnology Regulatory Scheme", *The International Lawyer*, vol. 38, n° 1, p. 55.

règle de droit » et exprime « la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite... quels qu'en soient la source... ou l'objet » (*Vocabulaire juridique Henri Capitant*). Dans le monde anglo-américain, un standard n'est pas nécessairement dépourvu de *juridicité*, mais celle-ci n'est pas obligatoire. Le standard est un objet beaucoup moins chargé de force juridique en ce sens que ce n'est pas, en soi, une prescription ou une obligation de comportement sanctionnée. Le vocabulaire juridique précité renvoie d'ailleurs à standard, lorsque le terme norme désigne « une règle qui marque la direction générale à donner à une conduite » ; et le standard, en droit international public, viserait des règles qui « sans avoir la force d'une véritable norme juridique, ne sont pas dépourvus de tout caractère obligatoire ».

Dit autrement, une action est « au standard » (de construction, de comportement...) où ne l'est pas... et alors ! (comme le disent les anglais, « *so what ?* »). Le non respect du standard peut entraîner des conséquences, économiques, de réputation (on peut même parler d'une sanction par le marché) ; on parle alors plus souvent en termes de risques (d'image, par exemple).

En même temps, le standard peut être doté d'une très forte incidence juridique. Il suffit de penser au principe de reconnaissance mutuelle qui joue un rôle fondateur du marché unique. Les prescriptions techniques imposées par un État ne peuvent faire obstacle à la libre circulation d'un produit, sauf exceptions liées à la protection des consommateurs ou la santé publique, par exemple. Sans doute, et cela est essentiel, la neutralisation de ces standards et normes dans l'ordre juridique de l'Union européenne n'a lieu que, et uniquement, lorsqu'elle résulte d'une « disposition législative, réglementaire ou autre disposition administrative d'un État membre » (art. 1^{er}, règlement (CE) n° 764/2008 du Parlement et du Conseil, du 9 juillet 2008, établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre). Mais on le voit : dans une telle hypothèse, le standard au sens anglais est devenu une norme au sens continental.

Pour le moins, le concept sous-jacent n'est pas dépourvu d'ambiguïté, naisant des emplois non spécifiques, ni précis, des termes en présence.

Deuxième constat. Indiscutablement, on assiste à une véritable prolifération de normes privées depuis une vingtaine d'années... mais celle-ci recèle une très grande diversité de phénomènes. À tel point que l'on peut se demander si un concept unique est saisissable.

Troisième constat. Dans l'ordre international, dans sa vision savignienne et westphalienne de la rencontre des souverainetés (nationales), le phénomène de normes « privées » a -et peut- tenir une place importante. C'est là une question de légitimité qui est propre au concept de norme privée.

Quatrième constat. Les normes privées existent depuis longtemps et sont parfois un élément majeur d'organisation des relations économiques. L'exemple, sous réserve (*cf. supra*), du principe de reconnaissance mutuelle en est une illustration théorique. C'est alors, peut-on hasarder, donner une chance d'efficacité aux normes privées, dès lors qu'elles deviennent ainsi *effectives* dans un ordre national. Ce qui renvoie à cette idée déjà entrevue : nous serions confrontés, en toile de fond,

à l'existence d'une relation complexe entre normes *privées* et normes *publiques*, dont on pressent que la ligne de démarcation ne sera pas toujours aisée à identifier.

I. Qui, quoi et comment ?

Parce qu'une norme privée n'est pas un objet usuel du droit, tout au moins dans la tradition du droit continental, sans doute plus marquée par une définition stricte de ses sources (ou, dit autrement, par une *juridicité* plus restrictive) que dans les traditions de *common law*, il faut commencer par s'interroger sur ce qu'est cet objet.

Suivant une démarche classique et rationnelle, il faudrait en premier lieu répondre à la question de la notion : qu'est-ce qu'une norme privée ? Sans aucun doute faudrait-il plus de recul pour présenter une définition ramassée et opératoire. Il convient toutefois de délimiter le phénomène, sans quoi la généralité des termes leur fait perdre tout intérêt. Partant de ses manifestations, on peut commencer par s'interroger sur *qui* se réclame de la production de normes privées, quels sont les *secteurs* concernés et comment elles sont *élaborées*.

A. Qui

Sur l'identification de *qui*, je ferais trois observations.

Observation 1. Le caractère « privé » des normes privées semble entendu dans un sens très lâche, très peu restrictif, y compris lorsque l'on se cantonne aux « normes internationales » ; j'entends par là, et c'est un choix discrétionnaire, des situations dépassant le cadre d'un État, ne serait-ce que factuellement.

