

§ 8. La normalisation technique

Delphine MISONNE

Chargée de cours invitée aux Facultés universitaires Saint-Louis

Introduction

Aborder la sphère de la normalisation, c'est d'abord s'intéresser à un monde parallèle, celui dans lequel les acteurs économiques s'accordent pour définir des « normes » qui leur serviront de référence tout en étant pourtant qualifiées de volontaires.

Ces normes sont des spécifications techniques issues de discussions entre parties intéressées organisées, sous l'égide d'instituts reconnus, que ce soit à l'échelle internationale¹, européenne² ou nationale³. C'est bien le terme de « norme » qui est sollicité dans ce cadre, de manière totalement décomplexée, par sa capacité à servir de référence pour réguler l'action, alors même que le processus relève, en principe, de la sphère des acteurs privés, à son origine à tout le moins.

Le vocabulaire utilisé devient source de confusion pour l'observateur extérieur. Celui-ci, constatant la puissance de fait de ces normes, confronté à une source de production dont le caractère privé n'est plus toujours évident et qui bénéficie d'une reconnaissance d'apparence officielle, car les normes considérées comme définitives font parfois l'objet d'une publication par référence au journal officiel des États membres, a généralement tendance à penser qu'il se trouve bien là face à du « droit ».

L'identification de la vraie nature de ces normes impose cependant une analyse plus fine.

A priori, elles ne sont pas du droit car, se targuant généralement d'être volontaires, elles relèvent plutôt d'une forme d'auto-organisation des

¹ Les normes ISO, provenant de l'Organisation internationale de standardisation, par exemple.

² Principalement, les normes CEN (Comité européen de normalisation), CENELEC (Comité européen de normalisation électrotechnique) et ETSI (Institut pour la normalisation européenne en matière de télécommunications).

³ Les normes N.B.N. en Belgique, AFNOR en France, DIN en Allemagne, etc.

acteurs privés, qui ne va pas jusqu'à l'autorégulation puisque les normes produites ne sont pas rendues obligatoires. Elles ont pourtant, sans conteste, un effet canalisateur sur les pratiques et sur les usages.

La normalisation témoigne en effet d'un accord sur les standards, dans un monde technique plutôt propice à l'éclatement, à la concurrence et à la diversité. Les normes produites ont une grande influence. Elles garantissent la compatibilité et l'interopérabilité des produits, elles stimulent la qualité et la sécurité de ces derniers et des services, elles facilitent les échanges commerciaux. Elles sont la cristallisation symbolique de cahiers des charges techniques, visant à décrire les applications, à définir les pratiques et à en identifier le niveau de qualité et de sécurité. Là où les réglementations officielles n'existent pas ou sont divergentes dans chacun des États, les normes techniques font fi de ces insuffisances et provoquent une forme d'harmonisation de fait qui permet d'apaiser les obstacles aux échanges.

Issues au départ du monde des entreprises, ces normes n'ont donc, en principe, aucune prétention de devenir juridiquement contraignantes, même si leur reconnaissance n'est pas dénuée d'enjeux stratégiques puisqu'elles forgent la trajectoire qu'empruntent les développements industriels⁴. Elles constituent un langage commun, une nomenclature de référence permettant, par la simple évocation de lettres et de numéros, de se comprendre mutuellement, pour qui disposera toutefois de la grille de lecture.

Il arrive pourtant souvent que ces normes quittent leur statut apparent de simples dispositions indicatives pour devenir, officiellement, sources d'obligations.

Dans les domaines liés à la technique, il n'est pas rare que le régulateur, belge ou européen, en rende l'application indispensable ou qu'il s'y appuie pour traduire ses exigences essentielles et pour créer des présomptions de conformité. Il arrive aussi fréquemment que ces normes soient rendues obligatoires par contrat ou par l'entremise de l'établissement du cahier des charges de marchés publics. Il arrive encore que le juge y prenne appui pour évaluer la manière dont certains acteurs exercent leurs responsabilités et se réfèrent à l'état de l'art.

Cette migration d'un espace, celui de la technique, vers un autre, celui du droit, mérite d'être observée de plus près dans le cadre de travaux sur le concept de *soft law*.

I. La norme

A. Une norme technique

Les normes dont il est question dans la présente contribution sont issues des travaux de comités indépendants qui regroupaient, à l'origine, les industriels directement intéressés par une mise en concordance de leurs applications techniques et par le développement d'un langage commun leur permettant de faciliter le développement technologique et les transactions commerciales⁵. Ces comités procédaient à des travaux dits de « normalisation », activité déjà très ancienne mais qui connut un véritable essor à compter du début du XX^e siècle⁶.

Il existe toutefois bien d'autres types de normes techniques⁷.

Certaines normes sont, par exemple, issues de travaux d'experts sollicités par les pouvoirs publics mais qui ne se rassemblent pas sous la coupole de ces comités de normalisation. De nombreux autres *forums* existent en effet, tels ceux créés à l'initiative d'agences spécialisées, instaurées par des législations européennes⁸, ou à l'initiative de la Commission européenne, dans le cadre des missions qui lui sont déléguées⁹, qui, s'ils ne sont pas totalement étrangers aux travaux de normalisation, ne peuvent y être assimilés.

