

THÉORIE DES NORMES, THÉORIE DU DROIT ET NORMES PRIVÉES INTERNATIONALES

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit*

1. Les juristes ont un intérêt légitime pour l'étude, l'analyse et la mise en œuvre ce que l'on appelle les « normes privées internationales » (en anglais « *international standards* » ou « *private standards* »)¹. Les normes privées internationales dont il est question peuvent recevoir la qualification d'usages ou de contrats² ou encore d'engagements unilatéraux ; des normes juridiques y renvoient pour la détermination de leur contenu³, pour la construction de politiques publiques de rapprochement des législations nationales relatives aux produits⁴. Le droit les saisit encore au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles des entreprises ou au titre des droits fondamentaux. Le non respect de normes privées peut constituer la base d'une responsabilité juridique. De fausses déclarations sur le respect d'engagements volontaires peuvent être source de responsabilité⁵.

La présentation qui vient d'être faite reste cependant encore empreinte implicitement d'une analyse selon les sources traditionnelles du droit. Il se pourrait qu'une telle approche puisse être suffisante au juriste. Il n'en resterait pas moins qu'elle n'affronte pas directement toutes les questions que pose le développement et

¹ L'expression normes privées internationales est utilisée de façon ouverte et reconnue par divers organisations internationales (l'OMC), par exemple en ce qui concerne les normes sanitaires ou phytosanitaires élaborées par les organisations non créées par des conventions internationales, et donc par les organisations sous la forme d'association (comme l'Organisation internationale de normalisation), les ONG ou des normes de l'industrie ou du secteur de la distribution.

² Comme les accords Tovalop (« *Tanker Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution* ») entre transporteurs, compagnies pétrolières et compagnies d'assurance qui ont réglé jusqu'en 1997 la responsabilité des pollutions en mer dues aux hydrocarbures.

³ Le règlement du 19 juillet 2002 de l'Union européenne sur l'application des normes comptables internationales renvoie ainsi pour les comptes consolidés des sociétés faisant appel à l'épargne et sur décision de la Commission européenne aux normes internationales d'information financière élaborées par l'*International Accounting Standards Board-IASB*. V. dans ces *Cahiers*, la contribution de Thierry Granier.

⁴ Comme cela a été le cas avec le « nouvelle approche » de la Commission européenne dans la construction du marché intérieur dans les années 1980.

⁵ V. le jugement par lequel la Cour suprême californienne en 2002 dans l'affaire *Kasky v. Nike* (*Kasky v. Nike*, 27Cal.4th939 (2002)) accepte le principe de la responsabilité d'une entreprise pour fausses déclarations en ce qui concerne l'application par ses fournisseurs en Asie des règles sociales qu'elle s'est engagée volontairement à faire respecter. Le jugement a été controversé dans la mesure où il écarte le jeu du 1^{er} amendement sur la liberté d'expression en assimilant la communication publique de Nike, alors même qu'elle n'était pas de la publicité commerciale, à de la communication commerciale.

le rôle, dans le contexte de la globalisation, des normes privées internationales comme l'analyse de leurs relations avec les normes publiques et, avec elles, la question de l'éventuelle révision de notre méthode d'analyse et de compréhension du droit.

Une approche de type pragmatique selon une méthodologie réaliste, demandant de prendre en considération les effets des normes privées internationales qui prennent la forme d'« équivalents fonctionnels » des normes étatiques, en concurrence avec elles, pourrait conduire comme le propose le programme sur le droit global du Centre Perelman de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles à une extension de la province du droit. En présentant ce programme de recherche, Benoit Frydman⁶ souligne que « le juriste peut et même doit s'intéresser à ces normes en tant qu'elles produisent ou tentent de produire des effets de régulation tels qu'ils concurrencent, voire tendent à se substituer aux normes juridiques classiques ». Les normes privées, poursuit-il, « ne peuvent être délaissées uniquement aux autres sciences sociales. Le philosophe du droit ou le théoricien du droit doivent s'y intéresser, même si cela implique une extension de leur province, de leur empire ou de leur juridiction à un champ plus étendu de normativités ».

