

Acte du colloque du 18 mars 2010

**PUCA**

**DAUPHINE**  
UNIVERSITÉ PARIS

**i<sub>2</sub>d**

gouvernement des villes et fabrique du bien commun  
la production de la norme

# **LA FABRIQUE DU BIEN COMMUN**

## **DES NORMES TECHNIQUES AUX NORMES DE SERVICES**

actes de colloque du 18 mars 2010

UNIVERSITE PARIS DAUPHINE



**LA FABRIQUE DU BIEN COMMUN**

**DES NORMES TECHNIQUES AUX NORMES DE  
SERVICES**

ACTES DU COLLOQUE DU 18 MARS 2010  
A L'UNIVERSITE PARIS DAUPHINE

**08 SEPTEMBRE 2010**

**CONVENTION n° 0000623 du 9 mars 2010 Programme : 135 SOC**

**PLAN URBANISME CONSTRUCTION ARCHITECTURE  
MINISTERE DE L'ECOLOGIE, DU DEVELOPPEMENT ET DE  
L'AMENAGEMENT DURABLES**

**Sous la direction de Fabienne Péraldi Leneuf, Professeur à l'Université de Lille-Nord de  
France**

**Avec Andrée Brunet, Professeur à l'Université Paris Dauphine  
Hélène Aubry, Professeur à l'Université Paris XIII**



**18 mars 2010**

## **LA FABRIQUE DU BIEN COMMUN : DES NORMES TECHNIQUES AUX NORMES DE SERVICE**

*Université de Paris 9 Dauphine, place de Lattre de Tassigny, Paris 16  
Amphithéâtre Raymond ARON  
(RATP ligne 2 Porte Dauphine)*

### **PROGRAMME**

**9h 15** : Accueil des participants

Présidence: **Joël Moneger**, Directeur de l'Institut Droit Dauphine

**9h30** : *Message de bienvenue* – **Laurent Batsch**, Président de l'université Paris-Dauphine.  
« *La construction par les juristes et les ingénieurs du bien commun* »

**9h40** : *Introduction* : « *Les enjeux de l'évolution de la normalisation en Europe gouvernance et démocratie* »,  
**Fabienne Peraldi-Leneuf**, Professeur à l'université de Lille-Nord de France.

#### **I.- Les trois paradoxes de la normalisation**

**10h00** : « *Une activité d'intérêt général, depuis le décret de 2009, mise en œuvre par les parties intéressées* », **Andrée Brunet**, Professeur à l'université Paris-Dauphine.

**10h30** : Contributions de **Viviane Apied**, Responsable ministériel aux normes [MEEDDM],  
de **François Robin**, Responsable du département Développement à l'AFNOR et d'  
**Ekkehard Hofmann**, Membre du Centre environnemental Humholtz de Leipzig

**11h00** : Débat avec les participants.

**11h30** : Pause

**11h45** : « *La normalisation, une norme en principe non obligatoire* »,  
**Hélène Aubry**, Professeur à l'Université Paris 13-Villetaneuse.

**12h15** : Contributions de **Federico Pernazza**, Professeur à l'Université des Pouilles-Italie et de  
**Angel Menedez-Rexach**, Professeur à l'Université de Madrid- Espagne.

**12h40** : Débat avec les participants.

**13h00** : Déjeuner-buffet

**14h30** : « *La normalisation des services ou l'émergence de l'hyper-loi* »,  
**Fabienne Peraldi-Leneuf**, Professeur à l'Université de Lille-Nord de France.

**15h00** : Débats avec les participants. Contribution de **Marc Rouchayrole**,  
Adjoint au Directeur des affaires juridiques [MEEDDM].

**15h 30** : Pause

#### **II. – Le contrôle, la meilleure réponse aux paradoxes**

**15h45** : « *Contrôles ab initio et a posteriori* », **H. Aubry, A. Brunet, F. Peraldi-Leneuf**.

**16h30** : Contribution de **Manuel Medina Ortega** ancien Député au Parlement européen, auteur du  
rapport sur « *Les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments  
juridiques non contraignants (Soft law)* » et Position du CEN/CENELEC

**17h00** : **Clôture par Jean-Marc Michel** - Directeur général de l'aménagement, du logement, de la nature  
[MEEDDM]

## **LA CONSTRUCTION PAR LES JURISTES ET LES INGENIEURS DU BIEN COMMUN**

**Laurent BATSCH, Président de l'Université Paris Dauphine**

Merci cher Joël, je voulais simplement vous saluer et que vous sachiez que ce colloque n'est pas passé inaperçu au delà des cercles des personnes impliquées. On est sur un domaine qui, évidemment, est au cœur des préoccupations de notre maison. Dès qu'on s'intéresse au fonctionnement des marchés et à la vie des organisations, on est bien obligé de parler réglementation, régulation et normalisation. Il n'y a pas de marché sans organisation, sans droit et sans contrôle. On est au cœur d'un sujet bien évidemment passionnant.

Alors moi je m'interroge, je ne suis pas juriste, j'ai un peu versé dans la finance d'entreprise mais quand je vois votre sujet je me posais la question de savoir si les normes devaient être obligatoires ou non. J'ai parfois l'impression qu'il suffit qu'elles le soient pour qu'elles ne soient plus appliquées et pour susciter une saine émulation entre ceux qui sont chargés de les appliquer.

C'est une recherche qui associe des centres universitaires et des acteurs institutionnels, plusieurs centres universitaires et notamment internationaux, d'Espagne, d'Allemagne et d'Italie notamment. C'est association est la formule gagnante. Félicitations pour avoir joué sur cet aspect collectif et je vous souhaite la bienvenue dans cette salle Raymond Aron dont, je le répète, il y a 60 ans accueillait les travaux du commandement militaire de l'OTAN.

## Introduction

### « LES ENJEUX DE L'EVOLUTION DE LA NORMALISATION EN EUROPE : GOUVERNANCE ET DEMOCRATIE »

**Fabienne Peraldi-Leneuf,**

Professeur à l'Université de Lille-Nord de France.

La normalisation cache derrière ses aspects techniques de véritables problématiques juridiques et suggère une réflexion qui a trait à son existence dans le droit et à ses rapports avec la règle de droit. L'expansion de la normalisation au XX<sup>e</sup> siècle, associée à la modification du rôle de l'Etat a contribué à rapprocher les deux catégories de normes. Les normes techniques sont devenues des instruments de l'action politique. L'intérêt des autorités publiques pour la normalisation s'est manifesté de manière plus ou moins rigide selon les pays, allant de sa contractualisation (Allemagne) à sa mise sous tutelle (France). Corrélativement, l'objet de l'activité de normalisation s'est modifié. Sa mission l'amène à intervenir aujourd'hui de plus en plus dans des domaines relevant autrefois de la puissance publique, c'est-à-dire liés à la sécurité, la protection des consommateurs ou de l'environnement. Mais sans doute ces normes étaient-elles destinées à se rencontrer, ne serait-ce qu'en raison de leur racine latine commune, *norma*<sup>1</sup>. (*règle équerre*)

Ainsi le problème aujourd'hui qui se pose est de savoir où se situe la limite de la régulation de la société entre norme technique et norme juridique. J. Carbonnier<sup>2</sup> avait observé que " *la relation qui existe entre le bloc des normes juridiques et les normes non juridiques n'est pas réciproque. La norme juridique a un pouvoir de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale, tandis que l'inverse n'est pas vrai*". Il constatait donc un déséquilibre de la relation au profit de la règle juridique.

Il n'est pas certain que cette observation soit encore juste. Le développement autonome des normes techniques pourrait avoir tendance à supplanter la règle juridique, ou conduire à la limiter, à la cantonner à des aspects minimaux. C'est l'objet de la recherche que nous allons mener, sachant que l'intérêt fondamental de tout ceci est la démocratie. Nous examinerons particulièrement le système européen de normalisation car il est à l'origine des évolutions des systèmes nationaux depuis sa création en 1985<sup>3</sup>.

La normalisation européenne s'est retrouvée en effet, à partir de cette date, dans le processus qui a conduit à la réalisation du marché intérieur, au cœur de l'action politique de la Communauté européenne. Le renvoi aux normes européennes dans la réglementation

---

<sup>1</sup>Pour un aperçu historique de la normalisation, J. Maily, "La normalisation", th. Caen, Dunod, 1946.; O. Zamphiroff, "Esquisse d'une théorie juridique de la normalisation", th. Aix-Marseille, 1990.

<sup>2</sup>J. Carbonnier, "Les phénomènes d'internormativité", in "Essai sur les lois", Répertoire du notariat Defrénois", 1979, p. 251.

<sup>3</sup> Résolution nouvelle approche : élaboration de directives contenant des prescriptions d'intérêt général et mandats confiés au normalisateur pour l'adoption des aspects techniques correspondants ou normes.

communautaire est alors progressivement apparu comme la meilleure solution pour accomplir les objectifs économiques fixés par le traité. La normalisation européenne correspond ici parfaitement à une conception nouvelle de l'élaboration du droit, fondée sur une association subtile des règles juridiques impératives et des règles non juridiques.

Très récemment, prolongeant ce mouvement, la Commission européenne a proposé dans une communication sur le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques communautaires, de renforcer la normalisation et d'en faire un argument de politique économique. Elle préconise l'extension du recours aux normes pour soutenir la législation, mais aussi l'accroissement de la normalisation privée.

La normalisation, activité technique, est donc devenue désormais un modèle de régulation qui peut être étendu à de nombreux domaines et surtout aux services<sup>4</sup>. Il s'agit presque d'une philosophie.. qui contribue donc à l'initiative « mieux légiférer »<sup>5</sup>. Cette évolution ne peut manquer d'être étudiée eu égard aux effets considérables qu'elle peut avoir sur le modèle de société de demain.

Après avoir développé les éléments qui démontrent que la normalisation se trouve au cœur de la gouvernance européenne (I) l'on tentera de se demander quels sont les enjeux démocratiques de l'encadrement de la normalisation européenne (II).

## **I. LA NORMALISATION AU CŒUR DE LA GOUVERNANCE EUROPEENNE**

Le terme gouvernance a été importé du vocabulaire économique international : celui lié au mode d'administration et de gestion de la BIRD. Puis il s'est étendu aux modes d'organisation des entreprises privées et a fait sa réapparition dans la sphère publique sous la même signification : un processus d'organisation de gestion qui s'applique aux structures mais aussi à la réglementation publique.

Il recouvre donc des modalités d'organisation et de régulation. Le livre blanc sur la gouvernance européenne l'a clairement démontré puisqu'il contient une partie consacrée à l'élaboration de la réglementation, son amélioration, à sa simplification.

L'on exposera comment la normalisation européenne a pu intégrer le système de gouvernance européenne en tant que mécanisme de co-régulation (A), ce qui nous permettra d'expliquer un aspect particulier de l'activité de normalisation européenne: le fait d'être une activité d'intérêt général ou un service d'un service public européen (B).

### ***A. La normalisation, méthode de co-régulation***

Face à la réussite mais aussi à la technicité croissante de la politique de normalisation, s'appuyant sur le succès de la nouvelle approche en matière d'harmonisation technique engagée pour les produits industriels dans les années 80<sup>6</sup>, l'idée d'un approfondissement de celle-ci a commencé à se profiler à partir de 1999.

D'autres événements politiques ont conforté cette tendance : le Conseil européen de Lisbonne tout d'abord, qui préconise le développement de l'innovation, des technologies de l'information, la création de *e-europe* et le recours à la normalisation pour y parvenir.

Le Conseil européen de Göteborg ensuite qui, créant une dynamique en faveur du développement durable, met également la normalisation au cœur de cette politique.

---

<sup>4</sup> Voir ci-après notre contribution sur l'extension de la normalisation au domaine des services

<sup>5</sup> Communication de la Commission européenne du 6/6/2002, COM (2002)275 final.

<sup>6</sup> Voir sur ce point notre thèse : « La politique communautaire d'harmonisation et de normalisation-une nouvelle modalité de régulation », Strasbourg, 1996.

Le développement d'autres politiques enfin, comme celle des transports qui nécessite la définition de normes d'interopérabilité et de sécurité, celle relative à la sécurité générale des produits associée à l'émergence d'une politique européenne des consommateurs, celle enfin relative aux services dans l'union européenne.

En somme, l'évolution de la société moderne cumulée avec le souci de mieux maîtriser l'instrument législatif et le souhait de démocratiser le système de l'UE, ont conduit la Commission européenne à s'engager en faveur d'un développement généralisé de la normalisation associée à un cadre juridique adapté.

Naturellement, le concept fut intégré dans les réflexions sur la nouvelle conception de la gouvernance européenne par la Commission et est mentionné dans son Livre Blanc de l'année 2000. La Commission considère particulièrement opportun le développement des techniques reposant sur l'association pouvoirs publics/entités privées pour l'élaboration de la législation communautaire, qu'elle qualifie de « corégulation » .

Ce cadre, généralisable, repose en ce qui concerne la normalisation, sur un schéma bien rôdé puisque créé pour la « nouvelle approche » : les textes définissent des exigences minimales et renvoient au normalisateur le soin de les compléter. Pour cela, la Commission confie des « mandats aux organismes européens de normalisation », définissant leur mission avec précision.

Au-delà des difficultés juridiques spécifiques que cela peut poser pour la normalisation, l'association des pouvoirs publics avec des instances privées dans l'élaboration de réglementation, n'est pas « naturelle » et n'est pas sans poser de nombreuses difficultés ne serait-ce que sur un plan strictement institutionnel.

C'est pourquoi, le processus de corégulation se trouve dès 2003 au cœur l'accord interinstitutionnel « mieux légiférer »<sup>7</sup>. Outre les engagements relatifs à une meilleure coordination du processus législatif ou du choix de la base juridique, un paragraphe est consacré aux modes de régulation alternatifs set en particulier à la corégulation.

Celle-ci est définie comme :

- « *le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations)* ».

- « *Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées* ».

La co-régulation consiste donc bien en une technique d'allègement du travail législatif qui doit se concentrer sur les aspects essentiels. On observe que c'est néanmoins l'acte législatif qui définit les critères du recours aux opérateurs privés, et que ceux-ci doivent être « reconnus » dans le domaine concerné (les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations).

Le choix du terme de « corégulation » confère assurément aux documents élaborés par les organismes privés une valeur égale à ceux adopté par les pouvoirs publics : en tant que mécanismes de « régulation » ils ont ainsi vocation, de concert, à régir un domaine donné. On observera qu'ici, le législateur est qualifié au même titre que le normalisateur de « régulateur », ce qui n'est pas conforme au système français. Le législateur est le reflet de la souveraineté nationale, il légifère. Un régulateur est une autorité investie d'un pouvoir autre :

---

<sup>7</sup> Accord interinstitutionnel, « mieux légiférer », Parlement européen, Conseil, Commission (2003/c 321/01), JOC 321/1 du 31/12/2003.

organiser, coordonner et non pas adopter des règles impératives, même s'il peut le faire parfois ou s'il peut de toute façon adopter des décisions individuelles. Le normalisateur, quant à la lui est rehaussé à la qualité de régulateur au même niveau que le législateur, ce qui est, il faut l'avouer, surprenant, compte tenu de sa qualité : il est certes un « organisme reconnu », mais qui ne dispose que de la compétence « technique » d'un expert.

Dès lors, pour expliquer ce lien, il convient d'envisager que le processus de corégulation n'est pas un mécanisme d'association public-privé anodin. Il ne peut véritablement exister que parce que l'activité de normalisation est une activité d'intérêt général et s'exerce dans le cadre d'une mission de service public européenne. En conséquence, il contribue à une certaine forme d'externalisation de l'activité législative, (certains diront privatisation)<sup>8</sup> et peut être étendue à de nombreux domaines : cosmétiques, produits usant de l'énergie, protection de l'environnement et transports et domaine des services ainsi que les projets de révision de la normalisation l'attestent.

### ***B. Un service public européen***

L'idée d'un service public européen de la normalisation européenne, initiée avec la nouvelle approche, devient aujourd'hui de plus en plus pertinente. Elle se fonde sur plusieurs éléments.

Tout d'abord, la normalisation constitue le terrain d'élection du critère fonctionnel du service public : la notion d'intérêt général. L'étude du contenu de la mission dévolue aux organismes privés, associée à l'examen des différents niveaux d'habilitation conférés à ces structures, montre que l'intérêt général est inhérent à l'activité elle-même. Mentionnée comme fondement de l'intervention de la Communauté dans la normalisation européenne, dans les Orientations de coopération, signées entre le CEN/CENELEC et la Commission le 16 juillet 1984<sup>9</sup>, son existence est clairement réaffirmée par la Commission dans le Livre vert sur l'harmonisation technique, adopté en 1991<sup>10</sup>. Celle-ci souligne la nécessité de l'établissement de relations étroites entre les normalisateurs et les pouvoirs publics pour l'accomplissement de leur fonction. Dans sa résolution adoptée le 18 juin 1992<sup>11</sup> sur la politique de normalisation, le Conseil considère que

"La normalisation européenne, tout en étant organisée sur une base volontaire, sert aussi l'intérêt public (et estime que) de ce fait, il est nécessaire de poursuivre et d'étendre au niveau européen une relation de partenariat entre la Communauté et les organismes européens de normalisation"

Ensuite, la mission européenne confiée aux organismes de normalisation est attestée dans les textes. Les règles communes du CEN/CENELEC indiquent, parmi les modalités prévues pour la réalisation de son objet, que l'organisme doit promouvoir la coopération avec les Communautés européennes, l'AELE et les autres organisations intergouvernementales, afin qu'elles puissent faire référence dans leurs directives ou autres documents officiels aux normes européennes (EN) et au Documents d'harmonisation (HD). Elles font mention dans une large

---

<sup>8</sup> Voir la communication d'octobre 2004 sur « *Le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européenne* » (COM (2004) 674 du 18 octobre 2004 et communication de la Commission du 25 octobre 2005.

<sup>9</sup> Mémoire n° 4 du CEN/CENELEC, éd. 1985.

<sup>10</sup> JOCE 28 janvier 1992, Cf aussi la communication de la Commission du 15 avril 1992 sur les suites du Livre vert, JOCE n° C 96/2.

<sup>11</sup> Résolution n° 92/C du 18 juin 1992, JOCE n° C 173/01 du 9 juillet 1992.

mesure de la mission communautaire du CEN/CENELEC, qui consiste à élaborer des normes européennes harmonisées en correspondance avec les directives d'harmonisation techniques adoptées par le Conseil et la Commission. Par ailleurs, les organismes mentionnés de normalisation sont des organismes « reconnus » par l'Union européenne. La reconnaissance confirme leur rôle exclusif en la matière.

Enfin, l'existence d'une relation de délégation entre les institutions de l'Union et les organismes de normalisation appuie l'idée d'une délégation d'une mission de service public. Cette relation, dont il est difficile de dire avec certitude si elle est d'ordre contractuel ou unilatéral, est matérialisée par le mandat de normalisation. Le mandat de normalisation a pour but de définir précisément le contenu de la prestation. Son objet consiste donc en une "commande" de normes européennes harmonisées, passée par la Commission aux organismes européens de normalisation. Il est ainsi l'instrument par lequel la Commission, après consultation du comité 83/189/CEE "invite formellement"<sup>12</sup> les organes européens de normalisation à présenter des normes harmonisées, correspondant aux directives Nouvelle approche. Il doit indiquer de la façon la plus précise possible l'obligation technique des organismes de normalisation. C'est pourquoi, la procédure d'octroi des mandats de normalisation est conditionnée par plusieurs éléments:

- La détermination du programme de normalisation
- La définition du cadre dans lequel doit être élaboré le mandat de normalisation: il s'agit de l'intervention du comité 83/189/CEE.
- L'acceptation par les organismes européens de normalisation de la commande.
- La définition du cadre juridique de l'intervention, c'est à dire du cadre à travers lequel les normes doivent être présentées: il s'agit de la directive Nouvelle approche concernée et des autres directives ou politiques communautaires, dont les autorités compétentes en matière de normalisation doivent tenir compte. Les mandats peuvent couvrir en effet des activités relevant de plusieurs domaines et pour lesquels des travaux ont été effectués par différents organismes européens de normalisation. Dans son contenu, le mandat spécifie également les exigences essentielles auxquelles doivent répondre les normes, leur objet et les délais d'adoption de celles-ci. Il comporte ainsi trois parties : *La motivation*, qui expose comme son nom l'indique, les motifs et les besoins de normalisation dans le secteur donné; *la commande proprement dite*, qui détaille la tâche confiée au CEN/CENELEC, et l'assortit de recommandations ou conseils et *l'exécution*, paragraphe dans lequel la Commission détermine les délais, fixe la mise en oeuvre du statu quo et les considérations d'ordre financier.

En conclusion, la qualification de la normalisation européenne comme «service public européen » et son implication dans la gouvernance de l'Union européenne au titre de la politique de simplification et d'amélioration du droit revêtent une importance déterminante pour l'évolution de la société. C'est pourquoi, il convient de s'assurer que les méthodes nouvelles de régulation auxquelles elle appartient satisfont aussi au respect du principe démocratique inhérent à tout système juridique fondé sur le droit.

## II LA DEMOCRATIE AU CŒUR DE LA NORMALISATION EUROPEENNE

L'élaboration d'un système de gouvernance reposant sur la normalisation autorise cependant à s'interroger sur sa légitimité. En effet, si la volonté politique est de moins réglementer et de plus normaliser, la normalisation, particulièrement lorsqu'elle appréhende

---

<sup>12</sup>L'expression est celle employée par la Commission dans le vade-mecum sur la Nouvelle approche, précit.

les comportements humains devient un substitut, une alternative à la réglementation. Elle est certes plus intéressante pour les pouvoirs publics car plus souple : c'est le secteur privé qui est impliqué en premier lieu dans l'élaboration de la norme car il est l'acteur principal de la normalisation et les pouvoirs publics sont déchargés d'une tâche non négligeable, toutefois dans la mesure où leur rôle s'amenuise, il reste à le définir et à le préciser. Encadrement ? Définition des principes essentiels ? Délégation et mandats ? Contrôle ? Par ailleurs comment assurer que dans les domaines qui sont liés à l'intérêt général, l'ensemble des citoyens est représenté ? qu'il s'agit donc bien de décisions prises au nom de l'intérêt général et non d'une catégorie professionnelle ? Enfin, alors que dans un système juridique, la norme est contestable et sanctionnable, qu'en est-il pour la norme technique ?

Instaurer ou renforcer la démocratie au sein de la normalisation revient ainsi d'une part à renforcer les principes d'ouverture, de transparence de cohérence et d'égalité dans son élaboration (A) et surtout de veiller à ce qu'elle soit constitutionnellement « légitime » (B).

### ***A. Les principes de démocratie indirecte.***

La question de l'efficacité et de la légitimité de la normalisation concerne d'abord celle de sa représentativité. En effet, la légitimité d'une action, politique ou intervention se détermine avant tout par le fait qu'elle doit être reconnue et admise par tous. Elle est admise par tous si elle représente une généralité.

Or la normalisation ne répond pas toujours à ce critère de généralité et de représentativité. Il existe en effet parfois une forte activité de normalisation, non maîtrisée, c'est-à-dire existant hors des structures officielles et donc confidentielle ou insuffisamment représentative. Les entreprises, dans la conduite de leurs affaires, recourent à un ensemble de documents de référence qu'elles contribuent en partie à créer. Ainsi ce sont souvent les mêmes qui créent et qui bénéficient de la norme : il y a alors confusion d'intérêts.

En outre, pour les domaines faisant l'objet d'une activité de normalisation « maîtrisée », il est apparu que le système d'élaboration des normes méritait d'être plus ouvert et transparent et donc accessible à de nombreuses parties intéressées, autres que les industriels concernés, tels que les acteurs « sociétaux » (pour la protection des consommateurs, la protection de la sécurité du travail, de l'environnement etc.), les autorités publiques nationales ou locales et les PME, qui se considèrent généralement écartées ou insuffisamment prises en compte de la normalisation officielle. Cette revendication a été relevée par le commissaire XXX lors de son discours sur la normalisation.

Enfin, la sécurité du consommateur reste primordiale : les normes s'attachent à définir les conditions de sécurité physique (activités sportives, loisirs, bricolage...), mais aussi parfois psychique et morale (par exemple prévention des abus de faiblesse dans le cas des séjours linguistiques ou de la vente directe).

La représentativité de toutes les parties est non seulement nécessaire mais aussi impérative. L'accord institutionnel « mieux légiférer » signé entre la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil en 2003, pose des principes relatifs à l'usage des systèmes alternatifs de régulation associant pouvoirs publics et instances privées. Parmi ceux-ci, l'accord dispose :

*« la Commission veille à ce que le recours aux mécanismes de corégulation et d'autorégulation soit toujours conforme au droit communautaire et qu'il respecte des critères de transparence (publicité des accords notamment) et de représentativité des parties impliquées ». « Il doit en outre représenter une valeur ajoutée pour l'intérêt général ».*

Ainsi, toute forme de coopération institutionnelle, créée sur le modèle de la politique de normalisation européenne doit satisfaire à ces exigences minimales.

C'est pourquoi dans ses propositions de réforme de la normalisation<sup>13</sup>, la Commission envisage d'appliquer les principes qui ont cours dans le contexte de l'accord OMC: « transparence, ouverture, impartialité, consensus, efficacité, pertinence et cohérence ».

Le rapport du Parlement européen du 9 août 2010 en cours d'adoption<sup>14</sup> mentionne avec intérêt ce souhait mais considère que ces principes ne suffisent pas pour garantir que tous les acteurs seront correctement représentés dans le processus de normalisation. Le Parlement souhaiterait plutôt l'ajout du principe d'une "représentation équilibrée", pertinent en particulier lors de l'élaboration de normes destinées à soutenir la législation et les politiques de l'Union européenne. Il contribuerait au nécessaire renforcement de l'accès au processus de normalisation par les représentants des petites et moyennes entreprises (PME), les consommateurs (y compris les personnes handicapées et les consommateurs vulnérables), les défenseurs de l'environnement, les travailleurs et les organismes représentant d'autres intérêts sociaux. Il s'agit de leur permettre d'exprimer plus efficacement leurs opinions, de garantir leur représentation au sein des commissions techniques.

Il propose ainsi que tous les organismes européens institués représentant la société civile, se voient accorder une voix dans les organes techniques des OEN, à condition qu'ils aient le statut de membres associés ou de partenaires de coopération des OEN et qu'ils aient participé aux travaux techniques concernés. Il estime également que ces organismes devraient se voir conférer, aux mêmes conditions, une voix symbolique dans la procédure d'adoption officielle des normes, voix qui ne serait pas nécessairement comptée dans les résultats mais qui servirait à indiquer le niveau de soutien accordé par toutes les parties prenantes à une norme donnée.

### ***B. Les principes légitimité/constitutionnalité de la corégulation***

Du point de vue de la constitutionnalité du processus de corégulation, c'est moins le fait d'associer le normalisateur à l'adoption de la législation qui pose problème que la philosophie qui y est sous-jacente ainsi que les incertitudes qui subsistent quand au mode de prise de décision et à l'étendue de la compétence de l'un et de l'autre.

En effet, dès lors qu'elle est désormais envisagée comme une « méthode alternative de régulation », liée à l'action « mieux légiférer » et touchant par définition au processus d'élaboration de la règle de droit, il convient de veiller, surtout lorsque sont concernés des domaines relevant de la santé, de la sécurité et de la protection d'intérêts publics, à ce que la corégulation demeure sous la maîtrise des pouvoirs publics.

Les risques sont liés à l'absence ou l'insuffisance du contrôle démocratique en cas de renforcement de l'activité privée ou de recours étendu à cette forme d'externalité. En somme, il s'agit de savoir quelle sera l'articulation des fonctions législatives et exécutives ainsi que teneur de la participation des partenaires privés.

---

<sup>13</sup> Le rapport d'un groupe d'experts chargé de la révision du système européen de normalisation (EXPRESS), intitulé "Standardisation for a competitive and innovative Europe: a vision for 2020" (février 2010), une évaluation d'impact sur le "paquet normalisation" réalisée pour la direction générale des entreprises et de l'industrie de la Commission (9 mars 2010), une consultation publique de la Commission sur la révision du système européen de normalisation (organisée du 23 mars au 21 mai 2010), une audition publique sur l'avenir de la normalisation européenne organisée par la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du PE le 23 juin 2010

<sup>14</sup> Projet de rapport 2010/2051(INI) du 9.8.2010 sur « l'avenir de la normalisation européenne » (2010/2051(INI)) ; Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs ; Rapporteur: Edvard Kožušník

Cette question induit donc une clarification institutionnelle des rapports entre législation et normalisation. Il s'agit de savoir ce qui relève de la loi et ce qui peut relever de la normalisation, mais aussi dans quelle mesure la loi et le normalisateur peuvent être complémentaires et pour quels types de services? La normalisation doit-elle être encadrée par la loi? La loi doit-elle toujours définir des principes essentiels et déléguer par renvoi ou mandat des tâches techniques au normalisateur ? La normalisation peut-elle agir seule ?