La norme issue d'un processus de normalisation ne doit pas non plus être confondue avec la norme technique qui est directement issue d'un processus réglementaire classique, comme c'est le cas en Belgique lorsque le gouvernement fédéral procède à l'établissement de « normes de produits ». Ces normes de produits sont « les règles qui déterminent de manière contraignante les conditions auxquelles un produit doit satisfaire lors de la mise

⁵ Un exemple simple est celui des prises de courant: différents modèles existent, qui varient selon les pays et les continents. Chacun d'entre eux est identifié par un code évocateur de spécifications techniques. Il s'agit là d'un code issu d'un processus de normalisation, fruit de travaux menés au sein du secteur concerné, qui cristallise l'adoption d'une « norme ». L'évocation de la norme permet à chacun des acteurs de développer des produits qui seront compatibles avec le recours à tel ou tel type de modèle de prise électrique.

⁶ MAILLY (J.), *La normalisation*, Dunod, Paris, 1946, 472 p. Les instituts concernés bénéficient d'une grande notoriété auprès des initiés: ISO, CEN, CENELEC, ETSI, N.B.N., AFNOR, DIN, etc.

⁷ Notamment sur la scène internationale. Voy. BROSSET (E.) et TRUILHÉ (E.), « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, La documentation française, Paris, 2006, p. 13-42.

⁸ L'Agence européenne des produits chimiques (ECHA), l'Autorité européenne de sécurité des aliments (E.F.S.A.), le Bureau européen de Séville consacré à l'élaboration des documents indiquant les « meilleures techniques disponibles », etc.

⁹ En vertu de l'article 290 T.F.U.E.

⁴ THOREAU (F.), « La normalisation des technologies », *R.F.D.L.*, 2001/3, p. 470.

sur le marché»¹⁰. La norme de produits est de nature contraignante; elle fixe les conditions d'accès au marché belge des biens meubles, qui doivent impérativement être respectées. Les normes de produits peuvent rendre obligatoire une norme issue d'un processus de normalisation, mais les champs, s'ils se rejoignent, ne doivent pas être confondus.

Ces normes de produits sont d'ailleurs encadrées en Belgique par une loi spécifique, datant de 1998¹¹, là où la «normalisation» procède d'une loi distincte, datant de 2003¹². La loi de 1998 ne définit pas la notion de «norme de produits», car la section de législation du Conseil d'État estima qu'il ne revenait pas au législateur de déterminer une notion qui est un élément clef de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Régions, mais la loi relative à la normalisation, plus libre car déliée de ce genre de souci, définit comme suit la notion de «norme»: il s'agit d'une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative en vue d'une application répétée et continue, dont l'observation n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories de normes visées à l'article 1^{er}, 4^o, de la directive 98/34/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques¹³.

Une importante directive 98/34/C.E. du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, et des règles relatives aux services de la société de l'information¹⁴ établit en effet une typologie opérant un tri entre les différents types de normes techniques, réservant le terme de «normes» aux démarches volontaires issues de la normalisation, pour conférer celui de «règles techniques» aux dispositions contraignantes qui relèvent, en Belgique, de la notion de normes de produits.

Au sens de cette directive, la notion de «norme» est définie comme suit¹⁵:

¹⁰ Voy. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 1063/7; C.A., 2 février 1995, n° 4/95; C.C., 22 décembre 2010, n° 149/2010, considérant B.4.1.

¹¹ Loi du 21 décembre 1998 relative aux normes de produits ayant pour but la promotion de modes de production et de consommation durables et la protection de l'environnement et de la santé, M.B., 11 février 1999.

¹² Loi du 3 avril 2003 relative à la normalisation, M.B., 23 mai 2003, Voy. PIETERS (E.), «La réforme de la législation belge relative à la normalisation», *J.T.*, 13 mars 2004, n° 6131, pp. 209-214.

¹³ Loi du 3 avril 2003 relative à la mondialisation, article 2.

¹⁴ J.O.C.E., L. 34, du 21 juillet 1998, p. 37 et s., modifiée par la directive 98/48/C.E., du 20 juillet 1998, J.O.C.E., L. 217, du 5 août 1998, p. 18 et s. Une version coordonnée est disponible sur le site ec.europa.eu/enterprise/tris.

¹⁵ Directive 58/34/CC, article 1, 4^o.

«une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes:

- norme internationale: norme qui est adoptée par une organisation internationale de normalisation et qui est mise à la disposition du public,
- norme européenne: norme qui est adoptée par un organisme européen de normalisation et qui est mise à la disposition du public,
- norme nationale: norme qui est adoptée par un organisme national de normalisation et qui est mise à la disposition du public».

Les organismes visés sont précisés dans deux annexes à la directive¹⁶.

C'est bien du statut incertain de ces normes issues des travaux des organismes de normalisation dont nous nous soucions dans les lignes qui suivent.

B. Des organismes spécifiques

La normalisation présente la particularité d'être issue de cercles autres que les cercles réglementaires classiques. Elle est le fruit des travaux d'organismes spécialisés qui ne correspondent pas aux canons de l'action publique. Point de parlement ou de gouvernement, mais des assemblées de techniciens s'entendant, par voie de consensus, sur l'élaboration de normes communes.

Les pouvoirs publics n'en sont pas pour autant absents, loin de là. Depuis leurs premiers pas, la composition de ces organismes a bien changé puisqu'ils intègrent désormais une diversité d'intérêts et leurs membres sont, sur un plan supranational, les représentants officiels des pouvoirs publics.