Ce que je voudrais développer ici à titre d'hypothèse, c'est qu'une autre méthode, la méthode normativiste au sens large, permet d'offrir des points de vue pertinents et significatifs sur les normes privées internationales en exigeant de rechercher les liens et relations juridiques qu'elles entretiennent avec les normes publiques. L'appréhension par la science du droit de ces normes privées internationales n'imposerait ainsi pas de recourir aux théories du pluralisme juridique dans ses versions les plus fortes⁷.

2. Pour avoir une théorie d'un objet, il faut avoir une certaine idée de cet objet, de ce qui est dedans et de ce qui dehors. S'agissant du droit, nous ne pouvons pas accepter l'idée qu'il s'agit d'un objet qui existerait dans le monde d'une façon indépendante de nos actions. Et donc ici le sujet que l'on doit explorer quand on parle du droit est plutôt une ou des catégories de la pensée que nous apportons au monde, de telle sorte que nous pouvons dire que les théories du droit sont des théories décrivant le concept de droit, un des concepts par lesquels nous divisons le monde⁸.

On suivra ici dans la tradition analytique l'idée que le concept de droit renvoie à ce que Joseph Raz décrit comme une auto-compréhension collective du droit et des concepts généraux d'autorité, de morale, de justice en corrélation avec lui⁹. Car, si le concept de droit renvoie aux caractères essentiels du droit, on ne doit

⁶ V. son article programmatique, « Comment penser le droit global », dans J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 17. Dans cet article, Benoit Frydman présente cette méthode et les résultats auxquels elle a conduit dans le cadre des travaux du Centre Perelman de Philosophie du droit.

⁷ V. aussi sur cette question, J.-Y. CHÉROT, « Concept de droit et globalisation », *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 3.

⁸ V. B. BIX, « Theorizing about Law », *Analisi e Diritto*, 2010, 271.

⁹ « Can there be a theory of Law ? », *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, OUP, 2005. V. aussi B. BIX, « Conceptual Jurisprudence and socio-legal studies », *Rutgers Law Journal*, 227, 2000-2001, p. 227. « They may be times when sociology wants to use minimaliste stipulative definitions to keep all inquiries open, but legal theory offers more robust definition as an effort to explain or offer insights regarding the concept we use ».

pas se tromper sur le sens de l'entreprise. Il ne s'agit pas de définir, du point de vue externe à l'institution sociale du droit, des caractéristiques en fonction d'une recherche de type sociologique ou de science politique, mais de rendre compte ce qui est perçu par les acteurs dans la pratique normative du droit comme leur concept de droit et qui, comme l'écrit encore Joseph Raz, « ne relève pas de la chasse gardée d'une discipline extérieure au droit ». Le concept de droit est « celui qui est utilisé ou impliqué par chacun d'entre nous pour parler d'une institution sociale avec laquelle nous sommes tous de quelque façon que ce soit et à différents degrés familiers », de telle sorte que ce que nous étudions « quand nous étudions la nature du droit est la nature de notre propre auto-compréhension »¹⁰.

De telle sorte que lorsque nous parlons du concept de droit, nous parlons pas seulement de la question de savoir quels systèmes de gouvernance ou quels sites de gouvernance, quelles structures sociales institutionnalisées peuvent être qualifiées de structures ou de systèmes juridiques, une question que Dworkin appelle la « question sociologique »¹¹, mais de la « question doctrinale » (selon encore l'expression de Dworkin) relative à notre compréhension et à notre pratique du droit dans notre société.