L'on peut relever à ce stade plusieurs niveaux d'implication des pouvoirs publics dans la normalisation, en fonction de l'objet de la normalisation, du lien avec l'intérêt général et de l'implication du domaine dans la société (services de santé, dans les services sociaux, sociétaux et environnementaux ou autre). L'on appliquera aux services, comme pour les produits, une gouvernance à géométrie variable, qui oscille entre réglementation, corégulation et autorégulation. A chacun correspond une réponse appropriée.

- La réglementation est un mode de gouvernance qui vise à incorporer la normalisation dans les textes obligatoires et qui ne pose pas de difficultés en soi du point de vue démocratique. Le processus d'adoption des normes est celui employé pour l'adoption de toute législation européenne. Les normes techniques, étant intégrées dans la loi, revêtent la même portée obligatoire que le texte qui les supporte. Du point de vue démocratique, les citoyens sont présents par l'intermédiaire du Parlement européen qui dispose du pouvoir de voter conjointement avec le conseil selon les termes de la procédure législative ordinaire<sup>15</sup>. La législation peut faire ensuite naturellement l'objet de contestation devant le juge européen.

Il existe néanmoins une sophistication de ce système qui aurait pu poser des problèmes de légitimité démocratique, et qui est intégrée dans le traité de Lisbonne: il s'agit de l'hypothèse de l'article 290 ou la législation européenne peut renvoyer à des actes délégués le soin de compléter les éléments non essentiels de la loi. Cette hypothèse a été mise en œuvre en matière de normalisation dans de nombreux domaines et en particulier dans le secteur des véhicules à moteur<sup>16</sup>. La Commission, titulaire de ce pouvoir délégué, peut donc adopter des normes techniques dans le cadre d'un acte d'exécution, qui adaptent au progrès et modifient celles antérieurement élaborées et intégrées dans la législation. Afin d'éviter tout problème de constitutionnalité, le Traité de Lisbonne, reprenant un accord interinstitutionnel antérieur<sup>17</sup>, a prévu dans de telles hypothèses, dans la mesure où il s'agit de modifier des éléments législatifs (maos non essentiels) du texte de base, l'intervention du parlement européen. Le Parlement donne ainsi son avis avant l'adoption de l'acté délégué ce qui permet la sauvegarde de la légitimité démocratique.

- Le modus vivendi démocratique de la corégulation et l'autorégulation apparaît quant à lui dans l'accord mieux légiférer de 2003<sup>18</sup>. Ce texte en effet légitime le recours à ces modes alternatifs de régulation en posant des principes de base qui s'adressent aux trois institutions.

Le premier principe est celui du respect du principe de proportionnalité (point 19). Ce principe structurel du droit européen devenu principe général du droit<sup>19</sup> impose aux institutions lors de l'adoption de tout acte d'agir avec adéquation en fonction de la fin et des

---

<sup>15</sup> Art. 289 TFUE

<sup>16</sup> art. 290 TFUE

<sup>17</sup> Accord interinstitutionnel, «mieux légiférer», Parlement européen, Conseil, Commission(2003/c 321/01), JOC 321/1 du 31/12/2003

<sup>18</sup> id.

<sup>19</sup> CJCE, 20 février 1979, SA Buitoni c/forma, aff. 122/78, Rec. P. 677.

moyens. Il irrigue le droit de l'Union européenne et le Traité de Lisbonne en a donné une définition à l'article 5 TUE. Le §1 indique que le principe de proportionnalité régit l'exercice des compétences. Le § 4 dispose : « *En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* ». L'article 296 TFUE par ailleurs, s'applique particulièrement en matière législative : « *Lorsque les traités ne prévoient pas le type d'acte à adopter, les institutions le choisissent au cas par cas, dans le respect des procédures applicables et du principe de proportionnalité* ». Ce principe gouverne donc le choix de l'acte et de la procédure. Il agit comme modérateur de velléités ou comme un guide d'action pour le législateur. Le choix d'une procédure alternative nécessitera d'être mûrement réfléchi, même si ce dernier dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

Le deuxième principe est celui de la motivation. Le point 21 de l'accord impose que l'acte législatif qui sert de base à un mécanisme de corégulation indique l'étendue possible de la corégulation dans le domaine concerné. L'autorité législative compétente définit dans ledit acte les mesures pertinentes pour le suivi de l'application, en cas de non-respect par une ou plusieurs parties impliquées ou en cas d'échec de l'accord. Ces mesures peuvent consister, par exemple, à prévoir une information régulière de l'autorité législative par la Commission sur le suivi de l'application, ou une clause de révision selon laquelle la Commission fait rapport au terme d'un certain délai et propose, le cas échéant, une modification de l'acte législatif ou toute autre mesure législative appropriée.

Le dernier principe implique les droits fondamentaux : l'accord interinstitutionnel précise en effet que « *ces mécanismes ne sont pas applicables si les droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu ou dans les situations où les règles doivent être appliquées uniformément dans tous les États membres* ».

La règle est déterminante pour ce qui concerne la normalisation des services et en particulier lorsqu'elle est envisagée en collaboration avec le législateur, comme c'est le cas dans les projets de révision de la normalisation. En effet, les récentes propositions de réforme montrent que la Commission a l'intention d'inclure les normes relatives aux services dans le cadre juridique de la normalisation européenne, étant donné que cette démarche, non seulement garantira la notification de toutes les normes nationales relatives aux services susceptibles de constituer des obstacles techniques au commerce dans le marché intérieur, mais doit fournir également une base juridique appropriée, conformément à laquelle la Commission pourra demander aux organismes européens de normalisation (OEN) – c'est-à-dire le CEN, le CENELEC et l'Institut européen des normes de télécommunication (ETSI) – d'élaborer des normes dans le secteur des services<sup>20</sup>.

**La co-régulation ne pourra être envisagée si les droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu:** dès lors, toute initiative dans ce sens pourra être contestée dans sa légalité. Il ne sera pas possible que la normalisation s'étende à des domaines sensibles.

Il en résulte, pour notre étude, que les questions qui posaient quant à la finalité de la normalisation, particulièrement dans le domaine des services, peuvent, du point de vue institutionnel, trouver une réponse adéquate par la mise en œuvre de cet accord.

Il s'agit des points suivants :

- la normalisation peut-elle mieux protéger les gens que la loi? La réponse est négative puisque seul le législateur est compétent pour cela.
- est-elle un moyen de mettre en œuvre un droit fondamental de protection de tous ?la

---

<sup>20</sup> Voir sur ce point le rapport du Parlement européen précité sur la réforme de la normalisation.

réponse est négative également.

- est-elle protectrice d'intérêts particuliers ? Elle ne peut être mise en œuvre que pour favoriser l'intérêt général
- répond-elle à un besoin de la société ou à un besoin marchand ? Elle peut répondre aux deux sous conditions du respect des principes énumérés.
- Mais aussi, qu'est-ce qui peut déterminer le choix du processus ? est-elle autant garante de l'intérêt général que la loi ? Le choix du processus dépend de sa finalité : si les droits fondamentaux des ou des choix politiques sont en jeu : seules les institutions législatives pourront réglementer.

La question est alors de savoir en quoi la norme peut devenir un outil privilégié par rapport à la réglementation. L'accord le mentionne : l'efficacité de la régulation, la simplification du droit.

En ce qui concerne pour finir les relations entre législation et normalisation, le parlement prend position pour une séparation claire des domaines de l'un et de l'autre, afin d'éviter « toute erreur d'interprétation en ce qui concerne les objectifs législatifs et le niveau de protection souhaité ». Il renvoie ainsi au législateur le soin d'être très vigilant lorsqu'il détermine les exigences essentielles et à la Commission de fournir avec précision le contenu des mandats.

Surtout, il encourage la Commission européenne à concevoir un système visant à coordonner les politiques et les activités de normalisation, et qui comprendrait tous les aspects d'ordre public du processus de normalisation, de la préparation et l'attribution des mandats à l'adoption officielle, la publication et l'utilisation des normes, en passant par la surveillance des travaux des commissions techniques pour veiller à ce que les normes produites respectent les exigences essentielles de la législation concernées. Il s'agit ici, ni plus ni moins, du point de vue légistique d'organiser un mécanisme global d'anticipation qui va de l'initiative au contrôle de la mise en œuvre de la normalisation.

-----

Les propos qui vont suivre vont développer plus précisément ce qu'il convient d'appeler les trois paradoxes de la normalisation en tentant de démontrer l'ambiguïté aujourd'hui du processus :

- La normalisation est une activité générale mise en œuvre par des parties intéressées
- Les normes adoptées sont facultatives mais s'imposent de fait, et forme une soft law
- L'extension de la normalisation dans le domaine des services constitue l'exemple type de la sophistication des deux paradoxes précédent et en crée un troisième : elle contribue à la formation d'une sorte « d'hyper » loi.

## **IERE PARTIE :**

### **LES TROIS PARADOXES DE LA NORMALISATION**

#### **A) UNE ACTIVITE D'INTERET GENERAL MISE EN ŒUVRE PAR LES PARTIES INTERESSEES »**

**Andrée BRUNET,  
Professeur de droit privé à l'Université PARIS-DAUPHINE**

1) Il peut paraître provocateur de regarder comme paradoxale la manière dont le décret du 16 juin 2009<sup>21</sup> définit la normalisation. Pourtant, il existe bien un véritable paradoxe dans la formule de l'article premier dudit décret, selon lequel « *La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées...* ».

En effet, si la formule signifie que l'élaboration d'une norme est l'œuvre conjointe de ceux qui vont l'appliquer, c'est-à-dire les professionnels, et de ceux qui vont subir les conséquences de son application, c'est-à-dire les consommateurs ou, plus largement, les utilisateurs des biens ou services objets de la norme, la formule signifie aussi que la norme qui va naître de leur travail sera l'expression de l'intérêt général.

Or voilà bien un premier paradoxe : il porte sur la notion même d'intérêt général. Dans la normalisation, l'intérêt général résulte de la somme des intérêts particuliers. Au contraire, dans la tradition française, l'intérêt général n'est pas compris comme la somme des intérêts particuliers, mais comme un intérêt différent de l'addition des intérêts particuliers, très exactement comme un intérêt qui transcende les intérêts particuliers, qui leur est supérieur et qui s'en distingue de façon radicale.

La normalisation serait alors le marqueur d'une sévère évolution : l'abandon d'une conception de l'intérêt général qui remonte à la Révolution française et, au-delà, à Rousseau, pour qui la volonté générale transcende les volontés individuelles sans jamais se confondre avec elles. Et cet abandon se ferait au profit de la conception américaine de l'intérêt général, qui voit dans ce dernier est la combinaison des intérêts particuliers conciliés entre eux.

Après tout, rien n'est immuable, d'autant qu'une telle évolution n'est pas dépourvue d'avantages. Elle postule une plus grande efficacité des normes dont la légitimité se trouve confortée par le fait que les normes expriment désormais la volonté de tous ceux à qui elles sont, activement ou passivement, destinées. Elle postule également un parfait équilibre dans le contenu des normes produites par la volonté de tous les intéressés.

---

<sup>21</sup> Décret n°2009-697 du 16 juin 2009, J.O. 17 juin 2009, p. 9860.

2) Cependant, conjuguée à deux autres facteurs, cette mutation de l'intérêt général pourrait bien aboutir à un résultat nettement moins plaisant.

Le premier facteur qui gâche la perspective idyllique qui vient d'être évoquée, tient au fait que la normalisation se généralise au point de devenir un mode de régulation de la vie économique. Le second facteur réside dans la constatation que le cercle des parties intéressées à l'élaboration de la norme se limite trop souvent aux professionnels.

Or, c'est précisément parce que le domaine de la normalisation s'élargit et que celle-ci cesse d'être le moyen de codifier les connaissances professionnelles, qu'il devient impératif que d'autres que les seuls professionnels participent à l'élaboration des normes.

Pourtant, si les professionnels sont les seuls à faire les normes qui leur sont applicables, alors la formule de l'article premier du décret du 16 juin 2009 signifie en réalité que la normalisation est une activité des professionnels au profit des professionnels et que l'intérêt général mis en œuvre par la normalisation n'est qu'une pure façade, qui sert d'alibi à l'intérêt particulier des professionnels.

3) La charge, pour être violente, n'est pas exagérée. D'une part, il ne fait aucun doute que le système de normalisation fonctionne d'une manière asymétrique (I). D'autre part, même si ce défaut était corrigé par une plus grande participation des non professionnels à l'élaboration des normes, l'asymétrie subsisterait à cause du financement de la normalisation (II).

## **I. – Le fonctionnement asymétrique du système de normalisation**

4) Évidemment, il est impossible de découvrir dans le décret de 2009 un article qui prône le fonctionnement asymétrique du système de normalisation. Bien au contraire, les auteurs du décret ont officiellement pris en compte le risque d'un fonctionnement asymétrique, en adoptant des mesures ouvertement destinées à favoriser la participation des non professionnels à l'élaboration des normes.

Pourtant, un examen plus attentif des dispositions du décret révèle des bizarreries quant à la conception de l'intérêt général retenue par les auteurs du décret (A). Dans ces conditions, il est à craindre que l'application du nouveau texte ne change pas grand à la pratique antérieure où l'intérêt général se résume à celui des professionnels (B).

### **A. – L'intérêt général selon le décret**

5) Si le décret de 2009 n'innove pas en consacrant l'AFNOR et les bureaux de normalisation sectoriels (BN) dans leur rôle de piliers du système de normalisation, en revanche, il introduit une nouvelle répartition des tâches entre eux.

L'AFNOR est le coordonnateur de l'élaboration des normes nationales et le membre français des travaux européens ou internationaux<sup>22</sup>. Ses tâches, énumérées à l'article 6 du décret,

---

<sup>22</sup> Voir l'article 5 du décret.

résident dans la programmation des travaux de normalisation, l'organisation des enquêtes publiques sur projets de normes, l'homologation et la publication des normes.

Mais, s'agissant de l'élaboration des projets de normes, l'article 11, I du décret précise que l'AFNOR délègue cette tâche aux BN ; mieux encore, l'article 12 enfonce le clou. D'une part, le I de l'article 12 généralise la délégation à l'élaboration de tous les projets de normes, qu'elles soient nationales, européennes ou internationales. D'autre part, le II de l'article 12 indique carrément que « *Les normes nationales sont élaborées par les bureaux de normalisation...* ».

Il est donc clair que les BN sectoriels sont désormais les auteurs des normes nationales et qu'ils participent, par délégation de l'AFNOR, à l'élaboration des normes européennes et internationales<sup>23</sup>. C'est seulement dans les secteurs où il n'existe pas de BN ou encore dans les domaines communs à un grand nombre de secteurs, que l'AFNOR reprend la main<sup>24</sup>.

6) Il faut cependant souligner que les BN sont seulement les auteurs formels de la norme, en ce sens que l'organe délibérant du BN se contente de voter le projet<sup>25</sup>. La précision revêt de l'importance au regard de la question de l'intérêt général, car les auteurs intellectuels de la norme ne sont pas les BN, mais les commissions de normalisation (CN).

Le II de l'article 12 indique en effet que si les normes nationales sont élaborées par les BN, elles le sont « *avec le concours de commissions de normalisation, regroupant toutes les parties intéressées qui souhaitent participer à cette élaboration* ».

Le même schéma, *mutatis mutandis*, se retrouve à propos des normes européennes et internationales, pour lesquelles l'article 5 du décret, après avoir énoncé que l'AFNOR est le membre français des organisations de normalisation européenne et internationale et qu'elle peut se faire représenter par les BN, ajoute que la position française est arrêtée par un comité créé auprès de l'AFNOR, avec la participation du délégué interministériel aux normes et en concertation « *avec toutes les parties prenantes* ».

Ainsi, ceux qui ont véritablement conçu la norme et qui l'ont façonnée pour qu'elle corresponde à l'intérêt de tous sur la définition duquel ils se sont préalablement et nécessairement accordés, ce sont précisément toutes les parties intéressées à son élaboration, directement intéressées en tant que professionnels fournisseurs du bien ou du service objet de la norme ou indirectement intéressées en tant que bénéficiaires dudit bien ou dudit service. Du même coup, il ne fait aucun doute que le système de normalisation établi par le décret entre en totale cohérence avec le caractère d'intérêt général que l'article premier du décret attribue à l'activité de normalisation.

---

<sup>23</sup> Voir l'article 13, I, selon lequel, pour les BN qui ont la capacité à le faire, la convention de délégation porte également sur la conduite et l'animation, confiées à la France, des travaux d'élaboration de la norme.

<sup>24</sup> Voir en ce sens l'article 11, IV.

<sup>25</sup> À noter cependant que l'article 7 du décret indique que l'AFNOR est également destinataire des documents adressés au BN et qu'elle peut, à demande du BN ou à son initiative, participer à leurs travaux.

7) Toutefois, une ombre demeure au tableau. Le schéma retenu par le décret de 2009 reste très proche de celui qui avait été précédemment instauré par le décret abrogé du 26 janvier 1984, la différence tenant essentiellement au rôle de l'AFNOR dans l'élaboration du projet.

À cet égard, non seulement le décret de 1984 faisait de l'AFNOR le coordinateur des travaux de normalisation, mais encore, et surtout, il en faisait le coauteur, avec les BN, des projets de normes. En effet, d'une part, l'AFNOR recevait la mission de centraliser et d'examiner les projets de normes<sup>26</sup> ; d'autre part, elle assistait de plein droit à toute commission de normalisation et veillait à ce que les principales parties intéressées fussent représentées au sein des CN<sup>27</sup>. Désormais, et sauf exceptions prévues à l'article 11, IV<sup>28</sup>, pareilles tâches sont exclues des attributions de l'AFNOR.

Il faut alors s'étonner. Il n'est pas raisonnable qu'au moment où le décret proclame solennellement que la normalisation est une activité d'intérêt général, il prive l'AFNOR de la possibilité d'intervenir dans l'élaboration du projet, supprimant ainsi un potentiel défenseur du caractère d'intérêt général de la future norme. Est-il possible, dans ces conditions, de trouver dans le décret matière à réintégrer l'AFNOR dans le processus d'élaboration de la norme ?

L'article 7 lui permet de participer, à son initiative, aux travaux du BN. Mais comme le texte concerne le vote du projet de norme par l'organe délibérant du BN, il n'est pas certain qu'il autorise également l'AFNOR à intervenir en amont, lors des discussions devant la CN. Et à supposer même que l'AFNOR soit en droit de participer à la CN, elle ne sera qu'une partie intéressée parmi d'autres, alors qu'il aurait été opportun de l'ériger en gardienne de l'intérêt général.

L'article 16 qui donne à l'AFNOR le pouvoir d'homologuer les normes paraît plus efficace pour lui permettre de défendre utilement l'intérêt général, en refusant d'homologuer, c'est-à-dire de transformer en norme, un projet qui bafouerait l'intérêt général. La difficulté, c'est que le décret est muet sur la marge de manœuvre de l'AFNOR lors de l'homologation. Elle est certes compétente pour homologuer les normes, mais dispose-t-elle d'une compétence liée ou d'une compétence comportant un pouvoir d'appréciation ? On ne sait pas. D'ailleurs, la rédaction même de l'article 16 qui s'intéresse moins au pouvoir d'homologation de l'AFNOR qu'au droit du délégué interministériel aux normes de s'opposer à l'homologation, pourrait bien constituer un argument en faveur de la compétence liée : l'AFNOR serait alors tenue d'homologuer dès lors que le BN a voté le projet. Et il reviendrait alors au délégué de trancher s'il convient ou non de s'opposer à l'homologation.

8) Il reste qu'il est inquiétant de constater qu'en même que le décret affirme le caractère d'intérêt général de la normalisation, non seulement il se dispense de mettre sur pied des garanties supplémentaires pour s'assurer que la norme est respectueuse de l'intérêt général, mais encore il s'ingénie à détruire celles qui existaient par le passé.

Au fond, tout se passe comme si les auteurs du décret considéraient que la simple ouverture des CN à toutes les parties intéressées constitue une garantie suffisante pour que la norme

---

<sup>26</sup> Voir l'article 5 du décret du 26 janvier 1984.

<sup>27</sup> Voir l'article 7 du décret du 26 janvier 1984.

<sup>28</sup> Voir *supra*, n° 5 *in fine*.

respecte l'intérêt général. En d'autres termes, et conformément à l'air du temps, c'est la foire d'empoigne qui est garante de l'intérêt général. Mais encore faut-il que la foire d'empoigne ait lieu. Or, à se référer à la pratique, tel n'est pas le cas jusqu'à présent.

## **B. – L'intérêt général selon la pratique**

9) Examiner la pratique, signifie en premier lieu prendre en considération les BN. Or, il est clair que les BN sont l'émanation des organisations professionnelles.

Bien sûr, la chose n'est pas énoncée aussi crûment dans les textes. Mais, c'est le produit de l'histoire de la normalisation, produit légitime, car outre que le vieux décret du 24 mai 1941 prévoyait que les BN étaient « *constitués à la diligence et sous l'autorité des groupements professionnels...* », les BN ont été inventés à une époque où la normalisation n'était rien d'autre que la codification des savoirs professionnels.

Depuis, le visage de la normalisation a changé et, spécialement sous l'influence du droit communautaire, l'activité de normalisation tend à devenir une forme de régulation de la vie économique ; cette tendance a vocation à s'accroître avec la reconnaissance officielle du caractère d'intérêt général de la normalisation. Mais les BN sont restés.

À cet égard, il faut noter que le décret de 2009 ne dit rien de nouveau sur les BN. Comme par le passé, ils ont une compétence sectorielle et ils sont agréés par le délégué interministériel aux normes, par délégation du ministre chargé de l'industrie. Voilà qui en dit long sur le poids de l'histoire.

Les BN sont donc, par hypothèse, la voix des professionnels<sup>29</sup>. Certes, les pouvoirs publics exercent un certain contrôle sur les BN ; mais, outre que ce contrôle dépasse le cadre du présent propos<sup>30</sup>, il convient de remarquer que ce contrôle n'a pas pour objectif de déconnecter les BN de la sphère d'influence des organisations professionnelles. Cela implique que ce contrôle est, par principe, largement étranger à la question de l'intérêt général.

10) Examiner la pratique, signifie en second lieu vérifier si l'ouverture des CN à toutes les parties intéressées représente autre chose qu'un vœu pieux.

En l'occurrence, le constat de l'absence dans les CN des autres parties intéressées ne souffre aucune discussion. En témoignent les responsables des BN, conviés par l'AFNOR début 2008, à débattre sur le thème « repérage et lisibilité des normes ». Selon ces derniers, il importe d'« *identifier de façon plus précise les catégories d'acteurs directement ou indirectement concernés par une norme, de façon à les solliciter pour participer aux travaux et à l'enquête probatoire* »<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Voir dans le même sens, Anne Penneau, La réforme de la normalisation : quel « système » pour quel « intérêt public » ?, À propos du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, JCP 2009, éd. Entreprises et Affaires, 2038, spécialement n° 21.

<sup>30</sup> Voir les interventions sur le contrôle de la normalisation.

<sup>31</sup> Réunion des présidents des commissions UNM du 8 avril 2008 sur la représentativité des CN, document consultable sur le site de l'UNM.

Cependant, il faut observer qu'en l'espèce, l'absence regrettée est celles des professionnels eux-mêmes. Et si les BN déplorent l'absence des professionnels dans les CN, il est clair que la participation des autres que les professionnels est plus qu'illusoire. Plus exactement, leur présence relève de l'illusion au point que les responsables des BN ne pensent même pas à regretter leur absence !

À l'évidence, des mesures propres à remédier à pareil absentéisme s'imposent, sous peine de transformer les CN en huis clos où seules quelques grosses entreprises s'expriment. Il faut alors s'interroger sur la pertinence des remèdes proposés par le décret de 2009.

**11)** L'enquête publique prévue à l'article 15 du décret de 2009 apparaît, du moins en théorie, comme un bon outil pour corriger le défaut de participation aux travaux des CN. L'outil semble d'autant plus performant que l'enquête est désormais toujours obligatoire, ce qui n'était pas le cas sous l'empire du décret de 1984.

Pourtant, en pratique, l'efficacité de l'enquête est tout à fait douteuse. L'expérience passée montre en effet que l'enquête probatoire suscitait peu de réponses, comme le relevaient les responsables des BN, conviés par l'AFNOR en 2008 à débattre sur le thème de «la valeur de l'enquête probatoire».

Mais il y a plus grave. À supposer que l'enquête suscite de nombreuses réponses de la part des parties intéressées qui n'ont pas participé à la CN et à supposer que ces réponses critiquent la partialité du projet, que se passera-t-il alors ? Le décret de 2009 n'en souffle mot. Au moins, l'article 10 §3 du décret de 1984 prévoyait que les objections formulées étaient examinées par la CN qui en tenait compte pour l'élaboration du projet définitif et surtout, à défaut d'accord, les conflits étaient tranchés par le conseil d'administration de l'AFNOR.

Dans le silence du décret de 2009, qui va prendre en compte les critiques adressées au projet ? Vont-elles seulement être prises en compte ? Qui jugera de leur pertinence ? Qui décidera de leurs répercussions sur le projet lui-même ? On ne sait pas.

Selon toute vraisemblance, on peut présumer que l'AFNOR s'en rapportera au délégué interministériel. C'est une nouvelle fois à lui qu'il appartiendra de décider s'il convient ou non de s'opposer à l'homologation de la norme ou si, devant l'absence de consensus, il est préférable de réglementer. Et dans quel sens ? Quel beau progrès pour la défense de l'intérêt général, et au-delà pour le fonctionnement de la démocratie, si le règlement reprend purement et simplement les dispositions du projet critiqué !

**12)** Une autre mesure réside dans l'article 8 du décret de 2009. Le texte institue le comité d'audit et d'évaluation qui *«vérifie en particulier la bonne association de toutes les parties intéressées dans les travaux des bureaux de normalisation, notamment les associations de consommateurs, les syndicats représentatifs de salariés et les petites et moyennes entreprises»* .

Ainsi, l'organe de vérification a changé. Ce n'est plus l'AFNOR qui, comme sous l'empire du décret de 1984, opère le contrôle, mais le comité d'audit et d'évaluation, organe nouvellement créé, lequel contrôle également l'activité de l'AFNOR.

Apparemment, le contrôle est encore plus sérieux qu'avant. Mais l'apparence est trompeuse : le contrôle du comité est un contrôle *ex post*, car, comme son nom l'indique, le comité intervient après coup, pour porter une appréciation de ce qui a été fait. Au contraire, le contrôle de l'AFNOR pouvait intervenir *ex ante*, car elle pouvait fort bien, alors que les travaux commençaient, susciter la participation des parties intéressées absentes.

L'observateur est donc fondé à en déduire que le rôle du comité se limitera à déplorer l'absentéisme des parties intéressées autres que les grosses entreprises. C'est dire à quel point l'efficacité de la mesure est faible ; au mieux, à force de répéter les mêmes reproches, le comité obtiendra de l'AFNOR ce que, par le passé, elle faisait spontanément, à savoir solliciter la présence des autres parties dans les CN.

**13)** La dernière mesure, présentée comme la mesure phare du décret de 2009, est énoncée à l'article 14. Elle concerne la participation aux frais d'élaboration de la norme.

L'absence de participation aux travaux des CN trouve, en effet, une explication plausible dans le droit d'entrée que doivent acquitter tous ceux qui souhaitent participer à l'élaboration des normes. Ce droit d'entrée, institué par l'AFNOR, consiste à faire prendre en charge par les membres des CN leur quote-part des frais liés au fonctionnement des CN.

Le décret de 2009, s'il consacre le principe du droit d'entrée, prévoit en revanche des exonérations pour certains membres, essentiellement les petites entreprises et les non professionnels. Selon l'alinéa 1 de l'article 14, « *il peut être demandé une participation aux frais d'élaboration d'une norme aux membres des commissions de normalisation* ». Mais l'alinéa second exonère de cette participation les associations agréées de consommateurs et de protection de l'environnement, les syndicats de salariés, les PME de moins de 250 salariés *ne dépendant pas à plus de 25 % d'un groupe de plus de 250 salariés*, les établissements publics d'enseignement ou à caractère scientifique et technologique et les départements ministériels.

Dans ces conditions, on pourrait croire que l'obstacle financier à la participation des parties intéressées autres que les professionnels les plus puissants du secteur concerné par les travaux d'élaboration d'une norme, est levé. Mais, ce serait une erreur. En réalité, le financement de l'élaboration des normes continue à être un facteur aggravant de l'asymétrie dans le fonctionnement de la normalisation.

## **II. – Le financement de l'élaboration des normes, facteur aggravant de l'asymétrie**

**14)** Le financement de la normalisation reste, en dépit de l'article 14 du décret de 2009, entre les mains des professionnels (A). De cette situation découle un accroissement insidieux de l'assujettissement de la normalisation aux intérêts particuliers des professionnels (B).

### **A. - Un financement entre les mains des professionnels**

**15)** Plus que jamais, le financement de la normalisation repose sur les professionnels.

Traditionnellement, le financement des travaux de normalisation est assuré par l'AFNOR et par les BN. Mais, sauf subventions, les ressources de ces deux organismes proviennent des entreprises.