Le processus, privé au départ, n'a en effet pas tardé à être encadré, pour des raisons liées à l'essor des échanges industriels et commerciaux. Le processus de normalisation est considéré comme un jalon essentiel du développement économique des États et ceux-ci mirent en œuvre les moyens nécessaires, surtout à partir de la Seconde Guerre mondiale, pour stimuler le processus, dans des secteurs où les acteurs principaux n'étaient pas toujours spontanément enclins à se rassembler autour d'une table pour discuter des caractéristiques techniques de leurs produits. C'est ainsi qu'en Belgique, l'Institut belge de normalisation est directement institué par la loi, est reconnu

¹⁶ Le CEN, le CENELEC et l'ETSI pour ce qui concerne les normes européennes, I.B.N., DIN, AFNOR, B.S.I., etc., pour ce qui concerne les normes nationales.

comme un établissement d'intérêt public et est placé sous la tutelle du ministère des Affaires économiques.¹⁷

La normalisation ne se satisfait cependant plus de l'échelle des seuls États, dans un contexte de mondialisation des échanges, et un déplacement du centre de gravité de cette activité vers des échelons bien plus internationaux que nationaux est depuis longtemps manifeste¹⁸. Dans cette pyramide, l'International Organization for Standardization (ISO), créée dès 1947, donne le la, tout en coordonnant l'action de multiples organismes nationaux¹⁹. Les premières associations nationales de normalisation ont très vite ressenti le besoin d'internationaliser leurs échanges par la création de cette organisation internationale. Sur le plan européen, le Comité européen de normalisation, le CEN, A.S.B.L. de droit belge qui se veut indépendante tout en regroupant des représentants de 31 États (les 27 États de l'Union, ainsi que la Croatie, l'Islande, la Norvège et la Suisse)²⁰, est l'acteur principal. La coordination entre les nombreux organismes existants fait l'objet d'accords spéciaux de coopération²¹ et de précisions dans le droit européen²².

Les organismes nationaux gardent cependant leur utilité en tant que réceptacles et acteurs de cette normalisation internationale.

C. Une norme volontaire à double titre

Les normes techniques issues de la normalisation sont en principe volontaires, à double titre.

D'une part, leur respect n'est pas obligatoire. Elles mettent de l'ordre et établissent un langage commun, mais elles ne traduisent pas une obligation ou, du moins, pas ouvertement. Les partenaires qui participent à leur négociation ne doivent pas nécessairement y adhérer. Tout dépend cependant du domaine de normalisation concerné. Dans certaines sphères, les voies ainsi

tracées, si elles sont négligées, se traduiront par une perte de compétitivité ou par une marginalisation du produit proposé sur le marché.

Le caractère volontaire de ce processus de concertation présente des avantages juridiques. Dans le cadre d'une négociation qui implique, rappelons-le, le secteur industriel, il garantit à la normalisation sa compatibilité de principe avec les règles du traité de Lisbonne portant sur les ententes et la lutte contre les abus de position dominante. Les lignes directrices de la Commission portant sur les articles 101 et 102 T.F.U.E.²³ précisent ainsi que «lorsque la participation à la détermination de normes est transparente et non assortie de restrictions, les accords de normalisation²⁴ qui n'imposent aucune obligation de respect de la norme concernée ou qui font partie intégrante d'un accord plus large destiné à garantir la compatibilité des produits ne restreignent pas la concurrence».

D'autre part, la décision de s'engager dans le processus d'élaboration d'une norme résulte aussi, en principe, du libre choix des membres de l'organisme de normalisation. Il leur revient de décider s'ils souhaitent s'engager ou non dans telle ou telle négociation. Le moteur du processus sera avant tout technique et économique, de par la nécessité d'aplanir des obstacles aux échanges, d'éviter les défauts de compatibilité et, dès lors, l'exclusion de certains marchés²⁵. Il peut aussi relever d'un souci de qualité et de responsabilité, par la volonté de définir des normes communes de sécurité et de protection de la santé, d'usage rationnel des ressources ou de comportement pouvant correspondre à une certaine éthique²⁶.

Ce moteur peut cependant aussi être juridique, lorsque l'autorité publique elle-même sollicite l'institut de normalisation et lui confie la tâche d'élaborer des normes correspondant au cahier des charges qu'elle impose, comme dans le cadre de la «nouvelle approche» européenne, exposée ci-après. La

¹⁷ Selon l'appellation de l'époque. Actuellement la tutelle s'exerce par le SPF Economie.

¹⁸ DESMET (M.), « Les normes: qui les conçoit, quelle est leur portée? », *luvis*, 2000, p. 1223. Sur les experts internationaux, très peu de développés dans la présente contribution, voy. BROSSET (E.) et TRUILHÉ (E.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, La documentation française, Paris, 2006.

¹⁹ Selon l'expression de THOREAU (F.), « La normalisation des technologies », *op. cit.*, p. 470.

²⁰ La Commission européenne et l'EFTA y jouent également un rôle de conseillers

²¹ Un accord fut ainsi conclu à Vienne en 2007. Voy. LAFFINEUR (J.-L.), GRINCHARD (M.) et LEROY (C.), « Les possibilités de recours contre une norme technique dans l'Union européenne », *RECO*, 2009/4, p. 813.

²² Dont la directive 98/34/C.E., précitée.