3. Il n'est pas inutile de rappeler le contexte dans lequel ce type d'approche analytique du concept de droit prend son sens. La philosophie analytique a eu au départ un problème avec les normes (et avec les valeurs). L'empirisme logique du cercle de Vienne ne conçoit de science et de compréhension rationnelle du monde qu'à partir de propositions synthétiques qui se rapportent à des faits, de telle sorte qu'il n'y aurait pas de sens pour les propositions normatives, sauf si on les analyse comme l'expression d'une croyance, d'un désir ou d'un commandement. Les propositions sur les normes et sur les valeurs ne peuvent avoir ainsi de signification qu'en tant qu'elles exprimeraient ainsi des faits présentés comme des volontés, des ordres, des désirs. Mais une bonne partie de la théorie analytique, avec Kelsen et Hart notamment, se refuse à cette réduction qui méconnaît le sens objectif que nous attachons aux normes en tant que normes.

Une partie importante de l'effort de la théorie analytique au XX^e siècle a été de tenter de restituer le sens objectif des normes pour les acteurs et pour les philosophes du droit de distinguer l'obligation juridique ou l'obligation morale des simples ordres ou désirs en cherchant à découvrir pour reprendre les termes de Kelsen la « signification objective » des normes derrière les « actes de volonté » qui les posent. Les philosophes du droit ont été dans ce contexte parmi les premiers à chercher le sens objectif des normes en tant que telles (dans la tradition la plus ancienne de la philosophie).

Tous partent d'une façon ou d'une autre de la distinction entre l'ordre du voleur ou du bandit et l'ordre du percepteur ou du juge et pour reprendre les mots de Hart de la différence entre « être obligé » et « avoir une obligation ». Pour rendre compte de cela, on dira que les normes ont une objectivité, mais dans un certain sens.

¹⁰ V. J. RAZ, article précité.

¹¹ V. R. DWORKIN, « Hart and the Concept of Law », *Harvard Law Review*, 2006, p. 95. Dworkin oppose ainsi ce qu'il appelle la « question sociologique » et la « question doctrinale ».

L'existence d'une norme tient non pas à sa simple effectivité (même si l'effectivité de la norme jusqu'à un certain point peut-être naturellement une condition de son existence en tant que norme) mais à sa validité. Et cette validité est elle-même une question normative. Une norme est valide si l'acte de volonté qui l'édicte est lui-même adopté dans le respect d'une autre norme qui lui donne son sens dans une pratique. Les normes ont une « signification objective » par le fait que la norme édictée est elle-même l'expression d'une autre norme et ainsi de suite jusqu'à la présupposition nécessaire pour le juge ou le juriste d'une « norme fondamentale » ou d'une « règle de reconnaissance »¹². Pour Hart, les normes ont la signification d'une règle de droit que si elles se rapportent à la règle de reconnaissance, qui est partagée au moins parmi les officiels, ceux qui sont chargés de l'application du droit.

En puisant aux sources de plusieurs approches normativistes qui visent à rendre compte de façon analytique de notre auto-compréhension du droit, nous dirons que les normes juridiques se reconnaissent par leur appartenance au système normatif effectif le plus complet et le plus étendu sur un territoire donné et les normes de ce système ont vocation à s'imposer dans leur champ en tant que raisons d'agir du seul fait que leur validité préemptant les autres raisons qui pourraient fonder le fait de les suivre ou d'y obéir. Cette normativité prendrait un sens objectif pour les juges et les citoyens en ce qu'elle serait en dernier ressort comprise en relation avec des normes sociales implicites, les normes qui donnent sens à la pratique du droit et notamment de la façon de faire application de ces règles dans des cas concrets et que l'on pourrait présenter comme un ou un ensemble de « règle(s) de reconnaissance ».

4. Si les théories analytiques ont restreint leur champ d'enquête aux systèmes juridiques étatiques, c'est parce que les systèmes juridiques étatiques sont les systèmes institutionnalisés les plus importants dans une société et non en raison d'une définition *a priori*. Dans l'approche kelsenienne notamment, l'Etat n'est, du point de vue de la théorie du droit, qu'une construction du droit et il ne peut servir donc à définir ce qu'est le droit. Ces théories restent donc ouvertes à toute possibilité de tenir compte de normes qui émergeraient en dehors du cadre étatique.