Ainsi, l'AFNOR perçoit une cotisation des entreprises et vend aux entreprises les normes achevées. De leur côté, les BN reçoivent une partie des cotisations que les syndicats professionnels auxquels ils sont adossés perçoivent auprès des entreprises adhérentes. En outre, l'AFNOR ou les BN, en tant qu'animateurs des CN, perçoivent des entreprises membres des commissions une quote-part des frais liés aux travaux des commissions : le fameux droit d'entrée.

**16)** D'emblée, on entrevoit la portée limitée de l'innovation introduite dans l'article 14 du décret.

D'abord, il n'est pas certain que les dérogations au paiement du droit d'entrée résolvent le problème du défaut de participation aux CN. Il se peut même qu'elles l'amplifient, car toutes les parties non professionnelles intéressées aux travaux de normalisation ne bénéficient pas de l'exonération. Par exemple, les collectivités territoriales qui jusqu'à présent participaient activement aux travaux de normalisation, ont demandé à être exonérées de la participation aux frais. La faveur leur ayant été refusé, les municipalités ont annoncé que dorénavant elles ne participeraient plus aux travaux des CN<sup>32</sup>.

Ensuite, à supposer que les dérogations de l'article 14 incitent des associations de consommateurs ou de protection de l'environnement à participer aux travaux des CN, il reste qu'une telle mesure ressemble à un cautère sur une jambe de bois. En réalité, la vraie question à traiter est ailleurs. Il existe en effet une grave contradiction dans le fait de décréter la normalisation « *activité d'intérêt général* », tout en lui conservant un mode de financement hérité du passé.

Pendant longtemps, la normalisation était une simple forme de codification des connaissances professionnelles. Il en résultait que non seulement l'élaboration des normes était l'affaire des professionnels, mais encore que le financement de la normalisation avait vocation à être assuré par les professionnels. Mais, à partir du moment où la normalisation devient d'intérêt général, cela signifie qu'elle devient une forme de régulation de la vie économique. Très précisément, et sous l'influence du droit communautaire, elle devient un mode de régulation destiné à remplacer les textes autoritaires, ces derniers se contentant de définir les exigences essentielles à respecter et renvoyant à la normalisation les mesures d'application. Dès lors, il devient indispensable de repenser totalement le mode de financement de la normalisation pour le rendre compatible avec sa nouvelle fonction d'intérêt général

C'est donc toute la question du financement de l'élaboration des normes que le décret aurait dû repenser pour que la normalisation devienne véritablement une activité d'intérêt général et non une activité qui concerne quelques grosses entreprises. Evidemment, tel n'a pas été le cas.

---

<sup>32</sup> Voir la lettre de l'Association des Maires de France adressée au ministre de l'Economie, consultable sur le site de [maire-info.com](http://maire-info.com).

**17)** À vrai dire, la seule véritable nouveauté du décret en matière de financement de la normalisation réside dans la rémunération de la délégation de mission que l'AFNOR doit consentir aux BN.

Selon l'article 13, II du décret, l'AFNOR rémunère le BN au titre de la participation de ce dernier à l'élaboration des normes. La disposition suscite l'étonnement : c'est bien la première fois qu'on voit un délégant rémunérer un délégataire ; habituellement, c'est plutôt le contraire ! En réalité, la logique juridique commande de disqualifier cette étrange délégation, qui s'apparente davantage à de la sous-traitance. Avec cette particularité qu'en l'espèce la sous-traitance est imposée par le décret : l'AFNOR chargée d'élaborer les normes doit, sauf exception, confier cette mission aux BN qu'elle rémunère pour cela.

Evidemment, ce curieux procédé contribue au renforcement du poids des organisations professionnelles dans l'élaboration des normes, dans la mesure où les BN sont étroitement liés aux organisations professionnelles. Ainsi, non seulement les professionnels font les normes ; mais encore, ils sont désormais payés pour cela. Et même doublement payés, puisque les BN récupèrent, par application de l'article 14 du décret, le droit d'entrée acquitté par les membres des CN au titre de leur participation aux frais d'élaboration de la norme et, par application de l'article 13, le prix de la délégation de mission versé par l'AFNOR. Bonne affaire !

Cependant, l'affaire n'est peut-être pas aussi bonne qu'il n'y paraît. Selon l'Union de la Normalisation de la Mécanique, l'AFNOR qui s'est octroyé le pouvoir de fixer unilatéralement la montant de la rémunération de la délégation de mission, ne se montre guère généreuse. Elle verse, en effet, une somme de l'ordre de 1 % des frais de la CN, soit un montant qui couvre tout juste les frais de déplacement des membres de la CN.

**18)** Reste qu'on découvre à quel point il est difficile de faire du neuf avec du vieux et à quel point la construction mise en place par le décret de 2009 est bancal. Comment sérieusement soutenir que la normalisation est devenue une activité d'intérêt général, alors que les pouvoirs publics non seulement comptent toujours sur les professionnels pour la financer, mais encore affaiblissent financièrement la seule institution qui aurait pu s'ériger en gardienne de l'intérêt général, l'AFNOR ?

L'AFNOR a toujours été financièrement dépendante des professionnels, dont elle perçoit des cotisations et auxquels elle vend des normes ou des services de certification. Or, au lieu de favoriser l'émancipation financière de l'AFNOR, le décret lui impose de rémunérer les BN, accroissant ainsi sa dépendance financière à l'égard des professionnels. Et ce n'est pas tout : la situation financière de l'AFNOR ne peut que s'aggraver. En effet, la multiplication du nombre des normes obligatoires, qui va de paire avec le caractère d'intérêt général reconnu à la normalisation en même temps qu'avec l'extension prévisible et infinie du champ de la normalisation, va provoquer la raréfaction des ressources que l'AFNOR tire de la vente des normes, puisque les normes obligatoires sont, selon l'article 17 du décret, gratuitement consultable.

Dans ces conditions, proclamer le caractère d'intérêt général de la normalisation n'est qu'une mauvaise plaisanterie, car, en l'état, il ne faut compter ni sur les professionnels, ni sur l'AFNOR pour défendre ledit intérêt général. Et, perversion ultime, même si des parties intéressées autres que les professionnels décident de participer à l'élaboration des normes, leur participation ne pèsera pas bien lourd.

## **B. – Un financement qui accroît l’assujettissement de la normalisation aux intérêts particuliers des professionnels**

19) C’est un lieu commun que d’observer que le pouvoir financier donne une position supérieure.

D’habitude, ceux qui défendent des intérêts particuliers interviennent dans l’élaboration des règles de droit par le biais du lobbying. Si, de surcroît, ils disposent d’un pouvoir financier, ils sont alors en capacité de produire des rapports d’experts acquis à leurs positions, augmentant du même coup leur force de conviction auprès des pouvoirs publics. Qui oserait résister à des arguments habilement agencés, puisant leur solidité dans le raisonnement scientifique ?

Ainsi, se font ou se défont les textes. Il s’agit d’influencer les pouvoirs publics, défenseurs de l’intérêt général, pour obtenir des règles de droit qui, sinon conviennent aux groupes de pression, du moins ne leur sont pas trop défavorables. En somme, lorsque le lobbying fonctionne, les textes sont le produit d’une sorte de corégulation, œuvre commune des pouvoirs publics et des promoteurs d’intérêts particuliers.

Avec la normalisation, une étape nouvelle est franchie. C’est véritablement une forme d’autorégulation qui s’installe, en ce sens que les pouvoirs publics confient directement à certains groupes le soin de prendre les mesures.

20) La participation des autres parties intéressées à cette autorégulation qu’est devenue la normalisation est censée restituer son caractère démocratique au processus. Mais, à supposer que les autres parties intéressées participent aux travaux d’élaboration de la norme, et on a précédemment vu que ce n’était pas gagné, un autre phénomène ne saurait manquer de se produire : celui de la participation asymétrique.

Même dispensées du versement du droit d’entrée, les associations qui voudront participer aux travaux des CN n’auront pas nécessairement les moyens financiers de se payer les services d’experts.

Or le recours à l’expert apparaît comme un préalable indispensable, chaque fois que les travaux de normalisation requièrent des connaissances pointues que les associations ne maîtrisent pas spontanément ou encore chaque fois que les associations tenteront d’instaurer un débat contradictoire avec les experts mandatés par les professionnels.

Vainement objecterait-on que les experts sont neutres, car la science ou la technique ne sauraient mentir et que ceux qui les mettent en œuvre sont au-dessus des intérêts particuliers. Ce serait oublier les quelques scandales retentissants, par exemple le lobby du tabac ou l’affaire de l’amiante, qui attestent que des experts ou des scientifiques peuvent être à la solde de certains groupes de pression ou encore manipulés par eux.

Il devient alors clair que participer sans l’assistance d’un expert aux travaux de la CN revient en réalité pour les associations à ne pas vraiment prendre part aux discussions, mais à faire de la vulgaire figuration. Dans ces conditions, ouvrir les CN aux autres parties sans se

préoccuper de leur poids financiers, face aux professionnels qui disposent de la puissance financière, revient à établir un marché de dupes.

**21)** Tout cela ne serait pas gênant si la normalisation était restée ce qu'elle était à l'origine : la codification des connaissances professionnelles. Mais, à partir du moment où elle étend son champ pour devenir un substitut à la réglementation, il y a matière à s'inquiéter.

En effet, s'il n'y a aucune objection à ce que la normalisation devienne une technique destinée à changer le droit par la pratique, en revanche il en existe une sérieuse à ce que le changement s'opère, sous couvert d'un intérêt général de façade, au profit de certains intérêts particuliers et au détriment de certains autres. Car il faut être bien naïf pour croire que les professionnels sont capables de prendre en charge les intérêts de non professionnels.

**Viviane APIED, Responsable ministériel aux normes (MEEDDM)**

Il est très difficile en tant que représentant de l'Etat d'intervenir après une telle analyse, mais ce que vous venez de dire croise beaucoup des interrogations que j'ai en tant que responsable ministériel aux normes du Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement Durable et de la Mer (MEEDDM).

Je crois que ce qui apporte le plus au débat c'est de vous expliquer ce qu'est un responsable ministériel aux normes et comment l'Etat MEEDDM intervient aujourd'hui dans la normalisation après le décret. Un responsable ministériel aux normes a un rôle ministériel (pour le champ d'action de son ministère) pour animer, coordonner la contribution de l'Etat MEEDDM à la normalisation. Le deuxième rôle est interministériel et en ce sens le responsable ministériel aux normes contribue à la tutelle exercée par l'Etat sur le système de normalisation français. C'est un autre aspect de la normalisation qui est intéressant dans la perspective du décret.

Mon expérience pratique sur l'implication d'un ministère tel le MEEDDM qui couvre aujourd'hui un champ d'action particulièrement vaste, un des plus vastes au sein de l'Etat peut être en dehors de la Défense qui a des problématiques bien particulières. Le ministère a une tradition d'implication particulièrement forte dans la normalisation et à ce titre, il représente tout à fait l'Etat comme partie intéressée. Il a plusieurs types de rôles qu'il a d'ailleurs parfois du mal à distinguer.

- D'abord il est **acheteur public**, malgré tout il reste acheteur public, maître d'ouvrage et à ce titre là il est dans la normalisation et partie prenante comme une autre. Enfin pas tout à fait parce qu'il a un poids particulier. Il faut bien dire que ce rôle dans l'Etat central diminue. L'Etat est de moins en moins acheteur public et il délègue ce rôle aux collectivités locales. L'implication des collectivités locales dans la normalisation pose problème aujourd'hui.

- Le deuxième rôle du MEEDDM dans sa façon d'intervenir dans la normalisation, c'est en tant **qu'expert**. Le ministère a encore un réseau scientifique et technique très développé. Il met donc à la disposition de la normalisation de nombreux experts. C'est une contribution humaine qui a un coût financier très important. Cette contribution en termes d'expertise peut être également interrogée parce qu'elle pose un problème de positionnement dans l'ensemble de la normalisation. Si l'Etat intervient en tant qu'expert dans les commissions de normalisation, que représente t'il ? En fait, ce qu'il représente souvent c'est à la fois l'expertise et une certaine neutralité. On peut, peut être, interroger cette notion de neutralité.
  
- Et puis, et c'est un peu la boîte de Pandore, l'Etat MEEDDM a de nombreuses préoccupations **de puissance publique** au sens traditionnel du terme : santé, sécurité, sûreté, prévention des risques des produits et des services, interopérabilité des produits et des services, fiabilité des méthodes d'essai. Ces préoccupations de puissance publique sont encore très présentes et portées par le Ministère. On assure une certaine cohérence entre les normes, une certaine complémentarité entre elles. L'intérêt général dans ces domaines s'exprime comme différent de la somme des intérêts particuliers et la présence de l'Etat MEEDDM dans ces commissions est censée garantir cela. C'est une façon d'assurer que l'intérêt général ne soit pas seulement la somme des intérêts particuliers, après il faut s'en donner les moyens ce qui est une autre affaire. Dans les préoccupations de puissance publique, il y a tout un nouveau pan qui se développe de façon accélérée : l'environnement et les services. La perception de l'intérêt général ici est moins simple. Comment le perçoit t'on ? On le perçoit traditionnellement, l'intérêt général en matière d'environnement ce n'est pas la somme des intérêts particuliers. Quand on parle de préservation du climat avec toutes ces déclinaisons, ce n'est pas la somme des intérêts particuliers et l'Etat, dans les commissions et bureaux de normalisation, doit tenir sa place pour promouvoir cet intérêt général. Évidemment il ne faut pas être naïf non plus, l'Etat par sa participation contribue à la promotion des intérêts économiques français. Il fait dans ce domaine de l'intelligence économique et l'environnement est de l'or vert.

Dernier point, l'Etat à la volonté d'agir par d'autres moyens. C'est le deuxième point du rôle de responsabilité de l'élaboration des normes. Ce second point c'est l'animation avec le ministère des finances de l'ensemble du système de normalisation français. Il y a une évolution de la conception de la participation de l'Etat à la normalisation. C'est vrai qu'il y a un désengagement de l'Etat central et il y a une réflexion sur la modernisation de la démocratie. Une certaine remise en question de la légitimité de la démocratie représentative et un souhait des différentes parties de la société de participer plus en amont à la décision et, dans notre ministère, nous sommes particulièrement porteur de l'idée de gouvernance à cinq. Le nouveau décret d'une certaine façon est une déclinaison de cette idée de gouvernance à cinq. Le nouveau décret est une déclinaison de cette idée de gouvernance à cinq. L'Etat se préoccupe du développement de la participation de nouvelles parties prenantes. Dans la réforme de la normalisation, il se préoccupe de l'accès des PME notamment mais aussi de l'accès aux normes obligatoires. Il y a de nouveaux intérêts les syndicats, les consommateurs, les ONG, les collectivités locales. De nouvelles questions non résolues se posent et elles sont légitimes, et notamment la questions du financement. C'est au cœur de questions que je me pose en ce moment en ce qui concerne les ONG. Le ministère du travail finance les syndicats pour qu'ils participent à la normalisation, il finance leur frais de déplacement. Je pose la question symétrique pour savoir si le MEEDDM ne devrait pas aider les associations à

participer à la normalisation en assurant une partie de leur financement. C'est une autre façon d'aborder les choses, comme la Commission européenne qui se pose ces mêmes questions, on doit affronter ces questions au niveau français.

## DEBATS :

### **François ROBIN, Responsable du département Développement à l'AFNOR**

#### **Sur la *soft law* :**

Au niveau mondial et européen et concernant ce que l'on appelle la *soft law*, il y a toujours eu une codification des règles, de tout temps. Les professions ont toujours été les premières à codifier des règles et l'Etat, quand il avait besoin de définir quelque chose, soit le faisait lui-même, soit se tournait vers les professions. Ce qui est nouveau c'est l'apparition de ces règles qui ne sont pas des lois qui sont définies par exemple par des centres techniques et qui permettent à leurs adhérents, à leurs membres de pratiquer une profession de la même façon, de s'entendre, de se comprendre, d'être plus efficace. Donc ce qui est nouveau ce sont donc ces documents élaborés par les professionnels. Au début du 20<sup>ème</sup> siècle les électriciens ont créés la CEI pour se mettre d'accord au niveau international sur des critères de sécurité. Ils ont compris que c'était leur intérêt en même temps qu'un intérêt général. Puis avec l'ISO, la nécessité de discuter entre professionnels est ressentie ainsi que de fabriquer des normes. C'est un mécanisme qui existe depuis très longtemps.

Ce qui est par contre totalement nouveau c'est que les formes de codification se sont révolutionnées ces vingt dernières années. Nous connaissons de plus en plus de secteurs où le pouvoir est détenu par un groupement d'intérêts, que ce soit par une entreprise seule ou par plusieurs entreprises, qui impose un standard au niveau du marché, ce que l'on peut résumer par la formule « qui tient la norme tient le marché ». Nous connaissons donc dans ces cas des milliers de lieux d'élaboration de la norme. La codification de la normalisation est ici portée par des intérêts de business, un standard d'entreprise peut s'imposer à la planète entière, conduisant à une situation de quasi-monopole, par exemple en ce qui concerne les technologies de l'information. Aujourd'hui nous sommes dans un monde où le marché est complexe, rapide, mondialisé, entraînant une mondialisation des centres de création et de codification de règles. Il existe de nombreux exemples dans lesquels quelques-uns ont défini des standards, des réglementations, par exemple les professionnels de l'agroalimentaire, standards qui finissent pas s'imposer. Ce n'est pas pour rien que le ministère de l'agriculture à demander à la normalisation de développer un contre-pouvoir en développant un standard ISO international pour essayer de contrecarrer une main mise intégrale au travers de trois référentiels qui existent sur la planète en matière de sécurité alimentaire. Donc il y a une demande de norme ISO international pour éviter de passer par deux ou trois standards mondiaux détenus par quelques mouvements avec au passage le versement de quelques royalties.

#### **Sur la normalisation et le rôle de l'Etat :**

L'Etat écrit lui-même les normes, il a toujours ce pouvoir régalien qui ne se discute pas. Soit l'Etat considère qu'il est omniscient c'est-à-dire qu'il maîtrise la technique et qu'il l'écrit lui-même (mais est-il suffisamment puissant pour appliquer ses standards, sa réglementation du

marché ? c'est une autre histoire), soit il fait appel à des documents non produits par lui, ce qu'il a toujours fait, il a alors le pouvoir de choisir, de dire oui ou non. La normalisation est une activité d'intérêt général depuis toujours et aujourd'hui cela est renforcé par le décret. Dans ce panorama des standards, il y a un enjeu capital, un enjeu d'intérêt général à voir maintenir l'activité de normalisation en concurrence, et non pas détenue par des lobbys. Il est d'intérêt général que perdure une normalisation ouverte à l'ensemble des parties, définie par des règles de procédure précises qui garantissent à chaque Etat des possibilités de contrôle et de veto. Une des richesses de la puissance de la mondialisation, c'est la notion de consensus. Toutes les parties concernées essaient d'être de se réunir autour de la table essaient de se mettre d'accord. L'Etat peut quant à lui toujours reprendre la main et il l'a déjà fait.

Fondamentalement l'activité de normalisation est aujourd'hui encore plus qu'hier une d'intérêt général et il faut clairement que l'Etat joue son rôle s'il n'est pas d'accord.

### **Ekkehard HOFMANN, membre du Centre environnemental Humholtz de Leipzig :**

Humholtz Association is the biggest one in Germany. Private norms are of enormous importance to industrial society. The role of private standard makers is very important, it is necessary. The DIN is a private association, it is the german AFNOR, founded in 1917. The main objective of the DIN is the « standardization in order to foster the 'common good' (ZyM Netzen des Allgemeinen § 1(2) DIN Satzung) ». The members are enterprises and other people. The problem is that there are unsalaried volunteers so there is a misrepresentation in terms of money and time.

The association takes into account the public interest. The private norms are no law but can become law through static referral (permissible).

The challenges of standardisation are:

- Transparency : public access to private standards vs. Income generating function of standards.
- Delegation of powers : no accountability of « standard makes » to the public. Public interest is not always sufficiently represented in the standardization process.

### **Emmanuel RAOUL, Secrétaire permanent du PUCA / DGALN / MEEDDM**

C'est peut-être en tant qu'économiste que je vais essayer de poser ma question. Les exemples de normes auxquels on peut penser sont nombreux par exemple les normes des clés usb, communication, fichier mp3. Il me semble que le fonctionnement même du point de vue de l'économie est un acteur majeur de la régulation de la norme. Ce que l'on voit sur un certain nombre de normes, j'utilise ce mot sans doute avec beaucoup moins de précision qu'un juriste, c'est qu'il y a un arbitre des élégances sur ces normes la question étant de savoir si le consommateur finalement achète des produits relevant de telle norme ou de telle autre norme. On voit d'ailleurs qu'il y a des conflits de norme à certains moments. Les vainqueurs de ce conflit sont désignés par le marché autrement dit par l'économie et donc je dirais par le mélange des fonctions d'utilités de l'ensemble de ceux qui peuvent être conduits à acheter les produits en question. Sans doute ce type de raisonnement n'est-il pas valide sur l'ensemble des types de normes. Cependant, j'aimerais que, dans les débats, cette vision soit aussi incorporée parce qu'il me semble que dans l'approche américaine ou anglo-saxonne de la norme, ceci est un élément très important. L'une des légitimations de fabriquer ce type de norme c'est finalement de dire que telle norme est acceptée, les produits l'appliquant vont être

consommés. Donc il y a une forme de légitimation. On a des exemples de normes qui ne sont pas rendues obligatoires mais qui cependant deviennent des obligations. Par exemple, les normes des crashes tests. A ma connaissance, il n'y a pas d'obligations réglementaires à respecter cette norme mais de fait les consommateurs exigent cette norme. Donc j'aimerais bien que cette dimension économique, qui encore une fois n'est peut-être pas générale mais implicite, soit prise en compte.

**Olivier GOURLAY, Président de l'Union Technique de l'Electricité (UTE):**

L'UTE a le double caractère de bureau de normalisation de l'électricité en France et de Comité Electrotechnique national, membre de la Commission Electrotechnique Internationale à Genève et Comité Européen de Normalisation, le CENELEC. L'UTE est constituée depuis plus d'un siècle par des industriels, des fédérations, des opérateurs, des testeurs, des universités donc toutes les parties prenantes concernées et qui financent la norme. Je remercie Madame Brunet pour la clarté de sa présentation. Je voudrais ajouter que le décret est, sur de nombreux aspects, inopérant, impossible à mettre en œuvre en particulier en ce qui concerne les télécommunications. C'est ici une normalisation européenne et internationale où les acteurs économiques, les entreprises, n'ont pas d'échelon de représentation, n'ont pas de comité national. Elles vont directement à l'ETSI (*European Telecommunication Standards Institute, ndlr*) en Europe et à l'UIT (Union International des Télécommunications, ndlr) au niveau international. Pour l'électricité et l'électrotechnique, les acteurs industriels français ont choisi de constituer un comité national qui les représente en Europe. Le décret français n'a aucune autorité sur des organisations internationales de droit anglais ou de droit suisse. C'est un certain nombre de difficultés qui font aujourd'hui que la mise en œuvre de ce décret est difficile. Il y a un autre aspect que je voudrais souligner c'est l'accessibilité des normes. Les télécoms par exemple ont choisit de mettre à disposition gratuitement leurs normes. Au niveau international ou européen on a accès aux normes par contre le droit d'entrée est très élevé. Si on voulait faire de même pour les autres types de normes, on serait amené à faire contribuer encore plus fortement ceux qui financent la normalisation, ce qui à mon sens accentuerait le déséquilibre et l'influence de ceux qui payent sur la normalisation technique.

**François WELLHOFF, MEEDDM**

Nous sommes dans la première partie de la journée qui est consacrée à la notion de l'intérêt général. Le sous-titre de cette journée, « des normes techniques aux normes de service en Europe », n'a pas été pour l'instant encore abordé, il est représentatif pour moi de cette contradiction sur l'intérêt général. Je crois qu'historiquement on a réussi à réguler l'intérêt général lorsque l'on était dans des normes techniques. Le grand problème, c'est l'extension de la norme du champ technique à celui des services et à ce titre au fonctionnement de la société. On a appliqué le même système de valeur de fonctionnement, qui avait fait ses preuves et que personne ne cherchait à remettre en cause. On l'a appliqué à un objet bien connu, celui des normes techniques à un objet beaucoup moins bien connu et dans lequel l'intérêt général reprend une légitimité beaucoup plus forte. Quand le DIN, qui est l'organisme vers lequel tous les regards convergent, nous dit « qui tient la norme tient le marché », ce qui est une évidence, et que nous rajoutons le proverbe bien connu en France qui dit « qui paye commande », l'un plus l'autre fait que « qui finance l'élaboration dans la norme, tient l'intérêt général ». Dans le domaine des services, cela est devenu dramatique. Je ne cherche pas à faire le procès de qui que ce soit aujourd'hui, mais je me demande comment les organismes de normalisation, qu'ils soient DIN ou AFNOR, peuvent-ils représenter l'intérêt général à partir du moment où leurs modes de financement reposent sur des intérêts privés ? Je ne veux pas

faire polémique et remettre en question la possibilité d'un droit de veto de l'Etat mais quand l'AFNOR est obligée de faire son marché, d'aborder des sujets sur lesquels elle n'aurait pas obligatoirement besoin d'être présente au nom de sa rentabilité à long terme et de l'équilibre de ses comptes, il y a ici un profond dysfonctionnement et c'est à cela que nous devons veiller.

### **Anne PENNEAU, Professeur à l'Université de Paris 13 – IRDA**

Il faut intégrer dans le débat la distinction à faire entre les activités couvertes par les autorités publiques et les activités d'ordre privé des organes de normalisation. Nous avons en France l'illustration de cette différence dans la structure même de l'AFNOR. Au sein du groupe AFNOR, il y a d'une part l'association AFNOR qui agit dans le sens d'une mission d'intérêt public, et d'autre part, des sociétés qui sont, je crois, des SAS qui ont une activité complémentaire de trouver des niches dans lesquelles on va réaliser des travaux de normalisation nationaux qui vont permettre ensuite de déboucher sur une certification qui est un marché. Ça rejoint parfaitement cette analyse qui consiste à dire qu'aujourd'hui précisément le travail de normalisation ne se fait plus tel qu'on l'entend au sens de la normalisation la plus pure, il ne se fait plus au plan national pour personne. Ça se fait à l'échelon plus bas, lui-même en voie de déperdition, à l'échelon européen et surtout à l'ISO. La question est de savoir ce que nous maîtrisons. Nous maîtrisons au plan national, à peu près. Au plan européen aussi on voit assez bien ce que c'est. A l'ISO, on ne voit plus rien. L'ISO prend aussi la structure d'une association mais dans un contexte international dans lequel il n'y a pas de règles, à part à l'OMC qui est une puissance qui s'appuie sur la normalisation. Mais l'élaboration de la normalisation internationale est mal cernée. Il y a d'ailleurs une étude à faire, approfondie, circonstanciée, avec de gros moyens, sur ce que c'est vraiment. Quand on voit que « qui tient la norme tient le marché », ce sera l'expression du jour, on se dit que quand on tient le marché mondial parce que l'on a su, par le truchement d'un organisme de normalisation, aller défendre ses intérêts il y a un problème. Ce qui aujourd'hui est souhaitable en France c'est d'une part, d'éclaircir ce processus d'élaboration de la norme au plan supra national, et d'autre part, se poser la question de savoir comment on envisage d'encadrer l'activité de l'AFNOR concernant ses activités qui ne relèvent pas de l'activité institutionnelle de normalisation là où il n'y a pas de norme européenne. Car il faut rappeler que quand il y a une norme européenne ou internationale il ne peut plus y avoir de normes nationales. En tout cas il ne peut plus y avoir de normes homologuées mais il peut y avoir autre chose. Il peut y avoir des documents, toute une production de l'AFNOR mais qui s'élabore en dehors des conditions du décret. Si l'on dit que la norme n'est pas obligatoire, on peut imaginer une sorte de déplacement du siège de la normalisation et je crois que les normalisateurs en ont conscience. Car si la normalisation est trop insatisfaisante, trop coûteuse à mettre en œuvre, il y aura d'autres groupes qui se constitueront pour faire leurs propres standards. Là dessus on a de multiples difficultés, je prends l'exemple de la signature électronique. La Commission a dit dans la directive de 1999 que les normes à prendre en considération seraient celles éventuellement d'organismes privés. Évidemment, il y a un comité de normalisation qui les filtre mais là encore on ne sait pas comment il fonctionne. Donc on est là dans une situation extrêmement paradoxale. Il ne faut donc pas s'engager dans le sens d'un développement de la normalisation qui serait exponentielle parce que lorsque l'on maîtrise déjà si mal cette normalisation technique, on se lance dans une aventure extrêmement dangereuse à aller beaucoup plus loin.