²³ J.O.C.E., C. 3, du 6 janvier 2001, p. 2, titre 6.

²⁴ Selon ces mêmes lignes directrices, les accords de normalisation ont pour objectif premier la définition d'exigences techniques ou d'exigences de qualité auxquelles des produits, processus ou méthodes de production actuels ou futurs peuvent répondre. Ces accords peuvent avoir différents objectifs, tels que la normalisation de différentes qualités ou tailles d'un produit donné ou des spécifications techniques propres à des marchés où la compatibilité et l'interopérabilité avec d'autres produits ou systèmes sont essentielles. Les conditions d'accès à un label de qualité particulier ou les conditions d'agrément par un organisme de contrôle peuvent également être considérées comme des normes. Elles précisent encore que ces accords de normalisation peuvent être conclus entre des entreprises privées ou sous l'égide d'organismes publics ou d'organismes chargés de la gestion de services d'intérêt économique général, comme c'est le cas des organismes de normalisation reconnus en vertu de la directive 98/34/C.E. L'action de ce type d'organismes est soumise aux obligations des États membres concernant le maintien d'une concurrence non faussée dans la Communauté.

²⁵ THOREAU (F.), « La normalisation des technologies », *op. cit.*, p. 473.

²⁶ Le management environnemental est ainsi concrétisé par une norme ISO 14001.

dynamique n'en reste pas moins soumise à l'accord de l'Institut de normalisation contacté. Le CEN peut ainsi, en théorie, refuser le mandat qui lui est confié par la Commission européenne, à condition de motiver ce refus.

II. La nouvelle gouvernance

A. Des normes mandatées

Un moment majeur de l'imbrication de la normalisation dans les politiques publiques résulte de la technique dite de la « nouvelle approche », qui fut instaurée en 1985, sur la scène européenne²⁷.

Le régulateur public se saisit soudain de la normalisation pour aborder des domaines dans lesquels il estimait jusqu'alors ne pas devoir s'aventurer trop loin, faute de connaissances suffisamment pointues ou faute de temps.

Il décide d'envisager cette normalisation comme le complément idéal ou même le palliatif de ses propres actions. Le phénomène n'est pas unique ; il résulte d'un engouement généralisé à cette époque, sous influence anglo-saxonne, pour les phénomènes de corégulation ou d'autorégulation, le pouvoir public utilisant nombre de passerelles connexes pour investir des champs de l'action sociale qui restaient jusque-là hors de sa portée, dans les faits à tout le moins²⁸.

Avec la « nouvelle approche », le Conseil annonce que la Commission confiera désormais des mandats aux instituts de normalisation pour proposer des normes, volontaires, qui permettront de rencontrer les exigences essentielles fixées par le décideur européen. L'harmonisation qui se profile change de nature : le Conseil annonce que cette harmonisation se limitera aux éléments essentiels, sur lesquels il est possible de s'accorder entre États membres, et que la traduction de ces exigences par des normes sera confiée aux instituts de normalisation.

²⁷ Résolution du Conseil 85/C136/01, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation.

²⁸ PALLEMAERTS (M.), JANS (T.), MISONNE (D.) et al., *The Role of Public Authorities in Integrated Product Policies: Regulators or Coordinators?*, rapport rédigé pour BELSPO (SPDD II), 2006, CP/03/491, disponible sur www.belspo.be; CALLON (P.), LASCOUMES (P.) et BARTHES (Y.), *Agir dans un monde incertain*, Seuil, Paris, 2001, 358 p.; LASCOUMES (P.), *L'éco-pouvoir, Environnement et politiques*, La Découverte, Paris, 1994, 317 p.; LANORD (M.), « La norme technique et le droit français : à la recherche de critères objectifs », RECO, 2004/3, p. 198; BOY (L.), « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droit communautaire et international : Les enjeux de la normalisation technique internationale », *op. cit.*, p. 57-79.

La formule n'est pas anodine, dans un domaine qui concerne non seulement la compatibilité de produits, mais aussi des exigences liées à la santé, à la sécurité et à l'environnement. On assiste à une délégation de pouvoir, vers des instituts qui se veulent indépendants et dont la vocation première n'était pas nécessairement d'œuvrer à l'intérêt général.

La norme produite dans le cadre de ce mandat ne perd pas pour autant son caractère volontaire, formellement à tout le moins, selon le prescrit de la Résolution du Conseil. Le respect de la norme a pour effet de créer une présomption de conformité à l'exigence essentielle fixée par le législateur européen, et donc une garantie de libre circulation sur le marché européen, mais tout autre dispositif dont l'effet serait équivalent peut également être proposé. L'application de la norme reste donc un choix, même si son effet d'appel est évident.

La démarche va se traduire dans une multitude de directives dont l'ambition première est d'assurer la libre circulation des biens correspondant aux exigences essentielles fixées par le législateur. Ces directives sont importantes pour le citoyen européen et pour les opérateurs économiques, puisqu'elles fixent les règles applicables à la sécurité des produits, à celle des jouets, aux dispositifs médicaux, à la qualité des emballages, aux matériaux de construction, etc.

La directive 2001/95/C.E. du Parlement européen et du Conseil, du 3 décembre 2001, relative à la sécurité générale des produits²⁹ dispose ainsi qu'un produit est présumé sûr, pour les risques et les catégories de risques couverts par les normes nationales concernées, « quand il est conforme aux normes nationales non obligatoires transposant des normes européennes dont la Commission a publié les références au *Journal officiel des Communautés européennes* en application de l'article 4. Les États membres publient les références de ces normes nationales »³⁰.