On trouve alors, producteurs de normes, des organismes purement privés (des entreprises, par exemple un distributeur imposant un cahier des charges à ses fournisseurs). Une très belle illustration, me semble-t-il, réside dans la mise en place des *patent pools*, ces « piscines à brevets », qui fonctionnent selon un cadre normatif volontairement accepté par les participants, qui s'ajoute ou neutralise (dans la mesure du possible) le droit des brevets dans l'espace national envisagé.

J'exclus les régulateurs (relevant d'un modèle *agency* ou autorité administrative indépendante), en raison de leur trop grande proximité, par essence, avec l'autorité publique (du moins certaines de ses prérogatives). Mais que penser du règlement général établi par l'entreprise de marché qui gère le marché réglementé d'instrument financiers ?

Que penser également des situations du type des IFRS, en l'espèce des normes comptables élaborées par des acteurs privés (d'ailleurs dénués de tout mandat, et n'étant pas plus prestataire de services), qui sont ensuite intégrées à l'ordonnement juridique « public » par le biais de règlements européens !

Un premier état des lieux, quant à qui émet des normes privées (et le revendique) amène à considérer, déjà, que la norme privée est *toute norme ne découlant pas de l'expression de la souveraineté nationale (directe ou indirecte)*.

Rien que de très classique : *Auctoritas, non veritas facit legem...* mais c'est alors uniquement une question de degré (de la force obligatoire) et non de nature (d'une règle prescrivant un comportement). Ce qui ne signifie cependant pas que le phénomène, par son ampleur, sa diversité, sa récurrence dorénavant, et jusqu'au simple fait qu'il soit nommé, ne présente pas aussi des traits nouveaux.

Observation 2. La diversité des normes privées affichées comme telle impose de procéder à une dissociation, cruciale, entre la notion de « privé » et celle d'intérêt général, mais sans les opposer de manière exclusive. Les deux aspects peuvent se recouper, ou ne pas se recouper. Il y a une forte porosité ici, du moins lorsque l'on s'intéresse aux objectifs poursuivis : la finalité d'une norme adoptée selon un processus consensuel, et privé, peut être et servir (et en pratique le sera assez souvent) l'intérêt général.

Ainsi, si on se place dans une approche d'analyse économique du droit, on observe qu'une norme privée ne va pas nécessairement à l'encontre de l'optimisation du bien être collectif... mais, en même temps, ce n'est certainement pas le caractère privé de la norme (où même la qualité de ses processus d'adoption) qui garantissent une adéquation entre la norme et le bien être collectif.

Pour brouiller un peu plus les pistes, on ajoutera, non sans sarcasme, que les phénomènes de capture amènent à penser la même chose des mécanismes publics d'adoption des normes ; sans doute, toutefois, cela est-il alors moins tranchée. Cela semble indiquer que nous sommes en présence de différences de degré et non de nature.

Observation 3. Que peut alors apporter le caractère international de la norme privée ? D'un point de vue, tout d'abord, très juridique, on sait que dans l'ordre international la possibilité d'existence d'une norme au sens national est discutée, l'argument central -et difficilement contestable- résidant dans la très illusoire force obligatoire générale d'une norme adoptée dans un cadre non étatique (et donc ne bénéficiant pas du soutien de l'*imperium* national : juge étatique, concours de la force publique).

Reste que, dans l'ordre juridique national lui-même, une norme conventionnelle est la loi des parties (art. 1134 cciv. ; solution que l'on trouve, peu ou prou, dans la majorité des systèmes juridiques contemporains). La pertinence de cette approche se renforce au niveau international, espace plus soupagement régit.

Est-ce à dire que la norme privée est dépourvue de force et d'efficacité en dehors d'une adoption conventionnelle² ? La réponse est négative, pour deux raisons au moins. En premier lieu, parce qu'il peut y avoir d'autres types de sanction qui aboutissent, *in fine*, à conférer à une norme privée un rayonnement qui dépasse le seul cercle des signataires de la convention qui la définit. En second lieu, parce que la source de la norme peut préexister à son adoption conventionnelle. Un exemple typique serait alors la *lex mercatoria*, dont il est difficile de soutenir qu'elle nait exclusivement du contrat conclu ; il est cependant vrai que, dans cette hypothèse, on

² On met de côté les hypothèses de « nationalisation » d'une norme privée internationale, puisqu'alors elle devient du droit interne.

se rapproche du droit, alors qu'une étude empirique indique que, le plus souvent, la norme privée est une **norme technique**.