### **Danielle KOPLEWICZ, Bureau de normalisation de la mécanique, BNM**

Le BNM est plus récent que celui de l'électricité c'est-à-dire le début du 20es et non fin du 19es. Cela étant nous travaillons sur des normes techniques et je partage un peu les analyses qui ont été faites ici. Nous, BNM, qui sommes englobés dans l'organisation générale de normalisation européenne et internationale et qui ne sommes pas dans une filière spécifique, nous disons souvent à nos collègues de l'AFNOR, du CEN et de l'ISO, de faire attention à ne pas transposer des modèles qui marchent bien pour faire des normes techniques qui visent à des échanges de produits à des normes sur des problématiques qui relèvent plus de l'intérêt général. L'ISO lui-même a bien été obligé de modifier ses règles pour travailler sur ces sujets-là. Cette modification a été difficile et pas forcément optimale. Cela montre les limites de l'exercice. Nous n'irons pas, nous mécaniciens, jusqu'à s'interroger sur la question de savoir si la normalisation est pertinente sur ces sujets. Ce serait trop prétentieux. Par contre on peut s'interroger sur l'outil mis en place pour faire des normes techniques voir certains services techniques, celui-ci marche t-il toujours quand on va sur des problématiques qui relèvent plus de l'intérêt général. Je me permets de faire une autre réflexion sur les réglementations nouvelle approche. Je pense que ces réglementations, sauf peut-être la directive produit de la construction mais qui est très atypique dans le panorama de la réglementation nouvelle approche, fixent des principes mais aussi des exigences techniques détaillées et ne donnent pas toute latitude aux normalisateurs et experts dans les commissions de normalisation de se fixer des règles que d'aucun pourrait considérer comme laxistes puisqu'il faut de toute façon que ces règles répondent aux exigences essentielles. Ces exigences essentielles sont pour moi du niveau d'un décret. Si je compare la directive machine au dispositif qu'il y avait avant avec la loi de 1976, le décret de 1980 et ses arrêtés d'application, je dirais que la directive machine est du niveau du décret et que les normes sont du niveau des arrêtés. Ce qui a changé c'est que le niveau des arrêtés est négocié avec le milieu professionnel ce qui facilite d'ailleurs les évolutions techniques.

**Fabienne PERALDI LENEUF, Professeur de droit public à l'Université Lille - Nord de France**

J'aimerais juste apporter quelques précisions sur les normes de services et la question du rapport entre législation et réglementation en droit européen.

En ce qui concerne les normes de services, je me suis posé la question de savoir si la notion de service qui est approchée par la normalisation était la même que celle que l'on connaît traditionnellement dans la réglementation. Il se trouve, qu'après examen des textes et des différents mandats qui sont confiés aux organismes de normalisation pour établir des programmations en matière de normalisation de services, que l'on s'aperçoit qu'elle est beaucoup plus large et englobe des notions assez nouvelles qui ne sont pas celles que l'on retrouve traditionnellement en droit c'est-à-dire de l'utilisateur simplement, mais fait référence à des notions de besoins de l'utilisateur, d'attentes de l'utilisateur. C'est en fonction de ces besoins et de ces attentes de l'utilisateur que les organismes européens de normalisation vont avoir pour mission de réfléchir à cette normalisation de services. Ce sont des concepts assez nouveaux, assez précis, et l'idée c'est de les commenter au regard de ce l'on connaît de notions distinctes.

J'aborderai un cas de normalisation dans le domaine des services très intéressant, en matière sanitaire, et notamment de normalisation des soins aux personnes âgées, normalisation qui fait l'objet de normes AFNOR et d'un certain nombre de chartes et de guides qui vont très loin dans l'appréhension des comportements des entités qui s'occupent de ces personnes. Ils définissent même des normes de comportement général, ainsi que des droits de la personne

dans le cadre de soins à domicile ou en institution. On est dans un domaine qui empiète dans le domaine de la loi, de l'intérêt général.

En ce qui concerne l'OMC, je me suis demandé si l'OMC pouvait utiliser la normalisation des services comme acteur de libéralisation. Il semble qu'elle le fait pour les produits, puisque les accords OMC et en particulier l'accord OTC (Obstacles Techniques au Commerce) renvoie aux normes ISO et recommande de fortement l'utilisation de ces normes. Cette recommandation est tellement forte que les fabricants ou les membres qui contesteraient l'utilisation de la norme ISO ont beaucoup de difficultés à apporter la preuve contraire à une démarche de normalisation. Je me suis demandé si on allait transposer ce système aux services. De mon point de vue, il me semble qu'on en prend tout à fait le chemin. Par conséquent, le renvoi par les accords OTC et l'accord sur les services de l'OMC aux normes internationales ISO font que ces normes sont *de facto* obligatoires, car il est très difficile d'apporter la démonstration qu'elles ne suffisent pas finalement à l'appui des systèmes nationaux, des réglementations nationales.

Et enfin en ce qui concerne le rapport entre législation et réglementation, il se trouve que le traité de Lisbonne ancre une nouvelle procédure dans le droit communautaire, la procédure de réglementation avec contrôle. Cette procédure permet à la Commission d'adopter des règlements au sens français du terme, c'est-à-dire des actes administratifs qui complètent la loi (la directive cadre) dans les éléments non essentiels de la loi. Cela permettrait en matière de normalisation d'adopter une directive cadre législative et de confier à la Commission la mission d'adopter des règles d'application qui interviendraient pour compléter cette directive cadre. Tout ceci est encadré par un comité (on fait référence à la Comitologie) sous le contrôle du Parlement Européen, car étant dans des éléments non essentiels de la loi le Parlement a souhaité avoir une influence dans le fonctionnement de cette Commission, et finalement nous aboutissons exactement au même cas de figure dont vous parliez, c'est-à-dire un texte de base législatif et des règles d'application soutenues par la Commission. A mon avis, le problème démocratique que cela peut poser, c'est que la Commission européenne est à l'origine des aspects législatifs (notamment en matière de normalisation), donc à l'origine de la définition des exigences essentielles, mais c'est elle aussi qui sera à l'origine des règlements d'application, et donc finalement elle est détentrice d'un pouvoir important, à la fois législatif et exécutif, en matière de normalisation. Il sera intéressant de voir si dans l'avenir le Parlement européen opérera un contrôle en tant que législateur de cette appropriation par la Commission européenne de ces aspects à la fois législatifs et réglementaires.

### **Andrée BRUNET, Professeur de droit privé à l'Université PARIS-DAUPHINE**

Je remarque qu'un consensus se dégage : nous sommes à peu près tous d'accord pour dire que la normalisation du produit n'est pas en cause car c'est un outil qui a fonctionné et qui fonctionne encore. Il n'est pas question de lancer une quelconque charge contre le système de normalisation des produits qui a fait ses preuves. Simplement, si maintenant on considère qu'il faut aller faire des marchés sur des services, c'est une autre question. Si par le biais de la normalisation le contenu même des obligations des professionnels de ces services va être défini par là même, c'est un autre problème.

**François ROBIN, Responsable du département Développement à l'AFNOR**

Concernant les services, je pense qu'on est sur la même mode de raisonnement que pour les produits. La question est de savoir s'il est normal ou pas que ceci rentre ou non dans la sphère de la normalisation ou dans la sphère de la réglementation. Les personnes des organismes de contrôle tels que Veritas qui viennent voir la normalisation, pour définir ce que l'on entend par une mission de diagnostic technique, parce que sur le marché les prix sont tels qu'ils ne sont plus capables d'engager leur responsabilité en matière de contrôle technique quand ils font leurs prestations, parce que les prix sont trop bas ils ne sont pas capable d'aligner le nombre de jours qu'il faut, les entreprises de certification se sont mises d'accord sur un minima. Soit l'Etat leur donne la réponse, compte tenu des risques en matière d'intérêt public, d'intérêt général, et les inclut dans sa réglementation. En l'occurrence l'Etat n'a pas pris cette voie et les acteurs ont demandé à ce que leur compétence soit perçue. Quand le MEDEM nous demande avec les professionnels de la dépollution des sols, de définir une norme de services sur qu'est ce qu'on entend par un service de dépollution des sols, et qu'il y a de sérieux soucis notamment sur la sécurité du travail car quand vous envoyez quelqu'un au fond d'un trou et qu'il y a eu de la pollution il y a des fois où les personnes ne peuvent pas remonter toutes seules, etc., c'est de la prestation de services. Donc les professionnels de la prestation de services disent, nous, nous sommes des professionnels, quand on répond à un appel d'offres on contracte des jours, on a des bureaux d'études, etc., il y a un problème de distorsion de concurrence et on veut en discuter. Le terme de règlement, qui est plus services aux consommateurs, car je vois qu'il y a le représentant de Léo Lagrange au sein de la salle. Donc le consommateur qui commande des séjours linguistiques pour les enfants, parce que quand vous envoyez votre enfant à l'étranger et que vous le remettez entre les mains d'une société d'organisation de séjours linguistiques, il faut fixer des limites, pour les produits comme pour les services, et la puissance publique pour faire rentrer dans la loi ce qui doit rentrer dans la loi.

**b) « LA NORMALISATION, UNE ACTIVITE EN PRINCIPE NON OBLIGATOIRE »,**

**Hélène Aubry**  
**Professeur à l'Université Paris 13-Villetaneuse.**

L'article 1<sup>er</sup> du décret du 16 juin 2009 relatif à la normalisation<sup>33</sup>, énonce que : «La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations ». Ainsi, une des caractéristiques de la normalisation est d'être élaborée « par toutes les parties intéressées ». Elle n'émane pas d'une autorité étatique supérieure, mais de ceux qui ont un intérêt à son adoption. Par ailleurs, l'article 17 alinéa 1 du décret précise que « les normes sont d'application volontaire ». Ces deux caractères de la norme technique – élaboration par les parties intéressées et absence de force obligatoire – justifie de la considérer comme de la *soft law* ou, pour retenir une expression française du « droit souple »<sup>34</sup>.

Le droit souple est apparu en droit international public<sup>35</sup>. La construction de l'Union européenne a également nécessité de recourir à la *soft law*. Celle-ci est souvent une étape dans le processus d'harmonisation du droit entre les Etats membres<sup>36</sup>. En France, le développement de la *soft law* est souvent justifié ou expliqué par la dégradation de la loi. L'utilisation de la loi à des fins politiques et médiatiques<sup>37</sup> a pour conséquence un changement profond de sa nature : « ce n'est plus la proclamation d'une règle générale et permanente, c'est un procédé de gouvernement ou de gestion, une sorte de note de service à réitérer et à adapter sans répit »<sup>38</sup>. Les lois sont, dit-on<sup>39</sup>, pléthoriques et de médiocre qualité. Par ailleurs, en pratique, la mise en œuvre de nombreuses lois nécessite qu'un

<sup>33</sup> Décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *J.O.* 17 juin.

<sup>34</sup> V. Le droit souple, *Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009 ; C. THIBIERGE, Le droit souple, *Réflexion sur les textures du droit*, *RTDCiv.* 2003, p.599.

<sup>35</sup> C. THIBIERGE, Le droit souple, *Réflexions sur la texture du droit*, art. préc., spéc. p.599.

<sup>36</sup> Il est, par exemple, affirmé dans une Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen que « les instruments qui offrent une approche alternative de la législation, tels que la corégulation et l'autorégulation, doivent compter parmi les options à évaluer », Communication « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne, *Doc. COM (2005) 97 final*, spéc. p.14. V. toutefois sur les limites du recours à la *soft law* en droit communautaire, le projet de rapport du Parlement européen sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (*soft law*) du 15.03.2007, 2007/2028 (INI)

<sup>37</sup> Voir un rapport du Conseil d'Etat qui dénonce l'empilement des lois, *Etudes et documents du Conseil d'Etat. Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, Doc. fr., 2006.

<sup>38</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p.109.

<sup>39</sup> En réaction à cette tendance, le Sénat, en partenariat avec le Centre d'Etudes constitutionnelles et politiques de l'Université de Paris II, a organisé le 25 mai 2004 au Palais du Luxembourg un colloque intitulé « Vive la loi ! ». Les actes du colloque ont été publiés sur le site du Sénat : [www.senat.fr/colloques/vive\\_la\\_loi/vive\\_la\\_loi.html](http://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi.html).

règlement d'application soit adopté. Or, fréquemment, la carence ou le retard du gouvernement dans la publication des décrets paralyse la force obligatoire du texte législatif. L'évolution statistique des indicateurs relatifs à l'application des lois<sup>40</sup> laisse craindre « une fracture réglementaire »<sup>41</sup> entre le vote de la loi et son application. Sur un plan pratique, cette situation entraîne une ineffectivité de la loi. Même s'il y a lieu d'être prudent, ce constat invite à ouvrir à d'autres organes la possibilité de rédiger des dispositions normatives. La définition de la normalisation s'est ainsi considérablement élargie entre le décret du 26 janvier 1984<sup>42</sup> et celui de 2009. En 1984, elle visait uniquement « les documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans des relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux ». Aujourd'hui entrent dans le champ d'application de la normalisation les « documents de référence (...) portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations ».

Ainsi, l'Etat français semble aujourd'hui vouloir laisser une place plus grande à des règles relevant de la *soft law*, moins sujettes aux phénomènes d'ineffectivité. Ces normes émanant des milieux concernés, leur application est en effet certainement plus effective<sup>43</sup>. Il y a également lieu de penser qu'elles sont mieux acceptées par les professionnels.

Si l'on reconnaît que des normes élaborées par des acteurs privés peuvent prendre place dans le système normatif, on ne se situe plus dans le cadre du positivisme étatique, pour lequel le droit doit nécessairement émaner de l'Etat, mais on se rapproche du modèle du pluralisme juridique<sup>44</sup>, c'est-à-dire d'un système dans lequel la règle de droit peut émaner de différents groupes sociaux qui n'entretiennent pas nécessairement de rapport hiérarchique entre eux. Outre la question de la légitimité du groupe qui est à l'origine de la règle de droit, se pose alors différentes interrogations relatives à l'articulation entre les règles de droit.

Concernant l'articulation entre la loi et la normalisation, on peut dès à présent relever deux éléments. D'une part, la normalisation et son mode d'élaboration émanent formellement de la loi, au sens matériel du terme<sup>45</sup>, puisqu'elle est prévue par le décret du 16 juin 2009. D'autre part, comme le précise l'article 17 alinéa 2 de ce décret, « les normes peuvent devenir obligatoire par arrêté ». Néanmoins, la cohésion et l'efficacité du système juridique à motiver la création de différents liens entre la norme technique et les autres textes normatifs. C'est ainsi que les renvois de la loi à la norme technique sont nombreux. Et surtout, les autorités communautaires recourent à la présomption de conformité. Plus précisément, pour qu'un produit ou un service soit présumé conforme aux exigences essentielles imposées par un texte, il doit respecter une norme technique. Ces liens qui se tissent entre la norme technique et la loi conduisent, de fait, à conférer à la norme technique un caractère quasi-obligatoire.

---

<sup>40</sup> Dans le cadre de son activité de suivi des textes, la Commission des affaires économiques du Sénat dresse, chaque année, le bilan réglementaire de son activité législative. De plus, par une loi du 14 juin 1996, a été créé un Office parlementaire d'évaluation de la législation.

<sup>41</sup> G. LARCHER, Du vote de la loi à son application : vers une fracture réglementaire ?, *Droit administratif*, février 2004, p.5.

<sup>42</sup> Décret n°84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation, *JO* du 1<sup>er</sup> fév.

<sup>43</sup> Est ici visée ce que le Doyen CARBONNIER a nommé « l'effectivité individuelle », c'est-à-dire l'accomplissement de la règle par l'individu. *Flexible droit*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> édition, 1995, p.142.

<sup>44</sup> Sur le pluralisme juridique, voir *Le pluralisme*, A.P.D., tome 49, Dalloz, 2006. En particulier, D. TERRE, *Le pluralisme et le droit*, p.69.

<sup>45</sup> C'est-à-dire « toute règle de droit écrite, formulée par un organe étatique compétent dans l'exercice du pouvoir législatif ou exécutif », J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 1994, n°244, p.206.

Au-delà des liens qu'elle entretient avec les autres normes, la portée d'une règle dépend en grande partie de sa prise en considération par la jurisprudence. Par exemple, la violation d'une norme technique justifie-t-elle à elle seule la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel ? La norme technique, même d'application volontaire, est-elle prise en considération pour apprécier le comportement du professionnel ?

Alors que le législateur n'hésite pas à investir la norme technique d'une force obligatoire de fait, notamment avec la notion de présomption de conformité, la jurisprudence semble plus prudente pour reconnaître à la norme technique d'application volontaire une réelle portée. Ainsi, l'analyse de la force obligatoire réelle de la norme technique peut être faite en distinguant, d'une part, la norme technique et le système normatif et, d'autre part, la norme technique et le contentieux judiciaire.

## **I / La norme technique et le système normatif**

La norme technique n'est pas, en principe, revêtue d'un effet obligatoire. En vertu de cette caractéristique elle participe à la place grandissante de la *soft law* dans les systèmes juridiques français, européen et international (A). Néanmoins, situer une norme dans le cadre d'un pluralisme juridique oblige à s'interroger sur l'articulation entre cette norme et les autres sources du droit. On s'aperçoit alors que les liens qui peuvent exister entre la norme technique et d'autres sources du droit, telle la loi, conduisent souvent à lui conférer, en droit ou en fait, une force contraignante (B).

### **A / La norme technique au sein du système normatif : une norme qui relève de la *soft law*.**

Aux termes de l'article 17 du décret du 16 juin 2009<sup>46</sup>, « les normes sont d'application volontaire ». Il n'en est autrement que si elles sont rendues obligatoires par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés. De par cette caractéristique, les normes techniques rejoignent d'autres textes adoptés par certains acteurs économiques, tels les codes de déontologie ou les chartes d'éthique. Elles participent à l'autorégulation ou à la corégulation des pratiques.

Le développement des normes techniques en France, en Europe et dans le monde se justifie généralement parce que le recours à la norme technique est efficient. D'origine économique, la notion d'efficience permet de comparer « les alternatives qui produisent le meilleur résultat pour une allocation de ressources données »<sup>47</sup>. Rechercher si les normes techniques sont efficientes nécessite de « vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints au meilleur coût »<sup>48</sup>. A cette fin, on peut s'appuyer sur une recherche britannique relative au choix du type de normes encadrant une activité<sup>49</sup>. En 1998, un groupe de travail indépendant, placé auprès du Premier ministre et chargé de conseiller le gouvernement britannique sur la manière d'améliorer sa production normative, a cherché à

---

<sup>46</sup> Décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *J.O.* 17 juin.

<sup>47</sup> H.A. SIMON, *Administration et processus de décision*, Economica, 1998, p.160.

<sup>48</sup> Pour F. RANGEON, qui s'intéresse à l'efficacité du droit et distingue cette notion d'autres concepts qui lui sont proches, « l'efficience consiste à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints au meilleur coût », *Réflexions sur l'efficacité du droit in Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p.127, spéc. p.127.

<sup>49</sup> Voir également une étude similaire menée au Canada et publiée en 2002. Cette étude, intitulée « la capacité du gouvernement à produire des réglementations de qualité » a été publiée sur le site de l'OCDE : <http://www.oecd.org/dataoecd/48/38/2766135.pdf>.

définir ce qu'était une « bonne réglementation »<sup>50</sup>. Ce groupe, nommé la « *Better Regulation Task Force* »<sup>51</sup>, a dégagé et défini les « principes de bonne réglementation » (*Principles of Good Regulation*). Puis, en juillet 2000, la *Task Force* a rendu public un rapport intitulé « *Alternatives to State Regulation* » qui, d'une part, passe en revue les différentes façons d'assurer la régulation d'activités et de secteurs économiques et, d'autre part, évalue ces diverses modalités d'intervention au regard des principes de bonne réglementation précédemment définis. L'attachement de la « *Better Regulation Task Force* » aux « principes de bonne réglementation » la conduise à préférer la *soft law* à la réglementation étatique. Ces principes permettent également d'évaluer l'opportunité et la qualité d'une norme relevant de la *soft law*. On peut donc apprécier la normalisation, telle qu'elle existe en France, au regard de ces principes, qui sont au nombre de cinq : le ciblage, la cohérence, la proportionnalité, la responsabilité et la transparence.

La réglementation doit remplir le critère du « ciblage », c'est-à-dire qu'elle doit viser exactement les problèmes identifiés, ni plus ni moins. Aux termes de l'article 6 du décret de 2009, il revient à l'AFNor d'identifier, « sur la base des besoins recensés auprès des partenaires économiques et sociaux et des contributions des bureaux de normalisation, les normes à élaborer en France ». Les liens étroits que l'AFNor entretient avec les utilisateurs de la norme devraient rendre cette tâche relativement aisée.

La « cohérence » doit également être prise en considération dans l'évaluation de la réglementation. La *Better regulation Task Force* s'attache plus particulièrement à la cohérence des réglementations nouvelles et existantes. Or, il est certainement plus facile pour les organismes de normalisation que pour le législateur de vérifier la cohérence de la réglementation nouvelle avec l'ancienne. En effet, les professionnels qui, dans les faits, sont ceux qui participent le plus à l'élaboration de la norme technique, sont également ceux qui la connaissent la mieux puisqu'ils l'appliquent.

En posant le principe de « proportionnalité », la *Task Force* considère que les interventions de l'Etat ne doivent être décidées qu'en l'absence d'alternatives non étatiques satisfaisantes. Ce critère exprime clairement une faveur pour la réglementation d'origine privée et une méfiance vis-à-vis de l'Etat pourtant peut-être le plus à même de garantir le respect de l'intérêt général<sup>52</sup>. En confiant la normalisation à des organismes, tels l'AFNor, le CEN<sup>53</sup>, l'ISO<sup>54</sup> ou la CEI<sup>55</sup>, les Etats n'interviennent pas directement en matière de normalisation. Cela ne signifie toutefois pas qu'ils ne jouent aucun rôle en la matière. Par exemple, l'article 10 du décret de 2009 prévoit que "le délégué interministériel aux normes exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès de l'AFNor". Par ailleurs, dans les faits, des contrats portant sur des objectifs de normalisation sont négociés entre l'AFNor et certains ministères<sup>56</sup>. Néanmoins, en vertu d'une délégation de l'AFNor<sup>57</sup>, la normalisation

---

<sup>50</sup> Sur le travail de ce groupe, voir E. LULIN, *Voluntary regulation : la règle privée face à la loi*, *Societal*, n°36, 2<sup>ème</sup> semestre 2002, p.9.

<sup>51</sup> Les travaux de la « *Better regulation Task Force* » ont été publiés sur [http://www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/economic\\_analysis/index.asp](http://www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/economic_analysis/index.asp).

<sup>52</sup> On sait toutefois que l'Etat éprouve des difficultés à assumer un arbitrage impartial et objectif au milieu de la variété des intérêts particuliers contradictoires. Sur ce constat, voir J. COMAILLE qui relève que, faute d'une vision politique globale, le pouvoir est « *obligé de suivre l'actualité – comme un chef d'entreprise les tendances quotidiennes de ses marchés* » in *L'esprit sociologique des lois*, Perrin, 1994, p.235.

<sup>53</sup> Comité européen de normalisation

<sup>54</sup> Organisation internationale de normalisation

<sup>55</sup> Commission électrotechnique internationale

<sup>56</sup> Sur ce point, voir A. PENNEAU et D. VOINOT qui font référence au contrat d'objectifs 1997-2000 signés entre l'AFNor et le ministre de l'industrie, de la poste et des télécommunications, le ministre de l'équipement, du

est élaborée au sein des bureaux de normalisation où sont essentiellement présents et actifs des associations de professionnels.

En vertu du principe de responsabilité, le régulateur doit être responsable devant le Gouvernement, le Parlement et les citoyens. Le décret du 16 juin 2009 encadre l'activité de l'AFNOR et prévoit des contrôles de son activité. On pense au contrôle exercé par le délégué interministériel aux normes<sup>58</sup> ou à celui du comité d'audit et d'évaluation<sup>59</sup>. Mais on ne trouve pas dans le décret de dispositions relatives à la responsabilité de l'AFNOR. Toutefois, la responsabilité civile des organismes de normalisation dans l'exercice de leurs missions existe par principe. En effet, l'obligation pour celui qui cause un dommage par sa faute de le réparer appartient aujourd'hui au bloc de constitutionnalité<sup>60</sup>. Il n'existe pas de dérogation légale à ce principe et la jurisprudence ne saurait en créer<sup>61</sup>. Puisque l'AFNOR exerce des prérogatives de puissance publique, ce sont les juridictions administratives qui seront compétentes pour se prononcer sur sa responsabilité<sup>62</sup>. Mais, la mise en œuvre de cette responsabilité, par exemple en présence d'une norme défectueuse, risque de se heurter à certaines difficultés. Parmi celles-ci, on peut relever la difficulté à apporter la preuve du lien de causalité entre la norme défectueuse et le dommage<sup>63</sup>.

Pour répondre au principe de transparence, les textes normatifs doivent être accessibles et leur procédure d'élaboration ouverte à la consultation et à la participation du public. L'élaboration de la norme technique respecte apparemment ce principe. Il est par exemple précisé dans l'annexe 3 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce élaboré au sein de l'OMC que toutes parties intéressées doit pouvoir prendre connaissance des travaux en cours et des projets de textes<sup>64</sup>. De même l'AFNOR doit faire figurer sur son site internet les normes en voie d'homologation pendant l'enquête publique qui précède cette homologation, afin de permettre à toutes les parties intéressées de faire valoir leurs observations<sup>65</sup>. Le processus ainsi mis en place garantit la consultation des parties intéressées. Mais, une distinction doit être faite entre la consultation des parties intéressées et leur participation effective au processus de normalisation. On sait, en effet, que, en pratique, en raison d'un manque de moyens, il est parfois difficile aux associations ou aux syndicats de participer pleinement à l'élaboration de la norme. Cette réalité semble avoir été prise en considération dans le décret du 16 juin 2009. Il est en effet précisé à l'article 1 de ce texte que la normalisation « est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées ». Le délégué interministériel peut suspendre ou retirer l'agrément à un bureau de normalisation qui ne

---

logement, des transports et du tourisme, le ministre du travail et des affaires sociales, le ministre de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation, et le ministre délégué du budget porte-parole du gouvernement, Jcl. Normalisation, *Jcl. Concurrence-consommation*, fasc. 870, 2001 n°12.

<sup>57</sup> Art. 11 du décret n°2009-697, *préc.*

<sup>58</sup> Art. 10 et 11 D. n°2009-696, *préc.*

<sup>59</sup> Art. 8. D.

<sup>60</sup> Cons. Const., 22 oct. 1982, D. 1983. 189, note F. LUCHAIRE ; 9 nov. 1999, JCP 2000, I, 280, obs. G. VINEY, 210, chron. N. MOLFESSIS

<sup>61</sup> A. PENNEAU, Réflexions sur la certification NF en écho des tribulations judiciaires d'un consommateur, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 oct. 2007, D. 2008. 259, spéc. 260.

<sup>62</sup> Sur ce point, A. PENNEAU et D. VOINOT, Normalisation, *Jcl. Concurrence-consommation*, fasc. 870, 2001

<sup>63</sup> Sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat en présence d'une norme défectueuse, V. A. BRUNET et F. PERALDI-LENEUF, Les recours juridictionnels des utilisateurs en cas de normes défectueuses, *P.A.*, 11 fév. 1998, p.39, spéc. p.44 et s.

<sup>64</sup> Points J et M de l'annexe 3.

<sup>65</sup> Art. 15 D. n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *préc.*

respecterait pas ses obligations<sup>66</sup>. Il est également mentionné à l'article 14 du décret que les associations de consommateurs et les associations de protection de l'environnement ne peuvent être sollicitées pour participer aux frais d'élaboration de la norme. Enfin, un comité d'audit et d'évaluation chargé d'évaluer l'activité des bureaux de normalisation doit vérifier « la bonne association de toutes les parties intéressées dans les travaux de normalisation, notamment les associations de consommateurs, les syndicats représentatifs des salariés et les petites et moyennes entreprises »<sup>67</sup>. Ces précisions textuelles sont-elles suffisantes pour assurer une participation effective de toutes les parties intéressées au processus de normalisation ? On peut en douter. Cela dépendra en grande partie de l'attitude du délégué interministériel aux normes. Il est le seul à pouvoir éventuellement interrompre un processus d'élaboration d'une norme en cours. Il peut le faire « lorsque le bureau de normalisation ne respecte pas ses obligations »<sup>68</sup>. Même si le texte n'apporte pas de précisions, on peut penser que, parmi les obligations du bureau de normalisation, figure celle d'associer toutes les parties intéressées à l'élaboration de la norme. En effet, l'article 13 II du décret précise que « les normes nationales sont élaborées par les bureaux de normalisation (...) avec le concours de commissions de normalisation regroupant toutes les parties intéressées qui souhaitent participer à cette élaboration ». Il n'est toutefois pas certain que ces garanties juridiques puissent corriger le fait que, en pratique, les normes sont élaborées par des organisations professionnelles qui travaillent en collaboration avec les entreprises intéressées<sup>69</sup>. S'il n'existe pas un équilibre des moyens financiers, logistiques et scientifiques entre les producteurs et les utilisateurs de produits ou services, la norme technique continuera certainement à être conçue presque uniquement par les professionnels.