La directive précise, par conséquent, la manière dont l'élaboration de ces normes est déléguée aux instituts de normalisation.

Les exigences essentielles destinées à garantir que les produits conformes à ces normes satisfont à l'obligation générale de sécurité sont d'abord fixées conformément à la procédure visée à l'article 15, § 2, qui instaure une procédure de comitologie, impliquant la Commission sous le contrôle du Conseil, aidée par un comité de représentants des États membres.

²⁹ J.O.C.E., L. 11, du 15 janvier 2002.

³⁰ Directive 2001/55/CE, art. 3.

Sur la base de ces exigences, la Commission, conformément à la directive 98/34/C.E., demande aux organismes européens de normalisation d'élaborer des normes qui satisfont à ces exigences. C'est ici le stade auquel un mandat est confié au CEN ou au CENELEC pour traduire, en des normes, les exigences essentielles.

La Commission publie, au *Journal officiel de l'Union européenne*, les références des normes européennes ainsi adoptées et élaborées conformément aux exigences essentielles. Elle ne les publie pas si elle estime que la norme proposée n'assure pas le respect de l'obligation générale de sécurité. La Commission, à son initiative ou à la demande d'un État membre, peut donc décider, en procédure de comitologie, de l'adéquation de la norme considérée par rapport à l'obligation générale de sécurité et de la pertinence de sa publication. Il est ainsi arrivé que la Belgique s'oppose à une norme qui avait été proposée par le CEN, mais qui ne correspondait pas aux exigences du mandat, conduisant la Commission européenne à refuser la norme proposée³¹.

Lorsque la norme est acceptée et que sa référence est publiée au *Journal officiel de l'Union européenne*, celui qui la respecte peut apposer la marque C.E. sur son produit, dans les conditions précisées par chacune des directives concernées et des prescriptions spécifiques à ce marquage³², signalant ainsi qu'il l'estime conforme à la législation en vigueur.

Dans le cas de la directive relative aux dispositifs médicaux³³, sinistrement placée sous les feux de l'actualité suite au récent scandale des prothèses mammaires, l'apposition de ce marquage C.E. est soumise à une évaluation de conformité préalable.

Une fois apposé, ce marquage garantit au produit concerné une liberté de circulation au sein du marché européen, sauf si un risque pour la santé ou la sécurité est soudain constaté.

Toutes les normes dont la référence est publiée ne sont pas nécessairement nouvelles: une norme existante peut être proposée pour satisfaire à un nouveau mandat. La Commission peut donc décider de publier au *J.O.U.E.*

les références de normes existant déjà si elle considère que ces normes remplissent les exigences essentielles d'une directive.

Les normes acceptées et publiées sur le plan européen devront être rendues disponibles et publiées, au moins par la mention de leur référence, à l'initiative des instituts de normalisation nationaux.

B. Des normes payantes

Dans le cadre de la nouvelle approche, le décideur public s'allie ainsi au décideur privé, le premier étant dépendant des connaissances techniques de l'autre et acceptant les limites de ses compétences, pour contribuer à l'élaboration de son propre *hard law*.

La rencontre ne se traduit cependant pas seulement par une transformation de l'effet de la norme privée, qui, si elle reste d'apparence volontaire, est dotée de la force d'une présomption de conformité.

Le glissement provoque aussi une mutation de la règle dure elle-même, car la norme volontaire, lors de sa migration, n'en devient pas pour autant pleinement « publique ».

Le manque d'accès à la connaissance du régime applicable est révélateur à cet égard. Pour comprendre l'étendue des obligations et peut-être des droits qui se trouvent derrière la référence à tel acronyme accompagné de chiffres (comme « ISO 14001 », « N.B.N. E.N. 62605 »), qui est pourtant inscrite dans la réglementation, le journal officiel du pays concerné ou le *Journal officiel de l'Union européenne* seront de peu d'utilité³⁴.

La connaissance du détail de la règle impose généralement une démarche totalement inhabituelle hors du monde de l'expertise technique: la norme s'achète. Si nul n'est censé ignorer la loi, il faut dorénavant ouvrir sa bourse pour la connaître.

³¹ La norme refusée concernait des caractéristiques relatives aux emballages.

³² Voy. le règlement n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 9 juillet 2008, fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (C.E.E.) n° 339/93 du Conseil, *J.O.U.E.*, L. 218, du 13 août 2008, p. 30.

³³ Directive 93/42/C.E., du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux, modifiée à plusieurs reprises; Directive 2003/12/C.E. de la Commission, du 3 février 2003, concernant la reclassification des implants mammaires dans le cadre de la directive 93/42/C.E.E. relative aux dispositifs médicaux.

³⁴ Voy., parmi de nombreux exemples possibles, l'arrêté royal du 26 novembre 2011 établissant des normes de produits pour les biocarburants, publié au *Moniteur belge* le 7 décembre 2011, qui dispose que, pour être agréé, un organisme de contrôle doit être accrédité selon les critères de « la norme N.B.N. E.N. ISO/IEC 17020 établissant des critères généraux pour le fonctionnement de différents types d'organismes procédant à l'inspection, pour la vérification des critères de durabilité, conformément au système d'accréditation mis en place par la loi du 20 juillet 1990 concernant l'accréditation des organismes d'évaluation de la conformité, ainsi que des laboratoires d'essais ou par un système d'accréditation équivalent établi dans un État membre de l'Espace économique européen » (article 20). La norme ne figure pas, *in extenso* ou par extrait, au *Moniteur*.