Là encore, ce qui sépare une norme juridique au sens usuel et une norme privée semble relever d'une différence de degré plus que de nature.

Enfin, concernant son effectivité, on peut aisément accepter l'idée selon laquelle, plus elle est internationale, plus la norme privée (ou le standard) s'étend. Ce qui favoriserait l'émergence d'un standard optimal, en théorie, puisqu'alors plus le marché sera ouvert et concurrentiel, plus la norme privée adoptée/acceptée sera le résultat d'une tension entre plusieurs normes privées, la « meilleur » l'emportant (en se plaçant dans un idéal abstrait et le postulat du libre-échange).

B. Quoi ?

Tous les domaines sont touchés par ce phénomène des normes privées... ce qui en dilue l'unité.

On trouve en effet des normes, qui revendiquent leur statut de normes privées, dans le supply chain management, dans le commerce, les certifications techniques, les standards volontaires. Cela concerne, notamment, mais non exclusivement, les domaines industriels et agro-alimentaires ; les processus de production. Ce dernier aspect se rencontre fréquemment dans les groupes internationaux de production, qui standardisent les processus de fabrication et, à cet effet, crée des normes privées qui s'imposent à leurs cocontractant (sous-traitant). Même l'Université semble atteinte par ce mouvement de normes privées au travers des accréditations ou certifications (Equis, AACSB, EUA...).

Pour mettre de l'ordre, on peut estimer que les normes privées touchent autant le secteur industriel (production de biens), que des services (dont la commercialisation). Point de convergence, qui permet de faire apparaître un certain bloc homogène au sein de la diversité des situations, certaines de ces normes (les plus nombreuses) concernent des standard techniques, tandis que d'autres concernent des règles abstraites de comportement.

C'est sans doute au sein de cette seconde catégorie que l'on rencontre des normes qui ressemblent furieusement à des « règles de droit » et, tout particulièrement pour le juriste de droit continental, rend malaisée l'identification du phénomène.

On rencontre ainsi des objets étranges : la norme ISO 26000 dite *Responsabilité sociétale* est un exemple intéressant. Il s'agit de lignes directrices ayant pour objectif d'inciter « tous types d'organismes du secteur public ou du secteur privé » à son adoption « pour profiter des avantages d'une action responsable au niveau sociétal » (*sic*). Cette norme, qui se défend de constituer un modèle de gestion, est une simple « sensibilisation » aux enjeux sociétaux d'une organisation, dont les questions de droits de l'Homme ou de droit du travail. On pourrait s'étonner d'une démarche de privatisation (norme privée) de droits fondamentaux, lesquels transcendent les systèmes nationaux dans le cas des droits de l'homme. Mais en fait, cela montre ici que la norme privée peut ne pas valoir grand-chose : le respect des prescriptions ISO 26000 n'aura aucun impact au regard du contenu, ou de la force obligatoire, des droits qu'elle vise. L'opération est, en droit, étrangement neutre (ou

creuse) ... Elle révèle toutefois une surprenante volonté de contractualisation de droits d'ordre public, et au final ne serait qu'une liste de contrôle de bonnes pratiques « compatibles » ou « incitatives ».

C. Comment ?

En regardant les différents processus de fabrication des normes privées, on observe que cela couvre une gamme de processus qui oscille entre le très informel (un contrat entre des personnes privées) jusqu'au très formel (le processus ISO, par exemple, qui est enfermé dans une procédure détaillée).

Il n'est pas sans incidences de remarquer que l'OMC s'est inquiété de ce développement et aura tenté de l'encadrer au travers d'un ensemble de lignes directrices : *Accord sur les obstacles techniques au commerce* (OTC), *Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires* (SPS). Dans ce contexte, et plus précisément dans le domaine alimentaire, on rencontre le *codex alimentarius*, recueil de normes « internationales » concernant l'innocuité des produits alimentaires établi conjointement par la FAO et l'OMS.

On relèvera, dans ce secteur, un outil original avec le *Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce* (FANDC) présenté comme « une initiative conjointe en matière de renforcement des capacités et de coopération technique qui vise à sensibiliser à l'importance des questions sanitaires et phytosanitaires (SPS), à accroître la coordination de la fourniture d'assistance dans le domaine SPS et à mobiliser des ressources pour aider les pays en développement à renforcer leurs capacités en matière de respect des normes SPS » (source : site de l'OMC).