En définitive, la norme technique, telle qu'elle est élaborée en droit français, répond, au moins en théorie aux critères d'une « bonne régulation ». Le principal reproche qui peut lui être fait est le déficit démocratique qui est souvent observé en pratique. Mais ce reproche se justifie essentiellement dans l'hypothèse où la norme technique est d'application obligatoire. Or on sait que le recours à la norme technique est en principe facultatif. Toutefois, l'étude des liens unissant les normes techniques à la règle juridique conduit à constater que la normalisation est fréquemment investie d'une autorité de fait.

### **B / La norme technique en lien avec le système normatif : une norme susceptible d'acquérir une force contraignante.**

Avec le développement du droit souple, le droit n'est plus un droit venant d'en haut qui acquiert sa légitimité de l'autorité qui l'édicte, mais un droit émanant de différents groupes sociaux. Si l'on reconnaît que différents groupes d'individus peuvent être à l'origine de normes, on entre dans le pluralisme juridique. L'ordre juridique répond alors davantage au modèle du réseau qu'à celui de la pyramide<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Article 11. III D. n°2009-697.

<sup>67</sup> Article 8 D. n°2009-697

<sup>68</sup> Article 11 III D. n°2009-697.

<sup>69</sup> Sur ce constat, A. PENNEAU, Sécurité des personnes : réglementation ou normalisation ? Quelles évolutions, quelles limites ? in *Etudes offertes à G. VINEY*, LGDJ, 2008, p.763, spéc. p.772.

<sup>70</sup> F. OST, Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information in *Les transformations de la régulation juridique* sous la direction de J. CLAM et G. MARTIN, LGDJ, 1998, p.423, spéc. p.429.

Dans un système pyramidal, selon un principe hiérarchique, chaque norme tire sa validité d'une norme supérieure<sup>71</sup>. En revanche, dans un ordre juridique où existe le pluralisme, la cohésion entre les normes semble moins évidente. Pourtant, quelque soit la définition proposée de l'ordre juridique, la cohésion normative « apparaît comme la caractéristique première et fondamentale de tout système organisé »<sup>72</sup>. Cette cohésion nécessite « l'établissement d'inter-relations entre les normes juridiques qui n'évoluent plus de manière autonome mais sont placées en situation d'interdépendance »<sup>73</sup>. Romano, auteur de référence en matière de pluralisme juridique, considère qu'il peut exister plusieurs institutions créatrices de droit au sein d'un ordre juridique qui n'entretiennent pas nécessairement des rapports de hiérarchie entre elles. Pour lui, le concept d'ordre juridique est synonyme d'institution : « toute ordre juridique est une institution et inversement toute institution est un ordre juridique »<sup>74</sup>. Par exemple, un ordre professionnel, une association ou une administration peuvent être qualifiés d'institution et donc d'ordre juridique. Cet auteur explique que la cohésion entre ces différents ordres est assurée grâce à un procédé de « relevance ». Un ordre est « relevant » pour un autre lorsque l'ordre lui-même et son contenu sont reconnus en tant que tels par l'ordre juridique qui le relève.

Dans un système normatif de tradition légaliste, comme le système français, le législateur joue un rôle essentiel en matière de relevance. Concernant la relevance des normes techniques, on observe deux procédés principaux et proches de relevance : le renvoi à la norme technique et la présomption de conformité à la norme juridique lorsque la norme technique a été appliquée. On observe que le recours à ces procédés porte atteinte au caractère facultatif de la norme technique, qui, de fait, acquiert un caractère quasi-obligatoire.

Le renvoi est une méthode d'ordonnement classique pour articuler deux corps de règles. C'est un procédé qui assure la cohésion et la cohérence d'un système normatif. Il est donc significatif, au regard de l'intégration des normes techniques dans l'ordre juridique, d'observer que la loi renvoie fréquemment à ce corps de règles. Formellement les figures du renvoi qui expriment le procédé sont multiples<sup>75</sup> ; le lien institué entre la loi et les normes techniques est donc d'intensité variable. Plus précisément, le renvoi à la norme technique peut prendre trois formes. Il peut s'agir d'une « référence rigide », « d'une référence glissante » ou d'une « référence ouverte »<sup>76</sup>. On est en présence d'une « référence rigide » lorsque la norme et ses caractéristiques sont directement incorporées dans la réglementation. Ce procédé présente l'inconvénient de rendre difficile l'évolution de la norme. La référence à la norme

---

<sup>71</sup> Ce modèle est celui de la théorie « normativiste ». H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> éd. 1960, trad. Ch. EISENMANN, Dalloz 1962.

<sup>72</sup> J. CHEVALIER, L'ordre juridique in *Le droit en procès*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1984, p.7, spéc. p.14.

<sup>73</sup> J. CHEVALIER, L'ordre juridique, *art. préc.*, p.14.

<sup>74</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 1918, § 10, p.19. L'édition française a été traduite par L. FRANCOIS et P. GOTHOT et publiée aux éditions Dalloz avec une préface de P. MAYER, 2002. La théorie de Romano permet de prendre pleinement en compte les phénomènes de pluralisme juridique. Selon cet auteur, « la définition du droit ne coïncide pas avec celles des normes qu'il contient » (§ 5, p.9). Les ordres juridiques – ou institutions – entretiennent nécessairement des rapports entre eux. Romano introduit alors le concept de « relevance » pour analyser les relations entre les différents ordres. Pour qu'il y ait relevance juridique, « il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre » (§ 34, p.106).

<sup>75</sup> Sur ce point, voir N. MOLFESSIS, Le renvoi d'un texte à un autre, *RRJ - Droit prospectif*, 1997, p.1193, spéc. n°10 et suiv., p.1199.

<sup>76</sup> La doctrine belge est à l'origine de cette terminologie : H. COUSY, Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence in *Actes du colloque Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1995.

technique est dite « glissante » lorsque la norme juridique ne précise pas le contenu de la norme technique, ni sa date de publication. Cette technique permet une actualisation constante des données. Par exemple, la circulaire DGS/SD 7 A n°2004-45 du 5 février 2004 relative au contrôle des paramètres plomb, cuivre et nickel dans les eaux destinées à la consommation humaine indique : « S'agissant du repérage des canalisations en plomb dans les réseaux intérieurs de distribution d'eau, l'association française de normalisation (AFNor) a publié une norme technique (NF P41-021) qui permettra l'harmonisation des pratiques des professionnels »<sup>77</sup>. Enfin, par « une référence ouverte », la règle de droit se contente de renvoyer de manière abstraite aux normes techniques existantes ou à venir. Ces différentes formes de renvoi à la norme technique ne sont pas nécessairement assorties d'un effet contraignant.

Un autre procédé établissant un lien entre la règle juridique et la norme technique est la présomption de conformité. Lorsque le législateur a recours à ce procédé, la norme technique acquiert un caractère quasi-obligatoire, de fait, parce qu'elle sert de référence pour qu'un produit ou un service soit présumé conforme aux exigences essentielles imposées par un texte normatif.

La présomption de conformité est particulièrement employée en droit européen depuis la directive « nouvelle approche ». Pour permettre la mise en place d'un marché intérieur et faciliter la libre circulation des produits au sein de ce marché, les autorités communautaires ont cherché à harmoniser les normes techniques au sein de la Communauté européenne. D'abord inspirées par une approche classique de la réglementation, elles ont commencé par préciser les exigences techniques auxquelles devaient répondre les produits dans la législation communautaire. Ces règles techniques et précises, reprises par une directive ou un règlement communautaire, étaient destinées à se substituer aux règles nationales existantes. Cette démarche, qui se fondait sur une approche au cas par cas, s'est révélée beaucoup trop lente et fastidieuse. Les autorités communautaires ont donc dû adopter « une nouvelle approche » pour remédier aux entraves techniques aux échanges. Cette nouvelle approche a été présentée dans une Résolution du Conseil du 7 mai 1985<sup>78</sup>. Dans ce nouveau cadre, les directives d'harmonisation définissent uniquement les exigences essentielles de sécurité auxquelles doivent répondre les produits pour bénéficier de la liberté de circulation au sein de l'Union européenne. Il revient alors aux organismes de normalisation d'élaborer les normes techniques nécessaires aux professionnels pour mettre en circulation des produits qui répondent aux exigences de sécurité fixées par les directives<sup>79</sup>. En théorie, ces normes techniques sont d'application facultative. Mais, le respect de la norme technique emporte présomption de conformité du produit aux exigences essentielles mentionnées dans la directive. En revanche, s'il n'a pas appliqué les normes techniques de référence, le professionnel doit prouver que le produit répond aux exigences essentielles de la directive pour que ce produit puisse circuler librement. Cette démarche risque de se révéler délicate et coûteuse. Dès lors, d'un point de vue pratique, on comprend tout l'intérêt pour les

---

<sup>77</sup> Circulaire non publiée au JO. Paragraphe III 3

<sup>78</sup> Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JOCE C136 du 04.06.1985, p.1. Sur cette nouvelle approche, V. aussi Commission européenne, Guide relatif à la mise en application des directives élaborées sur la base des dispositions de la nouvelle approche et de l'approche globale : Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000.

<sup>79</sup> Sur cette évolution, V. A. PENNEAU, Sécurité des personnes : réglementation ou normalisation ? Quelles évolutions, quelles limites ?, *art. préc.*, spéc. p.772.

professionnels d'appliquer les normes techniques de référence, même si celles-ci sont en principe facultatives.

Un système relativement proche existe au niveau international. L'OMC a en effet adopté un accord relatif aux obstacles techniques au commerce (OTC) dont l'objectif est d'empêcher que les normes techniques et les procédures d'essai et de certification n'entravent le commerce<sup>80</sup>. Aux termes de cet accord, les membres doivent faire en sorte que l'application de normes techniques n'aient ni pour objet, ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce<sup>81</sup>. Ainsi si un autre Membre en fait la demande, un Etat doit justifier qu'une norme technique répond à un objectif légitime, telles la protection de la santé et de la sécurité des personnes ou la protection de l'environnement<sup>82</sup>. Toutefois, si la norme technique en cause est conforme à une norme internationale, adoptée par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) ou la Commission électronique internationale (CEI), elle est présumée ne pas constituer « un obstacle non nécessaire au commerce international ». Il s'agit d'une présomption simple<sup>83</sup>. Dès lors, de fait, les Etats membres de l'OMC sont conduits à conformer leur réglementation aux normes techniques internationales<sup>84</sup>.

L'utilisation de la présomption de conformité peut être rapprochée du principe « *comply or explain* », « appliquer ou expliquer », de plus en plus utilisé pour inciter à l'adoption de règles relevant de la *soft law*. Ce principe a notamment fait une apparition remarquable en droit français avec la loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire<sup>85</sup>. Cette loi impose aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé soit d'appliquer un code de gouvernement d'entreprise<sup>86</sup>, soit d'expliquer pourquoi elles ne l'ont pas fait dans le rapport du président du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance. Il revient à l'Autorité des marchés financiers d'examiner dans quelle mesure les sociétés ont appliqué la règle « *comply or explain* ».

Ainsi, bien que d'application volontaire, les normes techniques acquièrent souvent une force obligatoire de fait parce que la règle juridique y fait référence. Ce phénomène se rencontre fréquemment avec d'autres textes de *soft law*, telle la déontologie. Il présente des dangers car l'on peut légitimement craindre que le groupe social à l'origine de la *soft law* se soit davantage préoccupé de son propre intérêt que de l'intérêt général. Peut-être pour cette raison, la jurisprudence semble prudente lorsqu'elle doit appliquer ces règles<sup>87</sup>.

## **II / La norme technique et le contentieux judiciaire**

---

<sup>80</sup> Sur cette question, V. H. CULOT, *Soft law et droit de l'OMC*, *Revue internationale de droit économique*, 2005, p.251, spéc. p.272 et s.

<sup>81</sup> Article 2.2 de l'accord relatif aux obstacles techniques aux échanges.

<sup>82</sup> Sur les objectifs légitimes pouvant être invoqués par un membre, V. art. 2.2. de l'accord OTC

<sup>83</sup> Article 2.5 de l'accord OTC

<sup>84</sup> On peut souligner que l'article 2.4 de l'accord OTC précise que « *lorsque des normes pertinentes existent (...), les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés (...)* »

<sup>85</sup> Loi n°2008-649, *J.O.* 4 juillet. Cette loi transpose la directive 2006/46/CE du 14 juin 2006 modifiant les 4<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> directives comptables en matière de gouvernement d'entreprise, *J.O.* L 224 du 16/08/2006 p.1.

<sup>86</sup> Le code de référence est le « code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées » élaboré par l'AFEP et le MEDEF.

<sup>87</sup> Sur cette prudence de la jurisprudence en matière de déontologie, H. AUBRY, *Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires*, *D.* 2009, p.2504, spéc. n°10 s.

La jurisprudence joue également un rôle important dans la relevance des normes techniques par l'ordre étatique. Elle participe ainsi à la cohésion de l'ordre juridique. Si les juges prennent en compte sans difficultés la norme technique lorsque cette norme a été rendue obligatoire par le législateur ou par la volonté des contractants, ils apparaissent plus réservés lorsque la norme technique est d'application volontaire. La jurisprudence semble réticente à utiliser les concepts et raisonnements qui lui permettraient d'accorder une portée plus grande à la norme technique. Ce constat se vérifie en matière de responsabilité civile ou pénale (A). Les juges sont également prudents pour reconnaître qu'une partie s'est effectivement engagée à respecter une norme technique (B).

### **A / La norme technique et la responsabilité**

En matière de responsabilité, deux questions essentielles se posent concernant la prise en considération de la norme technique. D'une part, le non-respect d'une norme technique est-il susceptible de justifier la responsabilité du professionnel ? D'autre part, le respect de la norme technique est-il susceptible de justifier une exonération de responsabilité du professionnel ?

Concernant la mise en œuvre de la responsabilité, pour évaluer les conséquences d'un manquement à une norme technique, il est nécessaire de distinguer les normes techniques impératives et les normes techniques facultatives.

Lorsque la norme technique est d'application obligatoire, sur le plan civil, la violation de cette norme est automatiquement constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. De même le produit que ne répond pas à une norme impérative est nécessairement considéré comme défectueux et la responsabilité du producteur pourra être engagée si ce produit est à l'origine d'un dommage.

En matière pénale, le non respect de la norme technique impérative est également sanctionné sur plusieurs fondements. Le manquement à la norme technique obligatoire peut être à l'origine d'un dommage corporel involontaire. Dans cette hypothèse, la responsabilité pénale du professionnel sera engagée. Même en l'absence de dommage, le professionnel pourra être condamné. Il devra verser l'amende prévue pour les contraventions de 1<sup>ère</sup> classe sur le fondement de l'article R. 610-5 du code pénal<sup>88</sup>. Par ailleurs, la violation de la norme technique obligatoire peut être constitutive d'un délit de tromperie<sup>89</sup> ou de publicité trompeuse<sup>90</sup>. Par exemple, un importateur et distributeur de mixeurs dont les caractéristiques ne répondaient pas aux normes techniques applicables à ces appareils à été condamné pour délit de tromperie<sup>91</sup>.

Lorsque la norme technique est d'application volontaire et que le professionnel n'a pas souhaité l'adopter, en principe, elle ne s'impose pas à lui. Par exemple, la Cour de cassation a décidé que la non-conformité de tuiles importées d'Italie à une norme française facultative ne suffit pas à considérer le produit défectueux<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Art. R. 610-5 c. pén. : « *La violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1<sup>ère</sup> classe* ».

<sup>89</sup> Aux termes de l'article L. 213-1 c. consom., celui qui s'est rendu coupable d'un délit de tromperie sera puni de 2 ans d'emprisonnement et d'une amende de 37 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement.

<sup>90</sup> Art. L. 121-1 et suiv. c. consom. Pour une application, V. Cass. crim, 20 mai 1992, n° 91-83976, inédit.

<sup>91</sup> Cass. crim., 12 juin 2001, n° 00-84713, inédit.

<sup>92</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 octobre 1989, *Bull. civ.* III, n°177.

Toutefois, la norme technique, même facultative, peut être prise en considération lorsque les magistrats se réfèrent à un standard juridique<sup>93</sup>. En droit, le standard juridique permet d'évaluer une conduite sociale. Il dépend de l'époque, du lieu, des circonstances ou encore de l'état des connaissances. Dans un arrêt de 1976, la Cour de cassation a eu recours à une norme non obligatoire pour expliciter le standard technique de « sécurité minimum »<sup>94</sup>. De même, aux termes des articles 1386-1 et suivants du code civil, le producteur est responsable s'il a mis en circulation un produit « qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »<sup>95</sup>. La notion de « sécurité légitime » est un standard juridique. Ce standard juridique est susceptible d'être apprécié au regard des normes techniques existantes, même si celles-ci sont facultatives.

Mais le standard pour lequel les règles techniques sont appelées à jouer le rôle le plus important est certainement celui de « règles de l'art »<sup>96</sup>. La règle de l'art a été définie comme « un comportement technique approprié, accessible à l'ensemble du corps professionnel dont son application relève, et qui correspond à l'état de la technique au moment de la réalisation de l'acte »<sup>97</sup>. En d'autres termes, il s'agit des « données actuellement acquises de la science et de la technique »<sup>98</sup>. C'est au regard des règles de l'art qui s'imposent à lui que l'on apprécie si un professionnel a commis une faute. En présence de normes techniques, il est tentant d'assimiler « respect des normes techniques » et « respect des règles de l'art ». D'ailleurs, dans certaines décisions, les juges du fond ont tendance à confondre ces deux notions<sup>99</sup>. Il suffit alors de prouver que le professionnel n'a pas respecté les normes techniques pour le considérer comme fautif et engager sa responsabilité. Mais, la Cour de cassation semble veiller à ce qu'il n'existe pas de confusion entre règles de l'art et normes techniques, même si le fait qu'une norme technique ait été appliquée ou oubliée a nécessairement une influence sur l'appréciation du comportement du professionnel<sup>100</sup>. Cette remarque est également vraie en matière d'exonération de responsabilité.

Le respect d'une norme technique peut-il justifier l'exonération de responsabilité d'un producteur ou d'un prestataire de services ?

En matière pénale, la jurisprudence considère que le respect des règlements n'est pas une cause exonératoire des délits d'imprudance<sup>101</sup>. Il en est, en principe, de même du respect d'une norme technique, même obligatoire.

---

<sup>93</sup> Pour une comparaison avec d'autres sources de *soft law*, V. F. OSMAN, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources de droit privé, RTDCiv. 1995, p.509, spec. p.525 : « *saisi d'un rapport litigieux, le juge étatique peut contribuer à l'effectivité d'une norme de conduite édictée ou élaborée par un organisme corporatif, dans la mesure où il y voit un standard professionnel dont la violation doit être juridiquement sanctionnée* ».

<sup>94</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 février 1976, *Bull. civ.* III, n°49.

<sup>95</sup> Art. 1386-4 al. 1 c. civ.

<sup>96</sup> Sur les rapports entre règles de l'art et normes techniques, V. A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1989.

<sup>97</sup> A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, thèse préc., p.105, n°145.

<sup>98</sup> A. PENNEAU et D. VOINOT, Normalisation, *Jcl. Concurrence-consommation*, fasc. 870, 2001

<sup>99</sup> V. par exemple la jurisprudence citée par M. POUMAREDE, Le recours aux normes techniques, à la certification et autres labels ... Quelles responsabilités pour les constructeurs ?, *Droit et patrimoine*, juillet-août 2009, p.61, spéc. p.64 : CA Paris, 7 mai 2002 ; CA Rennes, 7 nov. 2002 ; CA Angers, 31 janv. 2005.

<sup>100</sup> Sur ce point, A. PENNEAU et D. VOINOT, Normalisation, *Jcl. Concurrence-consommation*, fasc. 870, 2001.

<sup>101</sup> Par ex. Cass. crim., 30 oct. 1996, *Bull. crim.*, n°389 ; Cass. Crim., 19 nov. 1996, *Bull. crim.* 1996, n°413, Droit penal, mars 1997, n°33

En matière civile, on peut distinguer la mauvaise exécution d'un contrat et divers chefs de responsabilité délictuelle<sup>102</sup>. Concernant le contrat de vente, aux termes de l'article 1603 du code civil, le vendeur est tenu de deux obligations : celle de délivrer un bien conforme à celui prévu au contrat et celle de garantir l'acheteur contre les vices cachés de la chose. La norme technique peut être utilisée pour apprécier si le vendeur a correctement rempli son obligation de délivrance. En effet, en l'absence de stipulation contractuelle, le bien délivré doit être de qualité moyenne ou normale. Les normes techniques peuvent alors constituer un élément de référence pour apprécier la qualité de la chose<sup>103</sup>. Ainsi, dans un arrêt rendu le 31 janvier 1996, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir relevé que, « aucune norme AFNor ou document technique unifié n'existait en la matière » et que la venderesse avait livré des produits dont la dénomination granulométrique était celle recommandée par le ministère, pour considérer qu'elle avait rempli son obligation de délivrance. Concernant la garantie contre les vices cachés, c'est-à-dire contre les défauts qui rendent la chose impropre à l'usage auquel on la destine, le vendeur ne peut pas s'exonérer en invoquant une norme technique. Il en est de même lorsque l'on est en présence d'un contrat d'entreprise. Cette solution a clairement été réaffirmée par la Cour de cassation, réunie en Assemblée Plénière, dans un arrêt du 27 octobre 2006<sup>104</sup>. La Haute juridiction a jugé que, « en déduisant de la seule conformité aux normes d'isolation phonique applicables l'absence de désordre relevant de la garantie décennale, la Cour d'appel a violé l'article 1792 c. civ. ».

Concernant la responsabilité du fait des produits défectueux, l'article 1386-11 du code civil prévoit expressément que le producteur peut s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve que « le défaut est dû à la conformité avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire ». Ainsi, le producteur peut s'exonérer si le défaut est dû à la conformité d'une norme technique rendue obligatoire. Mais, en dehors de ce cas particulier, le respect de la norme technique ne constitue pas un fait exonératoire de responsabilité. En d'autres termes, « la conformité aux normes n'exclut pas le défaut »<sup>105</sup>. On retrouve la même solution dans un autre cas de responsabilité sans faute : la responsabilité pour fait des choses sur le fondement de l'article 1384 du code civil. Par exemple, dans un arrêt du 8 juin 1994, la Cour de cassation a considéré que la conformité d'un trampoline aux normes en vigueur n'exclut pas la responsabilité du fait des choses<sup>106</sup>. Cette solution s'impose dans un système de responsabilité objective. Elle est moins évidente lorsque la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel repose sur sa faute. Mais, même lorsque la responsabilité du professionnel est engagée sur le fondement de l'article 1382 du code civil, celui-ci ne peut en principe s'exonérer en invoquant uniquement le respect de normes techniques<sup>107</sup>. Cependant, avec d'autres critères, le respect des normes techniques constitue un indice qui peut conduire le juge à constater l'absence de faute du professionnel. C'est « un élément à inscrire au crédit du

---

<sup>102</sup> Cette distinction est faite par F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, préf. J. SHMIDT-SZALEWSKI, Thèse PUAM, 2003, spéc. p.82 s.

<sup>103</sup> En ce sens, F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, thèse préc., p.83 s.

<sup>104</sup> Cass. A.P., 27 octobre 2006, *Bull. civ. A.P.*, n°12.

<sup>105</sup> F.-X. TESTU et J.-H. MOITRY, La responsabilité du fait des produits défectueux, commentaire de la loi n°98-389 du 19 mai 1998, *Dalloz Affaires*, 1998, suppl. n°125, p.3. Cité par F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, thèse préc., p.87.

<sup>106</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juin 1994, *Bull. civ. II*, n°152 et Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juin 1994, *Bull. civ. II*, n°151 à propos d'une porte basculante conforme aux normes en vigueur.

<sup>107</sup> Voir par ex. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 avril 2002, n° pourvoi 01-01.722, inédit : « l'agrément d'une technique et le respect des normes en vigueur ne sont pas exonérateurs de la présomption de responsabilité pesant sur le contrôleur technique ».

comportement du professionnel »<sup>108</sup>. En particulier, le respect des normes techniques pourra contribuer, avec d'autres indices, à prouver que le professionnel a bien respecté les règles de l'art et qu'il n'est donc pas en faute.

Ainsi, si la jurisprudence prend en considération les normes techniques dans l'appréciation du comportement du professionnel, elle reste relativement prudente quant à la place qui leur est accordée. Par exemple, « normes techniques » et « règles de l'art » ne sont pas des notions substituables, mais les « règles techniques » restent un élément d'appréciation des règles de l'art parmi d'autres. Cette réserve de la jurisprudence apparaît de façon plus flagrante quant elle doit déterminer si un professionnel a voulu, ou non, s'engager à respecter une norme technique.

## **B / La norme technique et l'engagement de volonté**

La norme, d'application facultative, peut acquérir une force obligatoire par la volonté de contractants. La jurisprudence reste stricte dans l'appréciation de cette volonté. Les parties doivent avoir fait expressément référence à la norme. Le juge judiciaire s'est toujours refusé à effectuer un forçage du contrat pour considérer que les normes techniques facultatives étaient implicitement entrées dans le champ contractuel. Cette rigueur concernant les normes techniques contraste avec la souplesse dont la jurisprudence a fait preuve dans d'autres domaines. On sait en effet que sur le fondement de l'article 1135 du code civil, qui précise que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », le juge a mis à la charge du professionnel des obligations qui n'étaient pas expressément entrées dans le champ contractuel. Ainsi, des obligations contractuelles accessoires, telles l'obligation de conseil ou l'obligation de sécurité, viennent s'ajouter aux obligations expressément voulues par les parties. Ce forçage du contrat a été dénoncé par une partie de la doctrine<sup>109</sup>. On aurait pu imaginer que, procédant avec autant de souplesse, la jurisprudence considère la norme technique applicable au produit ou au service objet du contrat comme une suite que l'équité ou l'usage donne à l'obligation d'après sa nature. Une norme technique facultative aurait ainsi pu être implicitement intégrée dans le champ contractuel, par exemple, parce qu'elle aurait été reconnue comme un usage de la profession. Un tel courant semble exister en Belgique. Les juridictions belges ont reconnu la responsabilité de contractants ayant violés des normes techniques, alors même qu'il n'était pas fait référence à ces normes dans le contrat<sup>110</sup>. Mais, la Cour de cassation française s'est refusée à une telle analyse. Elle affirme de façon constante que la norme facultative n'oblige les parties que s'il y est fait référence dans le contrat<sup>111</sup>.

De plus, la référence à la norme technique dans le contrat doit en principe être exprès. Elle doit être suffisamment claire et précise<sup>112</sup>. En revanche, il n'est pas nécessaire que la norme soit annexée au contrat. Cette solution a été récemment retenue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Dans cet arrêt la Haute juridiction a considéré que la

---

<sup>108</sup> F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, thèse préc., p.93.

<sup>109</sup> Par ex. L. LEVENEUR, Le forçage du contrat in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* Colloque organisé par la faculté de droit de Chambéry ; *Droit et patrimoine*, n°58, mars 1998, p.69.

<sup>110</sup> Sur ce point, F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, thèse préc. p.187, note 490. H. COUSY, *Le rôle des normes non-juridiques dans le droit* in *Rapports Belges au XIème Congrès de l'académie internationale de droit comparé*, Caracas, 1982.

<sup>111</sup> V. par ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juin 1967, *JCP éd. G*, 1968, II, 15341, note G. LIET-VAUX.

<sup>112</sup> Sur cette question, V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préf. J. GHESTIN, thèse LGDJ, 1994, n°574 s.

référence expresse à la norme suffit à son entrée dans le champ contractuel<sup>113</sup>. Ainsi, la position de la jurisprudence se caractérise par une certaine rigueur quant il s'agit d'apprécier si une norme d'application volontaire oblige les contractants. Cette rectitude s'observe également en matière d'engagement unilatéral de volonté.

L'acte unilatéral de volonté est la manifestation de volonté d'une seule partie en vue de créer des effets de droit. Il a fallu un certain temps pour qu'il soit reconnu en France au motif que si une partie pouvait se lier seule, elle pouvait tout aussi bien se délier seule. Aujourd'hui, la jurisprudence française reconnaît la possibilité pour une personne de s'engager par sa seule volonté. En effet, est pris en considération le fait que "*la volonté du sujet opère dans le réel, elle y laisse une empreinte que l'individu, malgré ses efforts, ne peut effacer, même après que sa volonté se fut manifestée en sens contraire*"<sup>114</sup>. Par exemple, la jurisprudence a considéré que les entreprises qui envoient des documents publicitaires aux consommateurs les informant qu'ils sont les heureux gagnants d'une loterie sont tenues de verser la somme promise, sur le fondement de l'engagement unilatéral de volonté<sup>115</sup>. L'existence d'un engagement unilatéral suppose que la volonté du débiteur ait été extériorisée et portée à la connaissance des tiers ; il faut que les tiers puissent légitimement croire à l'engagement du débiteur. En l'absence même d'engagement exprès, une obligation pourrait naître des apparences de droit dont un produit est revêtu. Par l'intermédiaire de « la croyance légitime des tiers en leur juridicité, des engagements non juridiques seraient pris en considération par le droit étatique »<sup>116</sup>. La jurisprudence pourrait soit les valider substantiellement en les faisant entrer dans le contenu contractuel, soit se contenter d'en sanctionner la seule méconnaissance, considérée en soi comme une faute dans le cadre d'une action en responsabilité civile. Par exemple, le producteur qui apposerait sur un produit un sigle laissant croire que le produit répond à une norme technique pourrait être considéré comme engagé par ce sigle ; alors même que le respect de la norme était facultatif pour lui. Cet engagement existerait aussi bien vis-à-vis du cocontractant qu'à l'égard des tiers. Dans cette hypothèse, ce ne serait pas seulement une pratique trompeuse qui serait sanctionner, mais l'inexécution d'une obligation impérative ; celle de respecter la norme affichée. A notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence en ce sens en matière de normalisation. Cette prudence de la jurisprudence judiciaire quant il s'agit de conférer un caractère obligatoire à une norme technique volontaire contraste avec l'audace dont elle fait parfois preuve dans

---

<sup>113</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 juin 2009, n° 08-16738. V. C. CHARBONNEAU, La réception de la norme AFNOR P 03-001 par la jurisprudence, *Rev. Dr. Imm.* 2009, p.628, spéc. p.629.