Il faudra donc acquérir cette norme via le site internet de l'institut de normalisation concerné, en prenant soin auparavant de communiquer ses propres coordonnées.

La démarche, qui s'explique au départ par le fait que la norme est le fruit d'une expertise relevant d'un travail d'acteurs privés et par le fait qu'elle s'adresse surtout aux milieux professionnels très spécialisés, est inhabituelle en cas de réception de cette norme dans une réglementation étatique. Elle provoque une sérieuse mutation de la manière dont l'accès à ce droit est conçu par le décideur.

C. Des normes légitimes et démocratiques ?

Il est ouvertement affiché, sur la scène européenne, que la normalisation se caractérise désormais par une dimension d'intérêt public. Non seulement elle sert la compétitivité européenne en jouant un rôle de premier plan dans la réalisation d'un marché unique des marchandises, mais aussi elle pèse de manière non négligeable sur la détermination du niveau de protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement.

Le recours à des démarches de type « nouvelle approche », concrétisées par une trentaine de directives européennes liées à la qualité et à la sécurité des produits, impose une sorte d'autocensure au décideur européen. Reconnaissant ses propres limites, il accepte soudain de ne travailler qu'à l'harmonisation d'exigences essentielles, laissant le détail technique aux organismes indépendants spécialement mandatés à cette fin mais ne présentant pourtant pas les mêmes garanties de représentativité démocratique³⁵.

La question du contrôle du contenu même du standard pose depuis longtemps question. La normalisation n'est pas uniquement affaire d'ingénieurs et de techniques d'échantillonnage et de mesure ; elle touche parfois à des enjeux sociétaux, en ce compris la protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs. Il est donc important que le processus décisionnel intègre, vraiment, une représentation de ces autres intérêts et qu'un

débat sur l'ambition même de la norme puisse être mené, au-delà des seules préoccupations techniques³⁶.

Il convient aussi de poser des balises permettant le contrôle juridictionnel de cette ambition. De nombreuses règles, portant tant sur la composition des comités de discussion que sur le moyen de contester des travaux qui ne traiteraient pas à suffisance des aspects liés à la santé et à la sécurité, ont ainsi été très progressivement mises en place, tant au cœur même du règlement d'ordre intérieur des instituts concernés³⁷ que dans les différents documents officiels traitant de la manière dont la coopération dans le cadre de la nouvelle approche devrait idéalement s'organiser³⁸.

Il en résulte que la rencontre de la normalisation et de la réglementation se traduit par une mutation du processus décisionnel, dans chacune des sphères concernées³⁹, mutation qui prend du temps à se concrétiser.

Différents rapports ont ainsi mis en lumière les failles de la nouvelle approche, qui n'a pas produit tous les résultats escomptés⁴⁰. Le processus manque de transparence. Il peine à respecter les jalons posés dès les années 1980 en termes de légitimité. Ces jalons tendent à alourdir le processus et, dès lors, à le rendre moins intéressant pour les secteurs directement concernés. Le processus perd de sa souplesse. La dimension volontaire de l'élaboration des normes, compliquée par la règle du consensus, qui veut qu'une norme ne soit adoptée qu'en cas d'absence d'opposition, impose une prise en compte du temps long, là où la nouvelle approche était motivée par une recherche d'efficacité.

³⁵ Ces préoccupations ont d'ailleurs donné lieu à la création d'associations spécialisées, comme ECOS (European Environmental Citizens Organisation for Standardisation). Voy. FALKE (J.) et al., « Achievement and unresolved problems of european standardization », in *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-making*, JOERGES (C.), LADEUR (K.) et VOS (E.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 187-224.

³⁶ BORRAZ (O.), « Les normes – Instruments dépolitisés de l'action publique », in *Gouverner par les instruments*, LASCOUMES (P.) et LE GALES (P.), Les Presses Sciences Po, Paris, 2004, p. 131 ; MISONNE (D.), *Droit européen de l'environnement et de la santé, L'ambition d'un niveau élevé de protection*, Anthémis – L.G.D.J., Limal, 2011, p. 17 et s.

³⁷ Voy. LAFFINEUR (J.-L.), GRINCHARD (M.) et LEROY (C.), « Les possibilités de recours contre une norme technique dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 818 et s.

³⁸ PALLEMAERTS (M.), JANS (T.), MISONNE (D.) et al., *The Role of Public Authorities in Integrated Product Policies: Regulators or Coordinators?*, *op. cit.*

³⁹ BOUCQUEY-NORGAARD (N.), « La normalisation européenne au service de la consommation durable – État des lieux des textes et de leur application », *RECO*, 2002/4, p. 251-321.

⁴⁰ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement, du 13 mai 1998, « Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche », COM (98) 291 ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 18 octobre 2004, sur le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européennes, COM (2004) 674 final.

Le nouveau règlement européen sur la normalisation, adopté le 4 octobre 2012 et qui entrera en vigueur en janvier 2013⁴¹ tient compte de ces réflexions⁴².