Par ailleurs, les approches normativistes n'ont pas vocation à ne décrire que des systèmes centralisés. « Dans la démarche kelsénienne, rappelle Eric Millard, le droit n'est pas en soi l'Etat, un système de norme centralisé. Si la globalisation affecte l'existence ou la structure de ce système, l'argument théorique est atteint si effectivement il ne devient plus utile de décrire un système centralisé et hiérarchisé de normes parce que, en gros, sous l'effet de la mondialisation, le système tel qu'il est conçu ne serait plus efficace de manière générale »¹³.

S'il existait deux systèmes de normes différents et contradictoires, c'est-à-dire imposant des normes qui invitent à des comportements qui ne peuvent être suivis en même temps, alors chacun de ces systèmes nierait la validité des normes de

¹² Contrairement à une idée souvent reçue, cela n'implique pas une régression à l'infini. La régression s'arrête dès lors que l'on reconnaît un statut de normes sociales implicites à la règle de reconnaissance. V. les travaux de Robert Brandom et notamment son ouvrage, *Rendre explicite*, Le Cerf, 2011 et de J. MCDOWELL, « Wittgenstein on Following a Rule », *Synthèse*, 58, 1984, 325-363.

¹³ La science du droit dans la globalisation, Bruylant, 2012, p. 49

l'autre système et ce serait alors le système qui dans les faits serait effectif qui serait le seul système juridique valide.

Mais l'on peut observer que les rapports ou les liens entre les normes privées internationales et les normes publiques peuvent être ramenés à des relations de complémentarité, de subsidiarité, de délégation, de reconnaissance ou encore de consolidation.

La description des relations entre les normes étatiques et les normes privées internationales n'est pas de façon générale une relation de conflits de normes. L'existence de conflits par contradiction entre les normes privées et publiques ne mettrait pas d'ailleurs à elle seule en cause leur commune appartenance à un même système normatif, dès lors que la logique n'interdit pas qu'il y ait au sein d'un même système de normes des normes contradictoires et que celles-ci puissent être simultanément être considérées comme valides au sein du système si le système ne prévoit pas de remèdes à cette contradiction ou, alors qu'il en prévoit, si que ces remèdes ne sont pas ou n'ont pas encore été mis en œuvre.

5. C'est en se concentrant sur les règles secondaires que pourraient être mesurées de la façon la plus pertinente les relations d'inférence ou d'indépendance entre les systèmes étatiques et les institutions « privées » internationales ou encore les exigences du respect des principes du droit. Les normes privées internationales recouvrent un grand nombre de situations et les relations qu'elles entretiennent avec les normes publiques sont diverses. Nous retiendrons le cas le plus emblématique dans lesquels les normes privées internationales font partie d'un système institutionnalisé¹⁴, c'est-à-dire les cas où en tant que règles primaires réglant ou régulant directement les comportements des entreprises, des acteurs économiques et sociaux, elles sont produites dans le cadre d'un système de « règles secondaires ». Ces règles secondaires sont les règles d'institution et de fonctionnement de l'organisme ou du groupe d'expert qui les produit, les règles sur l'application des normes privées ou encore les règles relatives au changement de ces règles privées. Ces règles secondaires qui produisent les règles primaires privées devraient retenir l'attention prioritaire puisque, en tant que règles de performance et de convenance des règles produites à partir d'elles, se sont elles qui déterminent les conditions de validité et d'existence des règles primaires.

Il ne serait pas impossible d'observer que c'est à l'étage de ces règles secondaires que se noue le plus facilement le point de contact entre normes privées et normes publiques. Il est par exemple significatif, comme le montre Laurence Idot¹⁵, de voir combien les normes techniques ou professionnelles élaborées par les organismes privés ou les professions sont acceptées ou rejetées par le droit antitrust de l'Union européenne à la mesure du respect par ces organismes de règles secondaires dans l'élaboration des règles primaires privées, notamment des règles de transparence, d'objectivité et d'égal accès ou encore de mesurer l'importance accordée par le Comité des obstacles techniques au commerce au sein de l'OMC pour reconnaître les normes techniques privées compte tenu de leurs conditions d'élaboration transparente, ouverte, impartiale. La même démonstration peut être faite à propos des conditions d'élaboration en matière de télécommunications établies dans le cadre de

¹⁴ C'est ce qui conduit souvent à les regarder dans une approche pluraliste à des « ordres juridiques » distincts des ordres ou des systèmes juridiques étatiques.