<sup>114</sup> M.-L. IZORCHE, *L'avènement de la théorie de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, thèse PUAM, 1995, n°39, p.40.

<sup>115</sup> Certaines entreprises envoient des documents à des consommateurs leur laissant croire qu'ils ont gagné un lot de grande valeur à une loterie organisée par elles. En fait le consommateur a simplement la possibilité de participer à un tirage au sort lui permettant éventuellement de gagner le lot mentionné. Sur les loteries publicitaires, voir B. LECOURT, Les loteries publicitaires : la déception a-t-elle un prix ?, *JCP éd. G*, 1999, I, n°155 ; D. AUTEM, Quel fondement pour la responsabilité des sociétés de vente par correspondance en matière de loterie avec pré-tirage ?, *Contrats, conc. consom.*, octobre 1999, p.4. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a considéré que la déclaration de l'entreprise constituait un engagement unilatéral de sa part parce qu'elle avait fait naître une croyance légitime dans l'esprit des destinataires. Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 juin 1995 : "*Les documents reçus par M. Nahmad pouvaient légitimement laisser penser à celui-ci qu'il avait gagné*", *Dalloz* 1996, jurispr., note J.-L. MOURALIS ; *RTDCiv.* 1996, p.397, chron. J. MESTRE qui fait référence à d'autres arrêts en ce sens.

<sup>116</sup> R. LIBCHABER, Déontologie et droit étatique, chron. *RTDCiv.* 1998, 218, spéc. 221.

d'autres domaines<sup>117</sup>. On peut y voir une méfiance des juges vis-à-vis de la normalisation. Cette attitude rejoint celle que l'on observe, par exemple, vis-à-vis de la déontologie<sup>118</sup> qui est également élaborée essentiellement par des personnes privées. Ainsi, alors que l'Etat hésite de moins en moins à ouvrir à des acteurs privés, notamment à des professionnels, la possibilité de rédiger des dispositions normatives, la Cour de cassation reste plus que jamais « la sentinelle de la loi »

**Federico PERNAZZA**  
**Professeur à l'Université de Molise, Italie**

Il existe une lutte entre Droit et technique dans la construction d'un nouveau système de pouvoir d'organisation de la société. Cette lutte a caractérisé la pensée des philosophes et des juristes. En Italie, il y a un philosophe bien connu qui a dit « la technique tend à l'omnipotence » ce qui veut dire qu'elle a pour but l'affirmation de sa capacité de réaliser tous les résultats possibles. Elle s'impose et se superpose à la règle juridique. Quelle est la réponse du juriste ? Le Droit doit conjuguer les pouvoirs de la technique avec d'autres pouvoirs ou exigences fondamentales de la société de nature idéologique et autres. Il est dans les procédés de normalisation et dans l'application de la règle que les apports et les exigences des techniciens doivent être mélangées avec d'autres distances sociales. Mais c'est sans doute vrai que le rôle joué par la technique dans notre société modifie ou caractérise la règle. La règle technique est une nécessité non seulement dans le but d'assurer la liberté des échanges communautaires ou internationales mais aussi parce que l'absence de prescription comporte ou a comporté une délégation implicite de croire la technique. Il y a des secteurs, où en jurisprudence, l'on s'en remet aux experts. Sans la règle technique, on délègue trop. La règle technique est nécessairement internationale, la technique n'a pas de frontière. Il est tout aussi justifié de rendre efficaces des règles techniques. La règle technique requiert des notions synthétiques et techniques et, que difficilement le juriste peut dominer. Donc dans l'élaboration et l'application de la règle, il doit être au moins soutenu par les experts, les professionnels. La quantité et la qualité des aspects cautionnés par la technique rend la production de la règle incompatible avec les procédures de nos institutions. J'ajouterai un aspect et je cite encore « le déficit de connaissances de ceux qui participent au processus législatif les expose à un risque de capture consciente ou inconsciente par les techniciens ou les lobbys ». En Italie, on a utilisé la régulation, la réglementation ministérielle ou des autorités indépendantes. D'une certaine façon on mise tout aujourd'hui sur la normalisation.

On arrive au modèle de la normalisation et aux organismes de normalisation. Je vais considérer deux aspects : la structure de l'organisme italien de normalisation et sa procédure d'élaboration de la norme technique.

---

<sup>117</sup> V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 2006, n°361 s. ; La création du droit par le juge, colloque 25-26 janv. 2006, *APD*, n°50, 2007.

<sup>118</sup> H. AUBRY, *Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires*, art. préc., spéc. n°10 s.

Le principal institut de normalisation italien c'est l'UNI (Ente Nazionale Italiano di Unificazione). C'est une association privée à but non lucratif, dotée d'une personnalité morale depuis 1929. L'UNI a plus ou moins 7 000 associés à statut juridique variable. Il s'agit d'entreprises, de professionnels mais aussi d'associations, des instituts scientifiques, des administrations publiques. L'idée de base a été une association qui réunit la participation de tous les intéressés à l'élaboration de la norme. La cotisation est de 500 euros. Un des organes qui assurent la gestion de l'UNI requiert la présence des représentants des administrations publiques, du ministère du développement économique et d'autres ministères encore, le conseil national de la recherche et d'autres institutions publiques. Il devrait assurer la légitimité, la conformité aux statuts de l'activité de cette association privée.

Sur l'élaboration de la norme technique, il y a 54 commissions techniques et 14 entités XXX, tous coordonnés par la commission technique centrale, composée par les présidents des commissions et des entités fédérées et les représentants des associations. Dans chaque commission technique, il y a un fonctionnaire de l'UNI qui a l'avantage spécifique d'assurer la représentativité des intéressés et d'assurer que tous les intéressés puissent participer. Les sociétaires de l'UNI ont le droit de nommer un représentant et les autres membres des commissions sont nommés par les administrations publiques intéressées. Je trouve aussi intéressant que les comités exécutifs de l'UNI nomment des experts pour contribuer à la discussion. La première réponse du système italien au risque de manque de démocratie dans l'élaboration des normes techniques, se trouve dans la seule structure de l'organisme de normalisation et dans la possibilité pour tout intéressé de participer à l'activité de l'UNI au delà de sa qualification individuelle et avec des frais fixes.

Le deuxième aspect sur la procédure d'élaboration de la norme. Les principes généraux en sont désormais normalisés, ils sont au nombre de quatre :

- Le **caractère consensuel** de la norme (« Consensualité ») : Ce n'est pas le principe de l'unanimité. Les fonctionnaires de l'UNI font tous les efforts pour trouver une norme, une règle qui puisse obtenir le consensus le plus large possible parmi les participants mais l'unanimité n'est pas nécessaire.
- Le **caractère démocratique** de la norme (« Démocraticité ») : Il n'y a pas la même profondeur que dans le système d'élaboration des lois. Ce principe a un double sens : possibilité pour tous les intéressés de participer et possibilité de participer au travail avec une position d'égalité formelle.
- Le **caractère transparent** de la norme : en principe pendant l'enquête publique il y a un accès au dossier que l'on met en ligne et après la règle peut être connue.
- Le **caractère volontaire** de la norme (« Volontarité ») : qui a un intérêt participe à la formation de la règle et la règle en principe volontaire, soumise à la volonté de chacun. Mais dans le respect de l'intérêt général, madame Aubry l'a précisé, la norme peut acquérir la valeur de règle de l'art et donc devenir de fait.

Derniers aspects concernant le rôle du ministère du développement économique.

La loi qui a transposé les directives sur le système de normalisation a attribué au ministère la surveillance des organismes italiens de normalisation. Le ministère participe soit dans l'activité de l'UNI soit dans les organes du gouvernement soit dans des commissions techniques. Dans ces dernières il participe seulement quand il envisage une opportunité de participer au travail de la commission, quand il envisage sa présence comme nécessaire pour équilibrer.

Conclusion :

La normalisation législative ou réglementaire est impossible et risque d'être capturée par les techniciens. Quant on parle des techniciens dans la normalisation, il s'agit pas d'une catégorie il y a toute une série de sujet qui ne peut être catégorisé sur le plan sociologique. En conclusion, le résultat c'est que la démocratie dans la formation de la norme technique a assurer une nouvelle voie, la règle est le produit de ceux qui manifestent un intérêt concret a son élaboration et ont les moyens et les connaissances pour le faire. C'est une option aussi publique que privée.

**Angel MENEDEZ-REXACH,**

**Professeur à l'Université de Madrid, Espagne**

Je vais faire le point de l'activité de normalisation en Espagne qui est gouvernée par une loi de 1992 et un décret de 1995 qui définit l'activité de normalisation dans des termes. Cette réglementation reconnaît l'AENOR, l'association espagnole de normalisation, comme l'organisme des normes ISO. Sa structure et son mode de fonctionnement sont similaires au fonctionnement de l'AFNOR ou de l'UNI italien. Les règles que j'ai cité concernent la normalisation industrielle, c'est à dire des produits et donc il n'y a pas de réglementation spécifique pour la normalisation des services. Les normes techniques élaborées par l'AENOR sont publiées dans le journal officiel, seules la désignation de la norme approuvée est publiée mais le contenu de la norme n'est pas publié car il constitue la principale source de revenus de l'AENOR. Les règles de la législation industrielle évoquée tout à l'heure marque clairement la distinction entre deux types de normes de différentes valeur juridique que sont les normes techniques et les réglementations techniques. Ces deux types de normes ont une définition légale. Les normes techniques ne sont pas des vraies normes juridiques, elles sont volontaires. La jurisprudence et la Cour suprême ont eut l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la signification de cette distinction et ont fixé quelques critères.

*Le premier critère est fondé sur l'origine de la norme :*

Les normes techniques sont élaborées par un organisme de normalisation purement privé tandis que les réglementations techniques sont élaborées par l'administration compétente suivant une procédure administrative et sont approuvées unilatéralement comme toutes les normes juridiques.

*Le second critère porte sur l'effet juridique de la norme :*

Les normes techniques ne sont pas obligatoires tandis que les réglementations techniques le sont.

*La troisième différence porte sur la structure :*

Les normes techniques ne contiennent que les spécifications techniques relatives au produit ou au service tandis que les réglementations techniques établissent le régime administratif obligatoirement applicable aux produits et services concernés pouvant aussi comprendre des spécifications techniques ou même des normes techniques qui ont été élaborées par les organismes de normalisation et qui de cette sorte acquièrent une force juridique contraignante.

Cette dernière remarque est importante pour souligner que les normes techniques peuvent devenir obligatoires si elles sont incorporées aux réglementations techniques et indirectement par la procédure du renvoi. Les trois types de renvoi exposés par Hélène Aubry, rigide, glissant et ouvert, peuvent être identifiés et ces trois procédures ont été prises en considération par la jurisprudence de la Cour suprême. A cet égard, il s'est posé un problème juridique intéressant qui est le suivant. L'AENOR a prétendu qu'il existait une réserve de norme

technique identique à la réserve de la Constitution française face au domaine de la loi. Partant de cette base, elle a porté recours contre plusieurs décrets approuvés par le gouvernement national, fondant ce recours sur l'existence de cette réserve de norme technique. La Cour suprême a rejeté catégoriquement cette prétention considérant qu'il n'y a pas de domaine matériel réservé à la normalisation technique des organismes privés de normalisation mais que dans n'importe quel domaine pouvait être incorporé ou directement réglé par les réglementations techniques à caractère obligatoire. La différence entre norme technique et réglementation technique est claire sur le plan conceptuel, théorique mais il n'y a pas de séparation matérielle concernant leur contenu puisque les normes techniques peuvent être l'objet d'une réglementation technique.

Deux questions restent ouvertes. D'un côté compte tenu de la dispersion législative en Espagne qui fait que le pouvoir législatif est partagé entre le gouvernement et les parlements régionaux, la normalisation technique par la voie de son incorporation aux réglementations techniques peut avoir une potentialité organisatrice très importante c'est à dire la dispersion qui se trouvait d'un côté sur le plan politique pouvant être reconduit à une certaine unité (et pas nécessairement uniformité) par la voie de la normalisation. La seconde question concerne l'autorité de coordination dont parlait Hélène Aubry. Les normes techniques peuvent être considérées comme l'expression d'une autorégulation du secteur où les agents économiques et sociaux s'entendent dans certains domaines. Cette règle produite dans ces secteurs, appelée *soft law*, peut devenir une norme juridique et cela est un phénomène normal parce que une des sources traditionnelles de la création des lois c'est la norme en principe sociale, créée par un groupe social et qui deviennent norme juridique par le fait des pouvoirs publics compétents.

## **DEBATS :**

### **François WELLHOFF, MEEDDM**

Je reviens au titre de l'exposé de madame Aubry, « une norme en principe non obligatoire », et je pose la question assez simple : entre une jurisprudence française et une jurisprudence d'autres pays européens, est-ce qu'une norme qui n'a pas été traduite dans la réglementation des pays en question, donc une norme d'application facultative, a un pouvoir sur les tribunaux par le biais de ce qu'on appelle « l'état de l'art » ? Autrement dit quand la France vote contre une norme au niveau européen, les autres pays de l'UE disent « mais ce n'est pas grave, la France peut voter contre puisque ça n'est pas obligatoire. La question posée est de savoir si cela a un effet réel sur la jurisprudence des tribunaux.

### **Hélène AUBRY, Professeur à l'Université de Paris 13 - Villetaneuse**

Les normes facultatives peuvent être prises en considération pour évaluer les « règles de l'art », c'est-à-dire que le fait d'avoir respecté une norme est un indice qui doit être mis au crédit du professionnel. Mais ce n'est qu'un indice parmi d'autres pour évaluer si le professionnel a effectivement ou non respecté les règles de l'art. Les juges du fond (tribunaux et cours d'appel) parfois, ont tendance à considérer que dès lors qu'il y a respect d'une norme y compris facultative il y a respect des règles de l'art. Mais ce que l'on voit c'est que quand même la Cour de cassation lorsque qu'elle constate ce raisonnement, casse ces arrêts. Pour elle, respect des règles de l'art et respect d'une norme facultative ce n'est pas la même chose.

### **Anne PENNEAU, Professeur à l'Université de Paris 13 - Villetaneuse**

Il faut ajouter que dans un procès, il y a un rôle dominant de l'expertise. Il y a expert et expert. Certains experts, parce qu'ils ne savent pas bien, prennent les normes et s'en contentent. Quand les juges s'en aperçoivent, c'est à dire quand en face il y a une défense suffisamment aiguisée, celle-ci dit « attention, ce rapport d'expert n'est pas probant il ne justifie pas que la norme représente bien l'état de l'art », et à partir de ce moment là le juge est suffisamment alerté pour dire « je ne prends pas pour argent comptant ce qu'a dit l'expert, j'ai des arguments contraires qui ont leur poids et je décide que dans l'espèce il n'aurait pas fallu se rapporter à la norme, vous l'avez respecté mais vous êtes quand même responsable, ou au contraire vous n'avez pas respecté la norme mais vous n'êtes pas responsable ».

C'est un premier point qui tient compte de la capacité des experts mais aussi des avocats à naviguer dans tous ces domaines. La Cour de cassation est très vigilante et opère un contrôle de motivation serré à condition que l'avocat lui-même ait su lui dire « nous avons des armes, nous pouvons démontrer contre l'expert qui a eu tort de se contenter de prendre les normes en référence ».

Le deuxième point, c'est que tout ce que l'on dit concerne la responsabilité pure. Mais les professionnels sont extrêmement préoccupés, au delà de leur responsabilité, de la mise sur le marché de leurs produits. Ce n'est pas seulement le fait que les produits arrivent sur le marché, mais qu'ils attirent la clientèle. La norme prend aussi une autorité de fait importante, notamment par le biais des assurances, qui soumettent de manière presque systématique la garantie au fait que les normes aient été respectées. C'est ainsi que s'exprime une autorité de fait, que l'on ne peut pas négliger, même s'il faut garder les idées claires sur la légitimité de cette autorité.

### **Joël MONEGER, Directeur de l'Institut Droit Dauphine, I2D**

Un autre exemple, en matière médicale, est celui du radiologue qui utilise une machine pour prendre des radios qui est parfaitement conforme aux normes, mais en pratique dans l'usage qu'il fait de la machine, dans le diagnostic qu'il fait en lisant les images, il n'a pas respecté les règles de l'art médical. Dans ce cas là, on va dissocier le respect de la norme et le respect de la règle de l'art.

Les professionnels doivent être très attentifs à un arrêt de la Cour de Cassation de décembre 2009, qui a considéré la faute d'un médecin radiologue, faute commise à une époque où la jurisprudence estimait que le manquement était un manquement à une obligation professionnelle de moyens (obligation de faire correctement votre métier) et on avait transformé ultérieurement cette obligation en obligation de résultat de protection totale du patient. La question qui s'est posée dans cet arrêt est « a-t-on le droit au maintien de la jurisprudence de l'appréciation par les juges à l'époque des faits reprochés, ou doit-on subir la nouvelle qualification juridique de la faute pour les mêmes faits ? » Les juges de la Cour de cassation ont réfléchi longtemps s'ils aller se lier par une jurisprudence antérieure. C'est une grande question que l'on retrouvera peut-être devant d'autres instances, soit la Cour européenne des droits de l'Homme, soit peut être demain devant le Conseil constitutionnel, ce sont des grandes questions de l'application de la jurisprudence dans le temps, et pour les professionnels c'est une vraie préoccupation.

**Danielle KOPLEWICZ, Bureau de normalisation de la mécanique, BNM**

Sur cette question de la règle de l'art, je voudrais faire référence à des réflexions menées dans la Fédération de l'industrie mécanique. Ces réflexions nous ont alerté en tant que responsables de la normalisation, en disant faites attention la règle de l'art c'est la règle qui s'applique à tous les professionnels, qui a pour caractéristique d'être non écrite et locale, donc vous le normalisateur vous faites des efforts pour embarquer cette règle de l'art dans votre norme mais il n'y a quand même pas intégration complète pour deux raisons :

- La première, c'est que la norme va parfois largement au-delà de la règle de l'art car nous avons des experts qui font leur travail d'expertise, qui font une très belle norme technique, anti-économique, qui est donc tout à fait au-delà de ce que demande les règles de l'art (et on peut avoir le contraire).
- L'autre raison, c'est que la norme peut être en décalage avec la règle de l'art parce qu'on ne va pas la réviser tous les matins. A un instant T elle peut être en parfaite harmonie, et à un instant T+1 elle peut être en léger décalage. Bien sûr la norme est un outil très important, on essaye de l'adapter le plus possible à la règle de l'art, sans toutefois réussir complètement, surtout dans un contexte international où il existe des particularités locales.

**Fabienne PERALDI LENEUF, Professeur à l'Université Lille – Nord de France**

J'aurais juste une petite précision à apporter concernant les normes harmonisées européennes, puisque malgré leur caractère facultatif elles emportent une présomption de conformité à l'égard des exigences essentielles. Cela ne signifie pas que la norme est quasi obligatoire, elle reste facultative et a un effet de *soft law*, mais simplement le fabricant peut choisir d'autres procédés pour répondre aux exigences essentielles des directives qui seules sont obligatoires. Finalement la norme reste volontaire. On pourrait dire qu'elle est obligatoire à l'égard des organismes nationaux de normalisation qui doivent la retranscrire dans leur liste nationale. Elle peut aussi être obligatoire dans les marchés publics puisque les autorités adjudicatrices ont l'obligation de la reprendre dans leurs spécifications lorsqu'elle existe. En ce qui concerne les industriels, il n'y a pas d'effet obligatoire même de fait puisque là encore seules les exigences essentielles sont impératives. Cette présomption de conformité peut être retournée par d'autres moyens.

## **c) LA NORMALISATION DES SERVICES OU L'EMERGENCE DE « L'HYPER-LOI ».**

**Fabienne PERALDI LENEUF,  
Professeur de droit public à l'Université de Lille Nord de France**

L'objectif de ce colloque est d'identifier les relations qui se tissent entre la normalisation technique et le droit. Par extension, il s'agit de rechercher comment le recours à la norme technique peut s'inscrire dans un processus démocratique, particulièrement lorsque la normalisation à vocation à s'étendre à d'autres domaines que celui des produits, c'est-à-dire aux services. Il s'agit de réfléchir ici à l'impact, c'est-à-dire à l'opportunité et aux conséquences de cette extension. A cette fin, il importe de rappeler que la volonté d'étendre les principes de la « nouvelle approche » au domaine des services, date de la résolution du Conseil du 25/11/2003. En effet, s'appuyant sur la réussite de cette politique pour le marché intérieur des produits industriels, la Commission européenne a souhaité l'étendre au plus grand nombre possible de secteurs de l'économie.

Outre son intérêt économique, cette évolution s'insère également dans le cadre de l'initiative « mieux légiférer » initiée par le Livre Blanc de la Commission européenne sur la gouvernance européenne<sup>119</sup>. En effet, la nouvelle approche repose sur une méthode simplifiée de réglementation, qui limite la tâche du législateur à l'élaboration d'exigences essentielles de protection et développe celle des organismes européens de normalisation, qui ont pour mission d'adopter les spécifications détaillées correspondant à ces prescriptions obligatoires. Elle constitue en ce sens un modèle de « co-régulation » particulièrement opportun pour la réalisation des objectifs de Lisbonne et de Göteborg (e-europe, développement durable), de même que pour les transports ou la protection des consommateurs, pour permettre l'innovation, la compétitivité et « soutenir les principes de confiance, de transparence et de compétence » dans la législation européenne.

La généralisation de cette méthode, promue en « politique » et désormais en « philosophie », soulève néanmoins de très nombreuses questions à la fois théoriques et pratiques.

Nous verrons d'abord comment se traduit l'évolution de la normalisation vers les services en démontrant que la substitution des normes juridiques par des normes techniques contribue à créer une régulation qui empiète parfois sur la compétence du législateur, au point de faire émerger une sorte « d'hyper loi » (I), puis nous en préciserons les enjeux juridiques (II).

### **I. EVOLUTION VERS LA NORMALISATION DES SERVICES**

Après avoir observé comment les services sont définis et pris en considération par le droit international et européen (A), l'on s'est tourné du côté des projets et stratégies de normalisation des services émanant des organismes ou institutions européens, initiateurs des projets, dans une perspective comparée (B). L'on a ainsi observé qu'il existe une définition classique pertinente pour mettre en place la libéralisation des services et une définition spécifique plus appropriée pour la mise en œuvre de l'activité de normalisation.

---

<sup>119</sup> Livre blanc sur la gouvernance européenne, du 25/07/2001, COM 52001° 428 FINAL

## ***A. La notion de service en droit international économique et en droit européen : des services libéralisables.***

Tant le droit international économique que le droit européen proposent une définition économique de la notion de service qui demeure insuffisante pour cerner l'intérêt de l'évolution de la normalisation vers ce secteur.

### 1. Le droit international économique

Les services ont fait depuis septembre 1986, avec l'ouverture du cycle d'Uruguay à Punta del Este, l'objet de discussions âpres dans le contexte mondial, de nombreux Etats refusant d'ouvrir leurs marchés. Ils ont finalement été intégrés aux négociations multilatérales avec les accords de Marrakech par l'adoption d'un accord spécifique, l'AGCS (l'Accord Général sur le Commerce des Services), entré en vigueur en janvier 1995 qui vise à aboutir à une libéralisation générale et inconditionnelle des services.

Curieusement dans l'AGCS, la notion de «services» n'est pas précisément circonscrite. Le texte définit la notion de «commerce des services» et ses modes de fourniture qui sont le déplacement transfrontière, la présence commerciale, la consommation à l'étranger, la réception transfrontière.

Il établit ensuite une classification sectorielle qui comporte douze secteurs principaux: les services relatifs au tourisme et aux voyages, les services financiers, les services fournis aux entreprises et services professionnels, les services de communication, les services de transport, les services de construction et services d'ingénierie connexes, les services récréatifs, culturels et sportifs, les services concernant l'environnement, les services de distribution, les services de santé et services sociaux, les services d'éducation et autres services non compris ailleurs).

Ces secteurs sont eux-mêmes divisés en un total de 155 sous-secteurs de services. Enfin l'accord pose les principes de fonctionnement transparence, clause de la nation la plus favorisée etc... et prévoit des engagements futur.

Néanmoins, l'on pourrait déduire une définition des services, d'une disposition de l'AGCS qui impose une restriction importante à ce commerce: « *les services comprennent tous les services de tous les secteurs, à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental* ». L'accord précise néanmoins: « *un service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services*».

On apprend ici que du point de vue du système de l'OMC, les services d'intérêt public sont par principe, exclus de l'AGCS, dès lors qu'ils ne sont pas fournis sur une base commerciale ou ne sont pas en concurrence. Reste à savoir ce que recouvre précisément la notion de service « fournis dans l'intérêt du pouvoir gouvernemental ».

Rien n'est précisé non plus sur ce point. L'on peut simplement déduire à contrario qu'il s'agit, selon les Etats, des services rattachés à la puissance publique et à ses pouvoirs régaliens: police, justice, armée...Mais là encore, l'hypothèse est incertaine. L'éducation, la santé, les transports en font-ils partie? Les régimes juridiques de membres de l'OMC diffèrent considérablement en fonction des choix de politique économique faits par les pouvoirs publics.

### 2. Le droit européen

Le droit européen connaît la notion de « services » depuis l'origine. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit dans l'article 56 que « les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites ». Aux termes de l'article 57, sont considérés comme services, les prestations fournies normalement contre rémunération, et notamment les activités de caractère industriel, commercial, les activités artisanales, les activités des professions libérales. Les textes n'en disent pas plus sur la notion elle-même, c'est pourquoi, elle a été précisée au fil des années par la jurisprudence. Ainsi par exemple, l'arrêt du 27.9.1988 - Affaire 263/86, Humbel, n° 17, précise :

*« La caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service. »*

Sur cette base là, le critère déterminant de la notion de « services » en droit européen est l'existence d'une prestation contre rémunération : il s'agit donc, comme en droit international économique d'une définition économique. Les arrêts nombreux rendus en la matière ont démontré que celle-ci est même interprétée très largement par la cour de justice de l'Union européenne, car y ont été intégrées les prestations sportives amateurs dès lors qu'elles ont été sponsorisées ou les activités de loterie ainsi que les jeux et paris. Seules, finalement les activités religieuses ou exclusivement culturelles en sont exclues, puisque le critère principal est un critère marchand.

A côté du développement de la jurisprudence, les services ont été visés dans quelques textes mais ceux-ci n'ont pas apporté d'éléments nouveaux et ont confirmé l'approche économique posée par les textes institutifs et les juges. Dans la directive 98/34<sup>120</sup>, le législateur européen applique les principes de la nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation aux services de l'information. La directive « services »<sup>121</sup>, adoptée entérine l'acquis :

- 1) «service», toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité;
- 2) «prestataire», toute personne physique ressortissante d'un État membre, ou toute personne morale visée à l'article 48 du traité et établie dans un État membre, qui offre ou fournit un service;
- 3) «destinataire», toute personne physique ressortissante d'un État membre ou qui bénéficie de droits qui lui sont conférés par des actes communautaires, ou toute personne morale visée à l'article 48 du traité et établie dans un État membre, qui, à des fins professionnelles ou non, utilise ou souhaite utiliser un service;

Son apport principal est surtout d'exclure une série de services qui relèveront d'autres dispositions et de régimes particuliers. Il s'agit des services non économiques d'intérêt général; les services financiers (y inclus ceux ayant trait à la banque, crédit, assurance et réassurance, retraites professionnelles ou individuelles, titres, fonds d'investissements et aux paiements) ; les services de communications électroniques pour ce qui concerne les questions régies par les directives en la matière, les services de transport, y inclus les services

---

<sup>120</sup> Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques Journal officiel n° L 204 du 21/07/1998 p. 0037 - 0048

<sup>121</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27.12.2006

portuaires; les services des agences de travail intérimaire; les services de soins de santé; les services audiovisuels; les activités de jeux d'argent; les activités liées à l'exercice de l'autorité publique; certains services sociaux (relatifs au logement social, à la garde d'enfants et à l'aide aux personnes dans le besoin); les services de sécurité privée; les services fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics.