Afin d'éviter que le processus soit privé d'effet par manque de temps et d'intérêt des organismes de normalisation, les commandes seront annoncées dans un plan de travail. Les mandats conférés devront être effectivement contrôlés et les États membres, comme actuellement déjà, pourront formuler des objections à l'égard de la norme proposée dans la lignée de ce mandat. Le règlement imposera aussi, en toutes conditions, des règles visant à assurer que ce ne sont pas les seules grandes entreprises qui participeront aux négociations, mais aussi les petites et moyennes entreprises ainsi que les acteurs environnementaux et sociaux, qui devront y être représentés de manière appropriée. Il prévoit aussi un financement des missions qui seront réalisées sur la base de ses propres mandats.

Ces nouvelles règles ajustent le cadre gouvernant la réception, par le droit européen, de ces normes d'origine privée, tout en pesant également directement sur le fonctionnement de ces organismes de normalisation.

Le pouvoir public s'immisce donc de plus en plus loin dans le contrôle de la négociation technique, supposée relever de la sphère non étatique. En parallèle, comme par un effet de bouclier, les organismes de normalisation semblent tenir à revendiquer haut et fort que le processus dont ils sont les garants reste prioritairement volontaire, à 98 %⁴³.

III. Les effets juridiques d'une norme volontaire

Le caractère volontaire clairement affiché des normes issues de ce processus de normalisation ne doit pas occulter les questions, nombreuses, qui

peuvent être posées quant à leur nature et leur capacité à produire des effets juridiques⁴⁴. Si leur valeur normative déclarée est celle d'une norme molle, cette mollesse ne peut être généralisée à toutes les hypothèses. Tout autre est par ailleurs la question de leur force normative et de leur capacité à produire des effets relevant de l'ordre de la contrainte.

A. Des effets liés à l'intensité de l'hybridation

Le degré d'hybridation qui caractérise la norme elle-même, selon la manière dont elle est réceptionnée, est capital dans l'approche de la réponse à ces questions.

Au départ, la norme simple, issue des travaux d'un institut de normalisation, sans être mandatée par la Commission européenne et sans être intégrée dans une réglementation européenne ou nationale, est une norme volontaire dépourvue d'effets contraignants, qui ressort de la sphère privée. Elle a un effet indéniable sur les acteurs, car elle correspond à des pratiques et des usages qu'elle aura la capacité d'influer. Son non-respect n'est toutefois pas sanctionnable, puisqu'elle n'est pas contraignante.

La démarche semble pouvoir être classée dans le *soft law* paralégislatif⁴⁵, sorte de production alternative au droit⁴⁶, étant le fait d'acteurs privés, même si les instances officielles des États n'y sont pas étrangères.

Cette catégorisation traduit la puissance particulière de la norme, maintenue en principe hors du champ de la contrainte juridique, sans toutefois faire échapper l'activité de normalisation elle-même au champ du droit. Les négociations qui y sont menées doivent veiller à ne pas favoriser la création d'ententes ou d'abus de position dominante, inacceptables au regard du droit européen. Décider du contenu d'une norme en l'alignant, dans le cadre d'un processus qui ne serait pas assez équilibré, sur la situation la plus favorable à un acteur dominant poserait nécessairement question⁴⁷.

⁴¹ Règlement 1025/2012, JO L 316 du 14 novembre 2012.

⁴² Énoncées dans COM (2011) 315 final, 1^{er} juin 2011. Selon le projet, le principal objectif de la normalisation est « la définition de prescriptions techniques ou qualitatives volontaires auxquelles des produits, des procédés de fabrication ou des services actuels ou futurs peuvent se conformer. La normalisation peut porter sur divers aspects, comme les différentes catégories ou tailles d'un produit spécifique ou les spécifications techniques sur des marchés de produits ou services où la compatibilité et l'interopérabilité avec d'autres produits ou systèmes sont essentielles » (considérant 1). Le règlement ambitionne d'accélérer considérablement ce processus à des fins stratégiques, pour garantir l'interopérabilité des réseaux et des systèmes, et faciliter les échanges commerciaux. Voy. LOTTES (R.), « The Commission proposal for a legislative review of the european standardisation policy – What's in it for civil society? », *ELNI Review*, 2011/2, p. 112-116. Sur les débats, voy. ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/standardisation-policy.

⁴³ Selon www.afnor.org/meciers/normalisation/panorama-normalisation.

⁴⁴ LAFFINEUR (J.-L.), GRINCHARD (M.) et LEROY (C.), « Les possibilités de recours contre une norme technique dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 813-844.

⁴⁵ Selon la typologie proposée par HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 45. Le *soft law* paralégislatif vise le droit souple issu du fait d'acteurs privés, conçu comme une production alternative au droit ou, à tout le moins, parallèle à celui-ci.

⁴⁶ Par référence à THIBIERGE (C.) et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J. – Bruylant, Paris – Bruxelles, 2009.

⁴⁷ Voy. ainsi les débats menés in C.J.U.E., 31 mars 2011, E.M.C. c. *Commission*, C-367/10 P, concernant des normes relatives au ciment et la crainte d'un effet de cartel.

La norme garde ce statut aussi longtemps qu'elle n'est pas sollicitée dans un autre contexte. Mais elle bascule immédiatement vers le « droit dur » classique lorsqu'elle lui est intégrée, par voie législative, réglementaire ou contractuelle. La norme devient une norme de produits, une spécification permettant de définir un terme technique⁴⁸, la condition d'accès à un marché public ou de la conclusion d'un contrat.