¹⁵ V. dans ces *Cahiers*, L. IDOT, « Le droit de la concurrence et les normes privées ».

l'European Telecommunications Standards Institute (ETSI)¹⁶. Le point de contact le plus pertinent entre règles sportives privées nationales et internationales avec les normes publiques doit encore, écrivent Jean-Michel Marmayou et Fabrice Rizzo, se poursuivre dans la réforme des institutions sportives et leur mise en conformité avec les principes de garantie des droits, d'accessibilité, de transparence et d'interdiction de la confusion des pouvoirs et des intérêts¹⁷.

6. L'analyse des normes privées internationales doit être mise en relation avec le développement des échanges transnationaux, échanges de biens et de services, de personnes, des capitaux et des investissements comme des échanges dans la communication. Le développement de ces échanges crée des situations où de grands acteurs privés, souvent des entreprises transnationales, peuvent chercher à échapper aux réglementations nationales les plus contraignantes avec le concours des droits nationaux eux-mêmes au nom de la liberté commerciale. Dans ce contexte la création par ces acteurs privés de normes non étatiques peut apparaître comme une des facettes de la mise en cause ou de la perte d'effectivité du droit des États. On associe alors le phénomène des normes privées internationales avec le phénomène du déclin du droit étatique ou la désactivation du droit des États ou encore la subversion stratégique du droit étatique.

Il y aurait beaucoup à dire sur la réalité juridique du phénomène de mise en concurrence des États et de désactivation des droits étatiques dès lors que ce phénomène est lui-même le plus souvent réalisé sur la base de règles de droit étatique.

De façon générale, la création de normes privées par les acteurs, entreprises, groupements ou consortiums d'entreprises, répond à des stratégies très diverses qui ne sont pas nécessairement des stratégies de compétition avec les normes étatiques : les normes privées sont des éléments de compétition internationale entre entreprises (un élément d'une stratégie de marque par des normes de qualité des produits ou par des normes de management et de gestion des personnels ou une stratégie de structuration d'un marché pour des grands distributeurs) ; elles permettent la création entre acteurs d'un marché qui n'existait pas parce que les États n'avaient pas créé les règles suffisantes pour qu'il fonctionne (cas de la création par les banquiers du marché des eurodevises).

Dès lors qu'elles ont des effets structurants sur un marché en régulant l'accès au marché, elles sont ou peuvent être saisies par les règles du droit de la concurrence ou les règles du droit international public du commerce international. Elles sont, dès lors qu'elles répondent à des standards légitimes acceptés par les États, reconnues par eux et sanctionnées dans les ordres juridiques nationaux. Plus généralement, on doit observer que la création de normes à vocation transnationale par les acteurs privés donne prise dès que ces normes ont des effets dans les domaines régis par ailleurs par les droits nationaux ou par le droit international à une rencontre entre normes privées et normes publiques et à une organisation de ces normativités entre elles.

¹⁶ V. dans ces *Cahiers*, la contribution de Jean-Pierre Gasnier et Laure Merland qui rappellent toutes les conditions d'indépendance, d'ouverture, de transparence qui permettent à l'Union européenne de reconnaître les normes élaborées par l'ETSI.

¹⁷ V. dans ces *cahiers*, J.M. MARMAYOU et F. RIZZO, « Les normes sportives privées internationales ».

7. Nous n'avons que tenté de montrer que le normativisme fournit un cadre qui offre des points de vue pour rendre compte du fonctionnement des normes privées internationales. Mais il n'y a pas de monopole dans la méthode de la science du droit et nous devons aussi rester sensibles aux points de vue offerts par d'autres méthodes et intéressés par ce qu'elles peuvent apporter.