Ces activités sont écartées des règles générales de libre circulation, soit parce qu'elles ne constituent pas des services « économiques » au sens du droit européen, c'est-à-dire accomplies dans le cadre d'une activité marchande, soit sur demande des Etats membres qui ne souhaitent pas que leur soient appliqués les principes généraux européens, donc à titre dérogatoire. Il en résulte que la définition des services en droit de l'Union européenne est liée, comme en droit international économique, intimement à un régime juridique: celui de la libre circulation, c'est-à-dire de l'harmonisation et de la reconnaissance mutuelle. Mais celle-ci ne correspond pas forcément à l'activité de normalisation comme il en sera question ci-dessous, ce qui a contraint les institutions européennes à rechercher une nouvelle définition des services qui peuvent être normalisables.

## **B. Les services « normalisables »**

La notion de « services » est appréhendée différemment lorsque les services sont pris en compte par la normalisation. L'on évoquera quelques initiatives internationales et nationales en la matière (1), puis l'on précisera les développements européens institutionnels récents (2).

### **1. Initiatives internationales, européennes et nationales en matière de normalisation des services**

Rien dans les accords OMC n'est prévu sur la normalisation des services. Seule, l'annexe de l'AGCS sur les télécommunications contient une référence aux organismes de normalisation. Les membres reconnaissent pour ce domaine, l'importance de normes applicables au niveau mondial, et s'engagent à apporter leur soutien à la normalisation. Le texte renvoie aux standards internationaux en vigueur, comme par exemple à la série de normes ISO 14000 pour le domaine des systèmes de gestion environnementale. Mais en matière de services comme en matière d'obstacles techniques, les textes indiquent que, « *dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les [Etats] membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques (...)* »<sup>122</sup>. Les Etats ne sont déchargés de cette obligation que si de telles normes internationales sont inexistantes, inefficaces ou inadéquates pour la réalisation de leurs objectifs légitimes, ce qui est particulièrement difficile à démontrer.

Il reste donc à renforcer la normalisation internationale des services. Mais les discussions ne progressent que très lentement. Des réflexions se sont engagées toutefois à partir de 1998 : l'ISO et l'OMC ont organisé ensemble des séminaires afin d'identifier les besoins en normes internationales. En septembre 2002, le DIN (Deutsches Institut für Normung) a réuni des experts de la politique, du monde des affaires, de la science et de la normalisation dans le cadre d'une conférence consacrée au thème des « Normes de services pour des marchés mondiaux ». La première norme de services (ISO 22222 en gestion de

---

<sup>122</sup> Art. 2.4 de l'accord OTC

patrimoine) a été publiée en 2006.

Très récemment, trois nouvelles normes ISO ont été adoptées : les normes ISO 24510, ISO 24511 et ISO 24512. Elles portent respectivement sur le service à l'utilisateur, la gestion des services publics d'alimentation en eau potable et la gestion des services publics d'assainissement. Elaborées sous la présidence de la France représentée par AFNOR<sup>123</sup>, elles sont le fruit de cinq années de réflexion du comité ISO/TC 224, comité regroupant une centaine d'experts représentant une trentaine de pays. En tant que normes de services, elles ont un objectif commun: fournir les lignes directrices en vue d'améliorer la qualité et la gouvernance des services d'eau dans l'intérêt de l'utilisateur et de la protection de l'environnement.

Applicables dans tout pays industrialisé ou en développement, dans les grandes villes comme en zone rurale et adaptées à tout mode de gestion des services, ces trois normes sont complémentaires aux normes de système de management ISO 9001 et ISO 14001 et intègrent les principes fondateurs du développement durable. Elles constituent de nouveaux outils efficaces pour les organismes responsables des services publics de l'eau, les opérateurs, les usagers mais aussi les bailleurs de fonds internationaux (ONU, OCDE, banque mondiale) dans le cadre de leur politique de développement.

La priorité est d'expérimenter ces nouveaux outils dans différentes régions du monde (Afrique, Amérique du Sud, Europe...). En France, la commission de normalisation concernée, étudiera début janvier les modalités de révision des normes françaises afin qu'elles soient cohérentes avec les nouvelles normes internationales.

L'ISO a depuis formé un groupe de réflexion sur la normalisation des services intégrant la planification financière personnelle et la sécurité sociétale. Les secteurs touchés sont : les avis sur le marché et la recherche sociale, le Tourisme et services connexes, services d'évaluation psychologique, services d'évaluation de marque, Services d'enseignement, Les services de nettoyage, services de notation.

Au plan national, l'évolution de normalisation dans le domaine des services prend un essor important dans le secteur médico-social et pourrait contribuer à renforcer les droits des usagers<sup>124</sup>. Depuis une dizaine d'années, on note en effet de nombreuses réglementations et initiatives de normalisation pour le développement des services à la personne<sup>125</sup>. L'objectif de ces textes, ainsi que l'explique M. Pelletier, est « *de s'assurer qu'une véritable prestation de qualité est délivrée par les professionnels, et que les risques inhérents aux activités de ces secteurs sont maîtrisés, dès lors que l'aide apportée s'adresse en priorité à un public fragilisé*

---

<sup>123</sup> Les organisations françaises ayant participé à l'élaboration des trois normes sont : le MEDAD\*- Direction de l'eau, la Fédération Professionnelle des Entreprises de l'Eau (FP2E), l'Association des Maires des Grandes Villes de France (AMGVF), la Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et en Régie (FNCCR), Programme Solidarité Eau (PSEau).

<sup>124</sup> Voir Christophe Pelletier, docteur en microbiologie et hygiéniste responsable qualité unassad, La normalisation au service des droits des usagers, *Gérontologie et société* 4/2005 (n° 115), p. 215-223. URL : [www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe-2005-4-page-215.htm](http://www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe-2005-4-page-215.htm); DEMARCHE QUALITE et services aux personnes à domicile, DUNOD ; Le management par la qualité dans les services à la personne, avril 2010, Dunod.

<sup>125</sup> Du côté législatif et réglementaire, Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ; Loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne ; Arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la Charte des droits et libertés de la personne accueillie ». Du côté des documents de soft law : Charte des professionnels en gérontologie, Institut de Gérontologie du Limousin, 2003 ; Norme NF X 50-056 « Services aux personnes à domicile » (septembre 2000) et règles de certification NF 311 (juillet 2004) ; Norme NF X 50-058 « Etablissements hébergeant des personnes âgées » (février 2003) et règles de certification NF 386 (septembre 2004)

*(personnes diminuées par l'âge, la maladie ou le handicap). Cette orientation politique n'est pas la seule affichée car, dans le même temps, elle est rejointe par le désir des professionnels de ces secteurs d'être reconnus comme tels et d'en apporter la preuve. A ceci s'ajoute un niveau toujours croissant des exigences des usagers eux-mêmes face aux services et prestations qu'ils reçoivent. »*

Ainsi, l'auteur explique que, dès 1997, les professionnels du secteur social et médico-social, conscients des changements qui allaient s'opérer et soucieux de placer les droits des usagers au centre de toutes les préoccupations, anticipent cette tendance en recherchant un dispositif capable de valoriser leurs compétences et convertir l'utilisateur en véritable client avec des droits et des obligations. Ils ont trouvé celui-ci dans l'activité de normalisation en raison du cadre consensuel et légitime qu'elle offre et qui permet de rassembler autour d'une même table des expériences et des positions variées, complémentaires ou divergentes, et de les mettre en cohérence pour obtenir au final des documents dont le contenu est partagé et accepté par toutes les parties.<sup>126</sup>

M. Pelletier explique que les premiers travaux des professionnels du secteur ont d'abord eu lieu au sein de Gériapa (Groupement d'Etudes, de Recherches et d'Initiatives pour l'Aide aux Personnes Agées). Entre 1998 et 2000, la participation de tous les acteurs socio-économiques de ce secteur (unions et fédérations, représentants des usagers, pouvoirs publics, financeurs, DGCCRF, ...) a abouti en septembre 2000 à l'élaboration de la norme NF X 50-056 « Services aux personnes à domicile ». Cette norme précise les dispositions organisationnelles, humaines, matérielles et documentaires que doivent mettre en place les structures d'aide, de soins et de services à domicile dont la mission vise à faciliter, maintenir ou améliorer la vie à domicile et ceci, pour les personnes âgées, handicapées et / ou malades, ainsi que pour les familles en difficulté.

L'article précité indique que : « dans le cadre d'une certification, la norme NF « Services aux personnes à domicile » est complétée par les règles de certification NF 311 de juillet 2004 qui précisent les dispositions, formulaires et procédures que l'on doit retrouver au sein d'une structure certifiée. Cette certification offre à l'utilisateur l'assurance que la structure prendra toutes les mesures nécessaires pour répondre à ses besoins, au mieux de ses intérêts et de ses droits. Ce contexte va grandement faciliter l'établissement de relations solides et durables avec l'utilisateur. Un scénario semblable s'est renouvelé avec la norme NF X 50-058 « Etablissements hébergeant des personnes âgées » parue en février 2003, laquelle est complétée par les règles de certification NF 386 de septembre 2004 lorsque, à nouveau, une certification du système qualité est envisagée. Ces deux normes sont aujourd'hui largement adoptées par les structures adhérentes aux unions et fédérations du secteur social et médico-social dans la mise en place d'une démarche qualité. De plus, les partenaires et financeurs de ces structures sont de plus en plus sensibles à leur mise en œuvre par les professionnels. Plusieurs conseils généraux rendent aujourd'hui obligatoire l'adoption de ces référentiels au sein de leur département. »

« Quel est par conséquent le contenu de ces différents référentiels normatifs qui puisse

---

<sup>126</sup> « La normalisation a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans des relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux » (décret n° 84-74 du 26 janvier 1984). La norme est un « document établi par consensus, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné » (Guide ISO/CEI 2).

expliquer leur succès ? Ce contenu est conforme aux textes légaux et réglementaires, en particulier la loi du 2 janvier 2002 et la loi du 26 juillet 2005. Ce qui est particulièrement intéressant, c'est que tous ces documents réglementaires et normatifs poursuivent le même objectif et concourent à placer l'utilisateur au cœur des initiatives et des préoccupations des professionnels, et ceci à toutes les étapes de leurs activités. Ce sont ces étapes où les droits des usagers sont omniprésents dans la norme NF « Services aux personnes à domicile » qui vont maintenant être détaillées. Des exigences de qualité et de sécurité équivalentes seront retrouvées dans l'autre norme NF « Etablissements hébergeant des personnes âgées » ».

« Dans la norme NF « Services aux personnes à domicile », la déontologie du secteur social et médico-social est un thème essentiel auquel sont particulièrement attachés les professionnels. Ainsi, un chapitre entier de cette norme est consacré aux trois principes éthiques que sont l'« Attitude générale de respect » (respect de la personne, de ses droits fondamentaux, de ses biens, de son espace de vie privée, de sa culture, ...), l'« Intervention individualisée » (prestation ajustée aux besoins et attentes de la personne) et la « Relation triangulaire » (réfèrent de la structure et membre de l'encadrement qui protège l'utilisateur d'éventuelles pratiques abusives ou non satisfaisantes, et protège également le personnel d'intervention en l'aidant à maintenir une juste distance professionnelle conjuguant technicité et affectivité). Ces principes fondamentaux sont d'autant plus importants que les services aux personnes à domicile font coexister l'espace privé des usagers et l'espace de travail des intervenants. Dans la norme NF, il est généralement exigé que ces valeurs déontologiques soient adoptées par chaque structure, et diffusées à travers des documents appropriés auprès des professionnels et des usagers. Ces principes sont par ailleurs repris dans les engagements éthiques de plusieurs Chartes qualité et notamment la « Charte du patient hospitalisé », la « Charte des droits et libertés de la personne accueillie », la « Charte des droits et libertés de la personne âgée dépendante » et la « Charte des professionnels en gérontologie » (voir encadré 1). »

« En matière d'accueil téléphonique ou physique, les démarches qualité amènent les professionnels à mettre en place un certain nombre de dispositions. Une signalétique externe claire permet aux usagers d'accéder facilement à l'entité. Dans les locaux, ces derniers sont accueillis avec rapidité et convivialité et ils identifient leurs interlocuteurs sans difficulté grâce à un badge ou à un chevalet. La discrétion des échanges est généralement assurée dans des bureaux fermés. L'enregistrement de chaque passage permet de retrouver tous les contacts d'un usager avec la structure et d'en établir un historique. Le degré d'urgence d'un contact, quel qu'il soit, fait l'objet d'une mesure particulière en terme de traçabilité, de transmission et de traitement. En dehors des heures d'ouverture, l'utilisateur a la possibilité de laisser un message sur un répondeur. Lorsque aucune réponse ne peut être apportée à la demande d'un usager, celui-ci est orienté vers une autre structure et un annuaire des partenaires peut lui être remis. Dans tous les cas, son droit à la meilleure information fait qu'aujourd'hui, on ne le laissera pas partir sans qu'il ne sache quoi faire ni auprès de qui ».

« Pour assurer l'adéquation du service aux besoins de l'utilisateur et définir l'intervention correspondant à l'objet de la demande, l'entité procède à une évaluation des besoins et à l'appréciation de l'environnement et des conditions de vie du futur client. Cette évaluation requiert des outils d'analyse adaptés aux différentes situations des usagers (grille AGGIR, démarche DESIR, ...) et nécessite du personnel formé à ces outils. Les informations ainsi recueillies permettent la rédaction d'une proposition de services dont les éléments constitutifs doivent favoriser le consentement éclairé de l'utilisateur. Ainsi, des précisions sont nécessairement apportées sur la finalité, le contenu et le mode d'intervention (prestataire ou

mandataire), ainsi que sur les tarifs pratiqués, les modes de financement possibles, les compétences et qualification des intervenants, ... Il est important de rappeler que cette proposition de services correspond au « livret d'accueil » prévu dans le cadre de la loi du 2 janvier 2002. A cette étape de la relation usager structure, l'avis des futurs bénéficiaires des prestations est activement recherché. L'utilisateur dispose par conséquent d'un véritable droit de regard sur les décisions qui le concerne. En d'autres termes, il a « son mot à dire ». La norme NF « Services aux personnes à domicile » prévoit que la structure reformule la demande de l'utilisateur et s'assure que celui-ci a une bonne compréhension de ce qui est mis en place pour répondre à ses besoins ».

« En plus de la proposition de services, deux autres documents nécessaires à la construction de la relation contractuelle sont à destination des usagers : le devis et le contrat, encore appelé « document individuel de prise en charge » dans le cadre de la loi du 2 janvier 2002. Ces dispositions apportent à l'utilisateur les éléments quantitatifs et qualitatifs sur la prestation, à la fois techniques, financiers, logistiques et humains. Le devis et le contrat sont des documents juridiques ayant l'avantage de présenter les engagements réciproques formulés clairement et sans ambiguïté. Le code de la consommation renforce encore les droits des usagers en prévoyant un bordereau de rétractation annexé au contrat ».

« Lors de la mise en place et de la réalisation des interventions, après que l'utilisateur a accepté les termes du devis et du contrat, l'organisation va garantir à l'utilisateur le bon déroulement des tâches prévues et l'atteinte des objectifs de la mission. Il va ainsi bénéficier d'un personnel d'intervention compétent et formé, d'une continuité de service pendant les congés ou les arrêts maladie, d'une évaluation régulière de sa situation et d'un réajustement de la prestation en cas de besoin. Il va pouvoir exprimer son niveau de satisfaction sur la qualité des prestations qui lui sont délivrées. En cas de mécontentement, l'utilisateur est assuré que l'entité traitera rapidement sa réclamation et lui apportera une réponse satisfaisante pour laquelle il peut éventuellement être sollicité ».

« D'autres occasions sont envisagées où l'utilisateur peut intervenir dans la vie institutionnelle de la structure. Il s'agit notamment de sa participation à des groupes d'expression, mais également lors de l'Assemblée générale. Un représentant des usagers est même parfois présent au sein du Conseil d'administration de la structure. De nouveau, toutes ces possibilités s'inscrivent dans le cadre de la loi du 2 janvier 2002 qui instaure le « Conseil de vie sociale ou toute autre forme de participation » auquel l'utilisateur peut légitimement prétendre pour évoquer ses interrogations et faire valoir ses droits ».

« Reste la question de savoir qui veille, au sein des structures, au respect des droits des usagers ? C'est la direction et le personnel d'encadrement qui sont les garants du respect des dispositions exigées dans les normes et de facto des droits des usagers. Les démarches qualité positionnent aujourd'hui le responsable qualité en charge de la mise en œuvre de ces démarches comme le représentant ou encore l'ambassadeur de l'utilisateur au sein des structures. »

« En conclusion, les droits des usagers entrent dans le fonctionnement et les pratiques des prestataires de services, d'aides et de soins aux personnes à domicile non seulement par la voie législative et réglementaire, mais également lors de la mise en place des démarches qualité. En effet, les normes sur lesquelles s'appuient ces démarches tendent largement à renforcer ces droits. Ce constat est annonciateur de profonds changements dans le comportement et les habitudes des professionnels et représente pour eux une occasion de

repenser leur organisation. Il n'est par conséquent pas impossible que cela puisse aller jusqu'à une réécriture des statuts, véritable carte d'identité des structures. La pérennisation des structures existantes passe probablement par ces bouleversements et une réflexion préalable autour des attentes, besoins et droits des usagers devient un préalable incontournable. Peut-être même seront-elles amenées à considérer ce que les démarches qualité nomment les exigences latentes, c'est-à-dire les futurs besoins et attentes des usagers. Des outils existent déjà et permettent de les identifier. Prenons le pari que ces exigences latentes ne deviennent un jour les prochains droits des usagers. Les exigences des consommateurs constituent aujourd'hui autant de pistes de remise en cause et d'amélioration pour les professionnels soucieux de toujours s'adapter, voire de renouveler leur organisation et leurs pratiques et ainsi de mieux répondre à la demande des nombreuses personnes fragilisées et familles en difficulté qui utilisent les services à domicile. Dans le cadre de la loi du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne, d'autres publics en plus grand nombre encore vont être utilisateurs au cours des prochaines années».

## 2. L'élaboration des normes européennes de service

Au plan européen les réflexions sur la possibilité de recourir aux normes pour faciliter le libre échange des services sont plus avancées. Dès 2003, l'EUATC (European Union of Associations of Translation Companies) a présenté une proposition au CEN (Comité Européen de Normalisation) pour l'élaboration d'une norme sur les services de traduction. Le projet appréhende toutes sortes de situations, des plus complexes en plusieurs langues, gérées par de grandes agences de traduction, aux plus individuelles dans une seule langue réalisées par des professionnels indépendants. La version finale a été publiée le 1er août 2006 sous la désignation de Norme européenne EN 15038. Ce texte remplace donc toutes les normes nationales pertinentes dans les pays membres du CEN. Il s'agit d'une des premières normes de services européennes qui peut être certifiée selon différents critères nationaux, et qui pourrait aussi contribuer à l'élaboration d'une norme ISO mondiale dans les années à venir.<sup>127</sup>

Mais il existe des initiatives en matière de maintenance, de service de tourisme, de services postaux et de transport ou en matière médicale et sociale. Prenant appui sur les initiatives de la Commission européenne, une norme EN 15927:2010 «Services offerts par les professionnels de l'aide auditive» va voir le jour en 2010. Elle traite de la formation, des exigences des installations, de l'équipement requis, des exigences éthiques, du système de gestion de la qualité, etc.

Un projet de norme européenne sur les services chiropraticien est attendue d'ici début 2011. Un Comité 403 TC sur la «chirurgie esthétique» a été créé le 15 avril 2010. Il incite les chirurgiens esthétiques à élaborer des normes sur les services de chirurgie esthétique afin d'améliorer la sécurité des patients.

Des discussions sont en cours avec la normalisation des ostéopathes, des opticiens et optométristes...

Dans le domaine social, les modalités de fourniture des services et de financement ont changé. La normalisation peut contribuer avec les partenaires sociaux à réfléchir à leur cohérence européenne. Des ateliers CEN sur les services sociaux (CEN / WS 51) et dans le domaine de l'accessibilité (par exemple un nouveau groupe de travail conjoint est créé sur l'accessibilité numérique des biens et services utilisés dans les marchés publics) sont

---

<sup>127</sup> Pour le Comité directeur de FIT-Europe, Terence Oliver

constitués. Ils font suite à une position commune adoptée par les ONG sociales européennes en 2008 visant à sauvegarder la qualité des services sociaux et sanitaires ainsi que l'égalité des chances.

L'atelier 51 s'insère est soutenu par le programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale 2007-2013 (PROGRESS) géré par la Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et égalité des chances de la Commission européenne. Il contribue ainsi à la réflexion sur l'élaboration de mécanismes pour la définition, la mesure, l'évaluation et l'amélioration de la qualité des services sociaux d'intérêt général (SSIG) suite à la Communication de la Commission sur les « services d'intérêt général »<sup>128</sup>. Il réfléchit au développement d'un cadre facultatif, de lignes directrices sur la méthodologie pour définir, suivre et évaluer les normes de qualité pour les SSIG et le financement d'initiatives de formation des pouvoirs publics sur l'application des règles communautaires aux SSIG, visant notamment à s'assurer que les préoccupations de qualité peuvent être pleinement pris en compte en cas d'externalisation des services sociaux<sup>129</sup>.

La normalisation des services a pris un essor important en réponse à la résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur le rôle de la normalisation en Europe, dans laquelle il était demandé à la Commission d'examiner à quels domaines nouveaux on pourrait appliquer les principes de la Nouvelle Approche. Des réflexions concrètes ont eu lieu ensuite, portant notamment sur la sécurité et la santé au travail, domaine qui a fait l'objet d'un rapport sur le thème de la « Sécurité des services aux consommateurs »<sup>130</sup>. Le véritable point de départ fut le Conseil européen de Lisbonne en 2002 avec « The State of the Internal Market for Services »<sup>131</sup>. Puis en octobre 2003, la Commission a adressé aux organisations européennes de normalisation un « mandat de programmation » (M 340), leur confiant la mission d'élaborer un programme complet de normes possibles concernant les services, ainsi que la mise en place d'études de faisabilité se concentrant sur l'identification des activités dans lesquelles la normalisation européenne est nécessaire. Plusieurs communications furent publiées, sur « la compétitivité des services liés aux entreprises et leur contribution à la performance des entreprises européennes »<sup>132</sup> et sur « Le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européenne »<sup>133</sup>. Le conseil adopta également des conclusions sur la normalisation européenne, les 21 et 22 décembre 2004<sup>134</sup>.

En 2005, la stratégie proposée par le CEN a été acceptée par la Commission européenne, et renforcée par un nouveau mandat de programmation (M/371). La Commission demande à l'organisme européen de normalisation de lui soumettre des projets de sectoriels ou horizontaux de normes de services. En 2006, le CEN a présenté 10 projets sectoriels<sup>135</sup>

---

128 COM (2007) 725

129 <http://www.cen.eu/cen/Sectors/TechnicalCommitteesWorkshops/Workshops/Pages/WS51-QuaSoSe.aspx>

130 Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la sécurité des services aux consommateurs, Bruxelles, le 6.6.2003, [sec(2003) 625], com(2003) 313 final

131 COM (2002) 441, 30.07.2002

132 COM (2003) 747 Final

133 Commission COM (2004) 674 final.

134 14790/2/04 REV 2

135 services de conseil en ingénierie, services d'accueil et de réception, services de recrutement, services de vente, location et maintenance de bateaux, services d'externalisation, services d'accessibilité dans les transports et le tourisme, services des personnes à domicile, les services dans les résidences pour personnes âgées, services pour personnes âgées et handicapées. De nouveaux domaines sont à l'étude : les services funéraires, les services d'archivage de film, les centres d'appels, les services d'impression... source:

qui ont donné lieu à une consultation publique en 2007 sur le bénéfice de la normalisation des services. En 2008, les conclusions du conseil européen sur la normalisation et l'innovation ont mis à nouveau l'accent sur la promotion des normes de service<sup>136</sup>. Aussi, en 2009, une 11<sup>e</sup> étude sur la faisabilité et les avantages potentiels d'une approche coordonnée intersectorielle a été soumise à la Commission. Il s'agit du rapport final relatif au mandat M/371 et cette fois d'une Stratégie Horizontale du CEN pour la Normalisation des Services (CHESS : CEN Horizontal European Service Standardization Strategy) qui définit des lignes directrices mais aussi un glossaire des termes et définitions relatives aux services. Ce rapport volumineux se décompose en sept modules .

Le Module n° 1 porte sur des lignes directrices pour la préparation des normes de service. Il s'agit notamment d'identifier les normes, les bonnes pratiques, les codes d'éthique et les autres documents de référence utilisés ou développés par le secteur des services au niveau national, international et européen, de définir la nature des services (s'il s'agit de services d'entreprise à entreprises ou d'entreprises vers des consommateurs), de définir une approche commune avec des éléments clés) et de s'approcher des experts de différents services et de la normalisation professionnelle.

Le Module 2 contient une série de termes et de définitions à propos desquels l'ensemble des membres du consortium impliqués dans le rapport devait s'entendre (cf ci-dessous).

Le Module 3 propose une vue d'ensemble sur et une analyse du rôle des normes pour la promotion de la sécurité des services. Il propose notamment d'identifier celles qui ont liées à la réglementation et notamment dans le domaine de la sécurité au travail et de la sécurité des consommateurs (Menaces pour la vie et la santé, l'existence financière des consommateurs, et la confidentialité des données personnelles). Trois secteurs ont été particulièrement identifiés : les services de tourisme, les services de santé et les services de transport personnels. Le module relève que la sécurité des consommateurs est un objectif des institutions publiques de l'Union européenne et que par conséquent la normalisation ici sera un soutien à l'action de l'Union.

Le Module 4 est consacré aux bonnes pratiques destinées à la satisfaction des services. Il s'agit notamment d'identifier les procédures qui permettent d'évaluer la satisfaction des bénéficiaires de services au regard du contenu et de la délivrance des services et quelles procédures sont adaptées à tel ou tel service ou applicable plus généralement. Il recommande une méthode de choix pour corréliser les procédures d'évaluation de satisfaction avec efficacité et efficacité. Il a été soumis par exemple de proposer la création d'un organe de l'Union européenne chargé de recueillir les informations relatives aux données de satisfaction des consommateurs dans les différents pays et d'organiser le suivi des niveaux de satisfaction. Ceci s'accorderait avec l'intention d'encourager une notion de « bénéficiaire » de services plutôt que de « consommateurs » de services et la mise au point d'un « système de référence pour l'évaluation de la satisfaction des bénéficiaires de services et de l'indexation (SBSAI).

Le Module 5 contient des recommandations pour les plaintes et les systèmes de recours. Il propose d'examiner les procédures existantes en cas de services insuffisamment rendus, afin d'évaluer leur accessibilité et leur efficacité; il propose d'identifier les différentes réglementations nationales, et les procédures crédibles, accessibles et rentables qui pourraient être promue en systèmes de référence, en particulier pour les services transfrontières. Le rapport du module 5 indique en effet que les consommateurs n'ont pas le même niveau de

---

<http://www.cen.eu/cen/Services/Pages/default.aspx>,

<http://www.cen.eu/CEN/Services/Business/Value/CHESSS/Pages/default.aspx>

<sup>136</sup> Conclusions du Conseil sur la normalisation et l'innovation 2891<sup>e</sup> session du Conseil COMPÉTITIVITÉ (Marché intérieur, industrie et recherche) Bruxelles, le 25 septembre 2008

confiance dans les vendeurs situés dans d'autres pays européens, et beaucoup hésitent à s'engager dans un service transfrontalier en raison de la langue. Seul un système de recours européen et de plainte crédible pourrait donner cette confiance.

Le Module 6 se rapporte aux pratiques innovantes de mesure et de facturation.

Le Module 7 étudie les spécifications, la délivrance et la qualité des services d'entreprise à entreprise.

Ce projet horizontal du CEN vise ainsi à déterminer une approche commune, générique des normes de service, à clarifier les différentes approches entre la normalisation de la qualité de l'organisation et la normalisation des services proprement dite; à identifier les points communs et les différences entre les services d'entreprises à entreprises et les services au consommateur, et enfin à établir une terminologie adéquate pour faciliter la compréhension dans l'ensemble des secteurs de services. En ce qui concerne la notion de service, celle-ci bénéficie donc d'une approche plus large différente de l'approche classique (a). Il en est de même de la notion de "bénéficiaire" (b). On observe enfin l'apparition de nouveaux critères déterminants (c).

#### a) Une notion extensive de services

D'après les travaux du CHESS, les services sont : *l'ensemble d'actions prédéterminées entreprises pour satisfaire aux besoins individuels, aux besoins d'entreprises ou commun et/ou d'autres attentes sur une base commerciale, de bienfaisance ou sans but lucratif.*

Ainsi la notion recouvre des services à la fois marchands et non marchands, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse de la réalisation du marché intérieur par voie de reconnaissance mutuelle ou dans le cadre de la directive service car ceux-ci sont exclus. Ils sont par ailleurs définis très largement car, ils sont envisagés, on l'a vu, horizontalement et sectoriellement : on y trouve les services liés à l'accessibilité au transport et au tourisme, la consultance en ingénierie, les personnes (services à domicile), les résidences pour personnes âgées, les services d'accueil et de réception, le recrutement d'entreprise à entreprise, l'outsourcing dans le domaine de la technologie de l'information, l'outsourcing et les services de maisons intelligentes...