La norme mandatée dans le cadre de la « nouvelle approche » impose toutefois une analyse plus fine.

B. La nature atypique de la norme mandatée

La norme mandatée dans le cadre de la nouvelle approche est-elle du « *hard law* en puissance », au sens où l'entend I. Hachez⁴⁹, sachant que, dès l'acceptation du mandat confié à l'institut de normalisation, la norme qui s'élabore a clairement vocation – en viendrait-elle à être publiée par référence – à fournir un modèle pour agir et pour juger ? Le lien que cette catégorie entretient avec la nécessité que ses auteurs soient publics ne permet toutefois, *a priori*, pas de la solliciter⁵⁰.

Il ne s'agit pas non plus de « droit proposé »⁵¹, car l'initiative du projet se trouve plus du côté de la Commission que de celui de l'acteur privé, mais cette catégorie pourrait peut-être être aménagée pour faire place à ce *droit mandaté*, qui contient assurément une dimension de « proposition » dans un second temps, car il n'accède au statut de droit de l'Union que sous réserve d'acceptation et de publication.

La norme dont il est question ici a bien quitté la sphère du *soft law* paralogislatif, mais elle erre encore dans les limbes, dans l'attente de pouvoir prendre pied dans le *hard law* européen. Son entrée dans ce *hard law* européen est toutefois atypique, elle aussi, car la norme n'y adoptera que la posture d'une « présomption de conformité », et non pas de règle pleinement contraignante, sauf exception⁵².

⁴⁸ C.J.U.E, 21 décembre 2011, *Evroetil*, C-503/10.

⁴⁹ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 51. Le *hard law* en puissance est une sous-catégorie du droit périlégislatif, selon le même auteur.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 47.

⁵¹ *Ibid.*, p. 49.

⁵² Des nuances peuvent être trouvées au sein des nombreuses directives concernées.

La jurisprudence nous indique que la nature juridique de cette norme change assurément, dans un autre registre, à partir du moment où elle fait l'objet d'une publication dans le *Journal officiel de l'Union européenne*. Par cette publication, la norme quitte en effet la sphère privée pour rentrer de plain-pied dans le droit de l'Union, susceptible d'être porté devant la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, ce Graal se mérite : seule la partie de la norme ayant fait l'objet d'une publication par référence intègre le droit de l'Union, la partie subsidiaire restant hors de son champ⁵³.

Elle n'en devient pas pour autant obligatoire, puisque son activation reste du ressort de la démarche volontaire, drapée sous l'*aura* d'une présomption de conformité aux exigences essentielles.

Est-ce un obstacle dès lors que l'on sait que, pour être attaquant devant la Cour de justice, l'acte concerné doit être susceptible de produire des effets de droit ? Pas nécessairement. Ces effets de droit sont bien présents, même si ce n'est qu'*a contrario*, dès lors que la présomption de conformité qui est liée à la norme signifie que l'État membre qui la considère comme inacceptable ne pourra aisément écarter de son marché les produits qui la respectent.

La Cour refuse toutefois de conclure trop vite à la force contraignante des normes harmonisées, même adoptées dans le cadre de la nouvelle approche, au seul motif qu'elles auraient un « effet direct sur les échanges », implication qui, dans le cas concerné, pourrait être lourde de conséquences dans un contexte de lutte contre les ententes ayant pour effet de fausser la concurrence ; pour la Cour, « aucune règle du droit de l'Union ne prévoit qu'une norme harmonisée est présumée avoir un effet contraignant lorsqu'elle est susceptible d'exercer une influence directe sur les échanges »⁵⁴.

Conclusion

La normalisation offre assurément un beau sujet de réflexion quant à la rencontre des genres, en tant que point de tangence entre le droit souple, qui se voudrait source alternative au droit, et le *hard law*.

Par l'effet de l'implication de la puissance publique dans un processus issu de la sphère privée au départ, par la pression liée aux mandats, désormais confiés aux organismes, qui se veulent pourtant toujours bien indépendants, et par la dimension d'intérêt général qui caractérise dorénavant le

⁵³ C.J.U.E, 21 octobre 2010, *Latchways*, C-185/08, points 30 à 36.

⁵⁴ C.J.U.E, 31 mars 2011, *E.M.C. c. Commission*, C-367/10P, points 97 et 105.

fruit de leurs travaux, les normes produites par ces instituts de normalisation ne peuvent plus être cantonnées dans une catégorie de droit mou qui serait dépourvue d'effets juridiques, même si elles affichent toujours fièrement, avec un semblant de fausse naïveté cependant, leur caractéristique de normes volontaires.

Le processus est devenu hybride et la nature des normes produites est intimement dépendante du contexte dans lequel elles sont réceptionnées, sans jamais, à aucun moment, pouvoir encore oser prétendre se trouver totalement hors de l'emprise du droit.

	Acteurs	Élément-clé	Nature
Norme volontaire	Privé (avec présence du public)	Recherche de consensus	<i>Soft law</i> paralégislatif
Norme mandatée	privé-public	Le pouvoir public passe commande de normes à un institut de normalisation (mandat)	Droit mandaté (périlégislatif)
Norme volontaire rendue obligatoire par absorption	Public (en puisant dans la sphère privée)	Réception, par référence, dans une réglementation ou un contrat	<i>Hard law</i>