Une fois de plus, on voit apparaître une distinction entre

- les normes et standards répondant à des processus d'élaboration³ ;
- des normes véritablement privées.

Concernant, enfin, la question de savoir comment sont sanctionnés les normes privées, celle-ci est plus classique. La sanction renvoie, en règle générale, aux mécanismes nationaux.

II. Pourquoi ?

L'interrogation ne porte évidemment pas sur le « pourquoi des normes » ! On sait suffisamment que l'existence des normes se justifie par l'existence d'autrui (ce qui ne règle pas toutes les difficultés, loin de là), mais est suffisamment explicatif. En outre, dans une perspective plus économique, il va de soi que l'existence de la

³ Une analyse plus poussée montrerait d'ailleurs que, dans cette catégorie, on rencontre des acteurs institutionnels dont il n'est pas toujours évident de les qualifier de personnes purement privées... ce qui revient à se demander si une personne privée, mais dont l'activité peut être qualifiée de mission de service public, lorsqu'elle énonce des normes, relève encore du domaine des normes privées ? Pour ma part, j'aurais tendance à considérer que le « public » a une telle force d'attraction, dans cette hypothèse, que cela chasse ces normes du secteur privé (par exemple, le règlement de l'entreprise de marché gérant le marché d'instrument financiers). Du moins, dès lors que l'on demeure dans une perspective de forte démarcation droit privé/droit public (que d'aucuns diraient atteindre la schizophrénie en France ...).

norme est justifiée par le coût que représente... l'absence de norme (coût social ; externalités ; théorie des incitations).

C'est sur ce terrain d'ailleurs que l'on peut hasarder quelques observations sur le pourquoi du recours à des normes privées.

Tous les champs de l'activité humaine sont confrontés à deux objectifs : simplifier les transactions et trouver un élément de sécurité (certitude).

Cette recherche de normes, de règles, est nécessaire au bon déroulement des échanges entre opérateurs économiques et visent à réduire les coûts de transactions. On cherche ainsi à maîtriser les risques et à accroître le flux d'information.

Une évolution de ces dernières années, désormais sensible, est que cette recherche devient un élément stratégique de différenciation des produits et des services, ainsi que de segmentation des acteurs. L'existence de normes privées revendiquées comme facteur de différenciation, devenant un élément de concurrence, soulève alors de nouvelles questions, notamment celle de l'abus de position dominante (les standards techniques ont été et demeurent un exemple caractéristiques, depuis les affaires Microsoft ou Intel jusqu'aux actuels conflits entre Samsung et Apple), ou encore celle des barrières à l'entrée d'un marché. Poussée, à son terme, cet aspect renouvelle la relation dite « Nord/Sud » !

Plus concrètement donc, pourquoi avoir recours à des normes privées (plutôt qu'à des normes « publiques ») ? On retrouve les arguments classiques de rapidité, de pertinence (technique), de réception, auxquels on ajoute l'avantage compétitif ou le critère de différenciation sur le marché.

Tout cela soulève alors, encore et toujours, une interrogation, rapidement idéologique, sur le degré d'intervention de l'État et le niveau et les modalités de la régulation (avec le problème particulier, probablement impossible à résoudre simplement, de l'absence d'entité internationale légitime et efficace).

Ce (trop) bref regard sur les normes privées dans l'environnement international semble donc aboutir aux quelques éléments conclusifs suivant : une norme privée est un standard, le plus souvent technique, mais non exclusivement, élaboré par un acteur non titulaire, directement ou indirectement, d'une délégation de puissance publique, dont la force obligatoire repose soit sur sa reprise par un ordre juridique étatique, soit par son rattachement à la convention, soit par simple réception volontaire (par intérêt : réputation, accès au marché, reconnaissance par les consommateurs...). Le contexte international favorise ce type de normes, en raison tout simplement du caractère moins strictement juridique de l'ordre juridique international, qui a plus recours, par défaut, à des normes dont la force obligatoire ne née pas directement de la sanction judiciaire. On pourrait presque dire que, dans maintes hypothèse, la normes privée dans l'ordre international est la seule voie économiquement acceptable.

Enfin, en dernier lieu, on constate qu'en théorie économique, la distinction des normes publiques et des normes privées dépend d'avantage des intérêts pris en compte lors de son élaboration et de sa mise en oeuvre... pour le juriste, le processus d'élaboration, l'étendue du caractère obligatoire et le mode de sanction sont essentiels.