#### b. Une notion extensive de bénéficiaires

L'on connaissait la notion de « consommateur-citoyen », développée par la Commission européenne dans ses premiers textes sur les services d'intérêt économique général<sup>137</sup>. Le normalisateur préfère, quant à lui, celle, plus simple, et plus fédératrice, de « bénéficiaire » de services. Le bénéficiaire est « *une entité obtenant potentiellement le bénéfice de la prestation d'un service et qui peut donc être supposé avoir des attentes et des besoins relatifs à l'objet du service et la nature et la localisation de sa prestation* ».

La notion de client n'est pas écartée. Les « clients » de services, sont les bénéficiaires de service dans un environnement marchand (d'entreprise à entreprise). L'utilisation parallèle du terme client du service à côté du bénéficiaire de service permet de différencier les services fournis à des acteurs économiques et le simple consommateur.

#### c. La prise en compte de nouveaux critères pour la normalisation

---

<sup>137</sup>F. Peraldi Leneuf, « *Le consommateur-citoyen ou la mutation des obligations de service public* », in actes du colloque de la cedece sur les services d'intérêt économiques général, entre régulation et marché, Juin 1998, La documentation française.

L'élaboration de ces définitions spécifiques ont pour conséquence l'apparition de nouveaux critères :

- **Le Besoin** de service : est défini comme l'exigence, dont la satisfaction est essentielle à la prestation d'un service (le bénéficiaire de services).

- **L'attente du service** : est l'anticipation du niveau de satisfaction qui peut raisonnablement résulter de la réception d'un service, y compris la nature et le mode de livraison. Les attentes qui pourraient être positives ou négatives, sont susceptibles d'être renseignées par les bénéficiaires du service au regard de leurs droits, de leur expérience antérieure, des informations (par exemple la publicité, le bouche-à-oreille) et la connaissance des charges qui doivent être accomplies par le prestataire de services.

- **L'Insatisfaction** : la réponse émotionnelle à la prestation d'un service qui n'a pas réussi à répondre aux attentes, pour une raison quelconque. Note: l'insatisfaction est la principale raison de la perte de la consommation. Il est possible pour un service destiné à répondre aux besoins réels du bénéficiaire de services et pourtant être la cause de mécontentement, car il a omis de répondre aux attentes. Il est important de reconnaître que l'insatisfaction mai ne pas toujours être identifiés par une plainte. Pour toutes ces raisons, l'ouverture et la précision de la communication / information associée à l'offre / la livraison d'un service sont d'une importance primordiale à la fois prestataire de services et le bénéficiaire du service.

- **(service) d'évaluation**: procédure / processus destiné à faciliter la comparaison entre services ou entre un service et établissant un cadre de référence accepté pour l'évaluation ou la mesure des niveaux de satisfaction des bénéficiaires de services à l'égard de la prestation de ce service

Désormais, au regard de l'ensemble de ces éléments, la question essentielle qui se pose est de savoir si finalement tous les services sont normalisables ? Il semble que les définitions larges proposées appuient cette idée. Mais alors, cette extension est-elle liée à un besoin d'un grand nombre ? à un besoin particulier, si oui comment le déterminer et au regard de quels éléments ((droit) fondamental)? ou est-elle due à l'absence d'intervention (défaillance) du législateur (national ou européen)? ou encore à une stratégie commune du législateur et du normalisateur ? Dès lors quelles en sont les risques et les conséquences éventuelles du point de vue démocratique puisque cette normalisation va bien au-delà de la loi ?

## **II. LES ENJEUX JURIDIQUES LIES A L'EXTENSION DE LA NORMALISATION DES SERVICES**

L'observation de l'extension de la normalisation des services nous conduit à émettre deux réflexions sur ses enjeux : l'une aboutit au constat que les relations entre la normalisation et la loi se modifient (A), l'autre nous conduit à nous interroger sur son opportunité du point de vue de sa légitimité démocratique (B).

**A L'évolution des rapports entre la normalisation et la loi : l'apparition d'une hyper loi ?**

Depuis toujours, les théoriciens du droit savent qu'il existe à côté de la loi, interprétée au sens de législation, c'est-à-dire envisagée comme une "invention humaine"<sup>138</sup>, des règles issues de comportements ou de pratiques qui se constituent de façon autonome. Montesquieu évoquait cette question dans l'Esprit des lois<sup>139</sup>. F.A. Hayek, dans "Droit, Législation et Liberté"<sup>140</sup>, allait plus loin, estimant qu'en dehors de l'ordre fabriqué, organisé par l'homme, qu'il appelle "Taxis", il existe des ordres spontanés, "mûris par le temps", extérieurs à toute action humaine délibérée, qu'il dénomme "Nomos". Tous se sont accordés aussi pour considérer que la vie de ces règles est éphémère. Le plus souvent, pour des raisons d'ordre sociologique, économique, politique, elles sont rectifiées par la législation ou formalisées par le droit. Il peut apparaître en effet indispensable, à un moment donné, dans l'intérêt des citoyens, de recourir à la loi. Cette attraction des règles non juridiques par les règles juridiques a été largement commentée. Certains, comme J. Carbonnier<sup>141</sup> ont observé que *"quand on examine la relation constante qui existe entre le bloc des normes juridiques et les diverses normes non juridiques, on est frappé par le fait que la relation n'est pas réciproque. La norme juridique a un pouvoir de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale, tandis que l'inverse n'est pas vrai"*. Ainsi, le rapport est inéquitable. La norme juridique l'emporte. Dans le même sens, P. Amselek, a remarqué que l'extension du champ d'application de la technique juridique correspond au développement du droit public et plus globalement à l'apparition de l'Etat de droit<sup>142</sup>. La normalisation est révélatrice de ces rapports complexes entre droit et non droit. A partir du XX<sup>e</sup> siècle, les pouvoirs publics se sont appropriés les normes techniques. L'intérêt des autorités publiques s'est manifesté de manière plus ou moins rigide selon les pays, allant de sa contractualisation (Allemagne) à sa mise sous tutelle (France). La mission de la normalisation l'a amenée ainsi à intervenir de plus en plus dans des domaines relevant autrefois de la puissance publique, c'est-à-dire liés à la sécurité, la protection des consommateurs ou de l'environnement. Aujourd'hui cependant, il n'est pas certain que cette observation soit toujours exacte. Le besoin de normaliser ou de standardiser les produits, qui s'était en effet toujours développé depuis les sociétés antiques, en marge du droit, semble reprendre cette voie. La tendance s'inverse. L'Etat intervient de moins en moins dans l'économie et laisse une marge de manœuvre plus grande, dans de nombreux domaines, à d'autres acteurs, promouvant la formation et la prolifération de nouveaux instruments de régulation, non juridiques et particulièrement des normes et autres documents techniques. De la sorte, ils ont de moins en moins besoin de la réglementation publique pour exister.

La normalisation, n'est plus systématiquement incorporée dans la loi, mais est établie de plus en plus en collaboration avec la loi, la soutient, la complète et devient ainsi une méthode de co-régulation (1). Dans certains domaines, comme dans celui des services, elle tend aussi à exister parallèlement à la loi, à se substituer à elle, produisant des instruments d'autorégulation (2). Dans les deux hypothèses, la norme technique va souvent plus loin que la loi et devient une sorte d'hyper loi...

### 1. L'évolution des techniques d'association de la loi et des normes techniques en droit européen: la co-régulation

---

<sup>138</sup>F.A. Hayek, "Droit, Législation et liberté", t. 1, "Règles et ordre", PUF, 1980.

<sup>139</sup> Montesquieu, "De l'Esprit des lois", I, Chap. 1, *"Les êtres particuliers intelligents ont des lois qu'ils ont faites, mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites"*.

<sup>140</sup>F.A. Hayek, "Droit, Législation et liberté", op. cit.; Cf. aussi, H. Cousy, "Le rôle des normes non juridiques dans le droit, Rapport belge au XI<sup>e</sup> congrès de l'Académie internationale de droit comparé, 1989, éd. Bruylant.

<sup>141</sup>J. Carbonnier, "Les phénomènes d'internormativité", in "Essai sur les lois", Répertoire du notariat Defrénois", 1979, p. 251.

<sup>142</sup>P. Amselek, "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", RDP, 1982, p. 275.

L'évolution du droit et de l'activité de normalisation a très nettement rapproché leurs objectifs. A la fin du XX<sup>e</sup> siècle, les réglementations sont devenues de plus en plus précises et complexes, et la normalisation a évolué progressivement vers la définition des produits, leurs aptitudes à l'emploi, les risques liés à leur utilisation. Avec la confiance naissante dans les structures privées chargées de l'élaboration des normes techniques, les procédés de référence à celles-ci se sont généralisés. On a fait appel aux normes techniques de plus en plus pour élaborer ou compléter la règle de droit.

Selon J. Carbonnier<sup>143</sup>, la règle de droit, lorsqu'elle concerne un domaine technique, fonctionne comme un *contenant*. Son but consiste à "*formaliser*" des normes non juridiques préexistantes, c'est-à-dire à les "*absorber*"<sup>144</sup>. Mais il existe plusieurs procédés de recours aux normes techniques.

---

<sup>143</sup> J. Carbonnier, "Les phénomènes d'internormativité", Essai sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 251 et s; P. Gothot, "L'hypothèse du non droit", Faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de Liège, Commission droit et vie des affaires, 1978, Liège; "La règle de droit", Travaux du centre nationale de recherche de logique, Bruxelles, éd. Bruyant, 1971; Wroblewski, "La règle de décision", cité par Hermann Cousy: "Le rôle des normes non juridiques dans le droit", Rapport Belge au IX<sup>e</sup> congrès de l'Académie internationale de droit comparé. Cf. aussi supra Introduction générale.

<sup>144</sup> H. Cousy, "Le droit des normes professionnelles et techniques", éd. Bruyant, Bruxelles. op. cit.

Le plus simple, que l'on peut appeler "*formalisation*", ou « *incorporation* » consiste pour les autorités publiques, à incorporer des normes élaborées et promulguées par un organisme officiel dans la législation. Cette technique est employée dans les hypothèses où l'Etat intervient pour assurer la sécurité d'un produit ou d'autres intérêts généraux.

L'autre mécanisme consiste à employer le procédé de la "*référence*" à la norme technique dans la réglementation<sup>145</sup>. Il permet aux pouvoirs publics d'utiliser le travail de normalisation déjà effectué par les organismes compétents et d'alléger ainsi les règlements de leur partie technique<sup>146</sup>. Surtout, il se caractérise par sa souplesse puisqu'il facilite l'adaptation au progrès technique de ces règles. Cette solution présente un avantage certain, notamment pour les milieux professionnels: la norme est en effet mieux acceptée car elle est issue d'un consensus entre les différents partenaires économiques et sociaux, et bénéficie d'une reconnaissance officielle.

La référence peut se réaliser sous différentes formes: la référence "rigide", la "référence" glissante, la référence "ouverte" aux normes. Dans le premier cas la norme et ses caractéristiques sont précisément désignées par la réglementation. Cette méthode présente un avantage de sécurité mais aussi un certain inconvénient car on ne peut modifier la norme que si l'on modifie la réglementation. Dans le second cas, la règle désigne la norme mais ne détermine pas sa date de publication, ce qui permettra de l'actualiser. Dans le troisième cas, il s'agit simplement de faire référence de manière abstraite aux normes existantes ou futures. Les auteurs des textes utilisent ici généralement l'expression "*conforme aux normes en vigueur*". Cette dernière solution présente des avantages incontestables par sa souplesse, mais laisse en suspens un certain nombre d'interrogations quant à la norme à appliquer.

Le droit européen a conçu un mécanisme de référence à la norme presque similaire dans la politique de la nouvelle approche. A la différence toutefois des systèmes français et allemand, il semble plus complexe au niveau des relations entre les pouvoirs publics et les instances privées de normalisation.

Les premiers passent en effet une « commande » de normes aux secondes dans le cadre d'un « mandat » qui définit l'objet de la normalisation, en fixe le cadre et le financement.

Ces mandats étaient délivrés à l'origine (à partir des années 90) uniquement dans le cadre des directives « nouvelle approche ». Depuis peu, les pouvoirs publics européens, ont étendu ce système à d'autres législations européennes. Les normes émises ainsi soutiennent la réglementation mais surtout contribuent à son allègement, à sa simplification. C'est la raison pour laquelle, la Commission européenne, dans sa conception de la gouvernance européenne présentée dans son Livre Blanc de l'année 2000, considère comme particulièrement opportun le développement des techniques de co-régulation reposant sur l'association « pouvoirs publics entités privées » pour l'élaboration de la législation communautaire.

Dans sa communication sur « *le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européenne* »<sup>147</sup>, et dans celle relative à son action « *mieux légiférer* »<sup>148</sup>, elle confirme qu'il s'agit d'un mode alternatif de « co-régulation » qui participe à

---

<sup>145</sup>La réception des normes peut se situer à plusieurs niveaux: normatif lorsque le législateur, ou une autorité investie du pouvoir réglementaire, se réfère à la norme non juridique; judiciaire quand le juge détient le pouvoir de faire une appréciation de la norme; contractuel quand les parties incorporent une norme non juridique dans leurs obligations contractuelles.

<sup>146</sup> L'allègement de la réglementation constitue souvent l'objectif premier des autorités qui utilisent le recours aux normes dans la réglementation. Le droit communautaire connaît pareille évolution. Sur les mécanismes d'assouplissement de la règle de droit, voir supra Avant-propos Titre 1, et en ce qui concerne la normalisation européenne, infra Titre 2. Voir aussi l'ouvrage collectif consacré aux « déréglementations-Etudes comparatives », op.cit.

<sup>147</sup> Com (2004) 674 du 18 octobre 2004.

<sup>148</sup> Communication de la Commission du 25 octobre 2005

la simplification du droit et qui peut être étendu à de nombreux domaines : cosmétiques, produits usant de l'énergie, protection de l'environnement, transports et domaine des services.

Sur ce dernier point, le rapport de la Commission de 2007 sur le fonctionnement de la directive 98/34/CE relative à une procédure d'information en matière de règles techniques et de normalisation<sup>149</sup>, met en lumière le rôle accru de la normalisation européenne au travers des commandes de normes réalisées par la Commission européenne. Celles-ci touchent concrètement un champs matériel très vaste, ce qui confirme la pertinence de ce modèle co-réglementaire.

Tel a été le cas, par exemple, du mandat d'étude sur les piles à hydrogène, du mandat de programmation sur le risque de criminalité lié à l'utilisation des produits et services et du mandat de normalisation sur l'archivage des films<sup>150</sup>. Cette association « public/privé » conduit à la formation de nouveaux instruments de régulation qui imbriquent étroitement règle juridique et règle technique. C'est en sens ici que l'on pourrait parler d'une sorte « d'hyper loi » : un texte qui contient à la fois des données de bases réglementaire et mais repose largement sur des documents techniques pour sa mise en œuvre.

Toutefois, si la valeur des premières ne fait aucun doute, celle des secondes en revanche n'est pas dénuée de doutes. Les normes produites restent facultatives tout en s'imposant de fait puisque réalisées sur la base d'un mandat. Ainsi, sous une apparence libérale, cette technique pourrait être plus rigide qu'il n'y paraît. La forme des textes est souple, mais dans la mesure ou l'action des pouvoirs publics s'appuie essentiellement sur les milieux professionnels, cela leur octroie une compétence très vaste. Nous aborderons ces questions ci-après dans le B.

## 2. L'évolution des techniques d'association de la loi et des normes techniques : l'autorégulation.

Il existe un autre cas de figure correspondant à une évolution majeure, notamment dans le cadre des services : il s'agit de la multiplication des initiatives de normalisation privées, intervenant hors du champ législatif, mais qui matériellement couvrent des domaines d'intérêt général qui pourraient faire l'objet d'une législation. On l'a vu plus haut lorsque l'on a évoqué la normalisation des services médicaux et sociaux comme les services à la personne...

En effet, dans la mesure où, comme on l'a vu, les services constituent « des actions qui prennent en compte une activité humaine dont le but est de satisfaire à des besoins individuels, collectifs, marchands ou non marchands »<sup>151</sup>, ils ont vocation à s'appliquer à des domaines très divers, même à ceux pouvant relever de priorités liées à la protection des personnes, leur sécurité, leur santé etc.... Leur normalisation, plutôt que leur réglementation, relève souvent de l'initiative des professionnels.

La question essentielle est de savoir si ces initiatives sont encouragées par les pouvoirs publics, si ceux-ci y participent d'une manière ou d'une autre, ou si elles sont concurrentes de l'action publique, ou même potentiellement conflictuelles avec celle-ci ? En effet, les normes de services pourraient, ni plus ni moins se substituer à la loi et même aller plus loin que ce que pourrait établir la loi puisqu'elles peuvent appréhender tous les aspects techniques d'un domaine.

L'on pourrait parler également ici « d'hyper loi ». L'expression signifie que l'adoption de normes ou de documents normatifs en matière de services totalement privés participent

---

<sup>149</sup> Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, com (2007) 125 final, sur le fonctionnement de la directive 98/34/CE de 2002 à 2005

<sup>150</sup> M /365 FR, 14 mars 2005 , DG INFSO A/01

<sup>151</sup> Voir la définition déjà donnée par le CHESSE

d'un mouvement qui promeut « l'auto-régulation » en mode de fonctionnement ou de régulation de la société.

La question délicate de la prévention de la malveillance a fourni au cours des années 2000 un exemple révélateur des problèmes que peuvent poser cette extension<sup>152</sup>.

Les organismes de normalisation de plusieurs pays du nord de l'Europe ont en effet proposé dans le cadre du CEN, la constitution d'un comité pour l'élaboration d'une norme européenne destinée à normaliser la prévention de la malveillance dans la construction d'habitations. La France, associée à la discussion, s'est opposée à ce projet en raison des divergences d'approches européennes sur la question et en particulier son opposition à la conception anglo-saxonne qui conduit à confier au secteur privé cette régulation et surtout qui vise à établir des quartiers protégés. La position française est au contraire de maintenir la mixité sociale.

Les discussions ont conduit à un projet de « pré-norme » en 2002 auquel se sont opposés avec force des associations, des aménageurs publics et le conseil national de l'habitat, qui considérait inacceptable un texte centré sur la sécurité des biens contre l'effraction et le vol, et qui laisse de côté la prévention des autres problèmes graves vécus par les habitants des villes.. Il a été adopté en tant que « norme expérimentale » mais est en cours de révision sur demande de la France.

Un document sur la prévention de la malveillance par l'urbanisme et la conception des bâtiments - partie 3 « logements » a été en revanche adoptée en octobre 2005 par le CEN. Mais, la représentation française au sein du comité technique (ministères de l'équipement et de l'intérieur et les milieux professionnels concernés (USH, IAURIF, UNSFA...), a pu le faire évoluer positivement, en demandant que soient supprimés les éléments de stigmatisation sociale les plus inadmissibles. Par ailleurs, le nouveau document n'a reçu qu'un statut de spécification technique et non de norme européenne.

Au niveau français, ensuite une loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a modifié l'article L111-3-1 du code de l'urbanisme afin d'assujettir les projets d'aménagement, les équipements collectifs et les programmes de construction qui, par leur importance, leur localisation ou leurs caractéristiques propres sont susceptibles d'avoir des incidences sur la protection des personnes et des biens contre les menaces et les agressions, à la réalisation d'une étude de sécurité.

La Ville de Lyon a, la première, choisi de s'approprier le débat sur la prévention de la malveillance. Dès 2003 un contrat local de sécurité et de prévention de la délinquance a été conclu et une commission consultative communale de prévention situationnelle créée. Les responsables de projets sont les acteurs de la sécurité publique. Un guide de sensibilisation de prise en compte de la « prévention situationnelle » a été également adopté. Ce choix est dicté par la nécessité « de faire partager aux maîtres d'ouvrage, concepteurs et gestionnaires, les préoccupations des acteurs de la sécurité et provoquer leur participation citoyenne ». L'idée est de permettre des prises de décision cohérentes au niveau de la conception, de la construction, de l'organisation du fonctionnement et de la gestion, de l'entretien et de la surveillance est la meilleure garantie d'un fonctionnement adapté du projet à son objectif originel.

## ***B. Les enjeux démocratiques du recours à la normalisation des services.***

---

<sup>152</sup> Voir le dossier « sur la normalisation de la prévention de l'insécurité par l'urbanisme », Louis MOREAU DE SAINT-MARTIN, Alain GARNIER, in urbanisme et sécurité, RTSS,2001.

Le rôle des autorités publiques dans le processus d'élaboration et d'adoption des normes est donc très variable. Elles peuvent être très présentes lorsqu'elles utilisent les normes dans la réglementation ou totalement absentes lorsque l'initiative de normalisation est totalement privée et que le législateur est défaillant. Les guides officiels relatifs à la normalisation expliquent qu'il n'y a pas de réduction du pouvoir des autorités publiques ni de délégation de responsabilité à d'autres parties dans aucune situation, c'est-à-dire ni contournement des prérogatives de l'administration ou du législateur, ni renonciation à réglementer. Autrement dit, les procédés de recours aux normes sont conformes au droit et en particulier aux exigences démocratiques constitutionnelles.

Toutefois, l'extension de la normalisation au domaine des services pourrait remettre en cause ces postulats. Elle nécessite d'avantage que pour les produits un encadrement des relations entre autorités publiques et privées, de même que le respect de certains principes afin de bénéficier d'une légitimité démocratique. Deux aspects particulièrement peuvent être évoqués: la transparence et la participation des intéressés à la normalisation (1), la définition d'un cadre clair (2).

### **1. Démocratie et participation des intéressés.**

Le problème majeur auquel l'on est confronté est que l'extension de la normalisation aux normes sociétales se réalise alors que les processus d'adoption des normes n'ont pas changé: ils privilégient le rôle des experts plutôt que celui des intéressés sociétaux: les consommateurs et les pouvoirs politiques. C'est en particulier ce qui a été déploré concernant la norme sur la prévention de la malveillance. Le Conseil national de l'habitat et le cecodhas<sup>153</sup> ont regretté l'absence totale de contrôle des citoyens dans le processus d'élaboration de la norme: c'est-à-dire l'impossibilité pour les élus, maître d'ouvrage et consommateurs de faire valoir leur point de vue. A propos de la malveillance, Le cecodhas dans une note sur la normalisation des services a très clairement marqué *son opposition à la pérennisation du système actuel qui selon l'association contient un « risque de dérive lorsqu'on fait prévaloir une exigence unique sur toute autre considération, lorsqu'on entreprend de normaliser un domaine dans lequel il n'y a aucun savoir stabilisé et partagé, ni consensus sur les exigences et les modèles à promouvoir »*.

En effet, ces normes, une fois adoptées s'imposent dans les appels d'offre, acquièrent une autorité indiscutable malgré leur caractère obligatoire. Adoptées sans contrôle démocratique par des professionnels, elles ne reflètent pas l'intérêt général et le risque est grand d'une société dominée plus encore par les intérêts marchands.

Ne serait-ce que parce que l'élaboration des normes même repose sur des moyens financiers mis à disposition par les industriels. Ceux qui sont regroupés pourront d'autant consacrer les moyens nécessaires au détriment des autres ou des participants non professionnels comme des habitants, consommateurs, citoyens.

Autrement dit la normalisation actuelle n'est ni représentative ni juste.

Il semble donc que le lancement de tout processus de normalisation dès lors qu'il touche à des préoccupations humaines et sociales devrait se faire avec les décideurs politiques même s'il intervient à l'initiative de l'organisme de normalisation, c'est-à-dire avec les citoyens et très largement toutes les parties intéressées, associations de consommateurs, représentants des collectivités, maître d'ouvrage...à part égale.

Cette prise en compte anticipée du besoin ou de l'opportunité de normaliser entre dans la sphère de la légistique, science de la formation de la loi et plus largement de la régulation. Une réflexion commune européenne sur la nécessité de normaliser ou de légiférer

---

<sup>153</sup> <http://www.cecodhas.org/content/view/408/333/>

dans certains secteurs mérite d'être entreprise, non seulement par le CEN mais également par les pouvoirs publics européen. La directive 98/34 sur les procédures d'informations en matière de réglementation technique et de norme pourrait être mise à profit, surtout lorsque sont en cause la protection des libertés individuelles.

Par ailleurs, ainsi que l'ont évoqué certains<sup>154</sup>, le Parlement européen devrait être associé à toutes les initiatives de la normalisation européenne et prendre même une part active à différents stades de l'activité : son financement puisque les Organismes européens sont des entités privées d'intérêt général qui perçoivent des fonds publics européens, l'adoption des normes au sein de ces organismes, ou de la mise en place des mandats de normalisation, sa mise en œuvre, son contrôle.

Il semble toutefois que la Commission européenne et le Parlement soient prêts à engager cette réflexion. Ainsi, un rapport du Parlement européen du 9 août 2010 en cours d'adoption<sup>155</sup> fait état de plusieurs initiatives en ce sens : le rapport d'un groupe d'experts chargé de la révision du système européen de normalisation (EXPRESS), intitulé "Standardisation for a competitive and innovative Europe: a vision for 2020" (février 2010), une évaluation d'impact sur le "paquet normalisation" réalisée pour la direction générale des entreprises et de l'industrie de la Commission (9 mars 2010), une consultation publique de la Commission sur la révision du système européen de normalisation (organisée du 23 mars au 21 mai 2010), une audition publique sur l'avenir de la normalisation européenne organisée par la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du PE le 23 juin 2010.

Le rapport fait état de l'intention de la Commission de « revoir » le système de normalisation européen et son cadre juridique. Notamment, il souligne le souhait d'intégrer les principes de l'accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce (transparence, ouverture, impartialité, consensus, efficacité, pertinence et cohérence) dans le cadre juridique de la normalisation européenne afin d'en renforcer l'application au sein du système européen de normalisation. Mais il considère que ces principes ne suffisent pas pour garantir que les petites et moyennes entreprises, ainsi que les acteurs de la société civile, en particulier en matière de santé, de sécurité, de consommation et d'environnement, sont correctement représentés dans le processus de normalisation. Le Parlement souhaiterait plutôt l'ajout du principe d'une "représentation équilibrée" pertinent en particulier lors de l'élaboration de normes destinées à soutenir la législation et les politiques de l'Union européenne.

En ce qui concerne la normalisation des services, il adhère à la position de la Commission d'inclure les normes relatives aux services dans le cadre juridique de la normalisation européenne, étant donné que cette démarche, non seulement garantira la notification de toutes les normes nationales relatives aux services susceptibles de constituer des obstacles techniques au commerce dans le marché intérieur, mais doit fournir également une base juridique appropriée, conformément à laquelle la Commission pourra demander aux organismes européens de normalisation (OEN) – c'est-à-dire le CEN, le CENELEC et l'Institut européen des normes de télécommunication (ETSI) – d'élaborer des normes dans le secteur des services.

En ce qui concerne les relations entre législation et normalisation, le parlement prend position pour une séparation claire des domaines de l'un et de l'autre, afin d'éviter « toute

---

<sup>154</sup> Rapporteur pour avis: Yannick Vaugrenard, AVIS du 22.2.2006 de la commission des budgets du Parlement européen à l'intention de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative au financement de la normalisation européenne (COM(2005)0377 –C6-0252/2005–2005/0157(COD 2005/0157(COD)).

<sup>155</sup> Projet de rapport 2010/2051(INI) du 9.8.2010 sur « *l'avenir de la normalisation européenne* » (2010/2051(INI)) ; Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs ; Rapporteur: Edvard Kožušník

erreur d'interprétation en ce qui concerne les objectifs législatifs et le niveau de protection souhaité ». Il renvoie ainsi au législateur le soin d'être très vigilant lorsqu'il détermine les exigences essentielles et à la Commission de fournir avec précision le contenu des mandats.

Surtout, il encourage la Commission européenne à concevoir un système visant à coordonner les politiques et les activités de normalisation, et qui comprendrait tous les aspects d'ordre public du processus de normalisation, de la préparation et l'attribution des mandats à l'adoption officielle, la publication et l'utilisation des normes, en passant par la surveillance des travaux des commissions techniques pour veiller à ce que les normes produites respectent les exigences essentielles de la législation concernées. Il s'agit ici, ni plus ni moins, du point de vue légistique d'organiser un mécanisme global d'anticipation qui va de l'initiative au contrôle de la mise en œuvre de la normalisation.

Pour le reste, le rapport évoque le nécessaire renforcement de l'accès au processus de normalisation par les représentants des petites et moyennes entreprises (PME), les consommateurs (y compris les personnes handicapées et les consommateurs vulnérables), les défenseurs de l'environnement, les travailleurs et les organismes représentant d'autres intérêts sociaux. Il propose de garantir la participation directe des acteurs de la société civile au niveau européen pour leur permettre d'exprimer plus efficacement leurs opinions, leur représentation au sein des commissions techniques nationales demeurant faible. Mais aussi l'accès renforcé des PME et des petits organismes au processus de normalisation.

Il propose que tous les organismes européen institués représentant la société civile se voient accorder une voix dans les organes techniques des OEN, à condition qu'ils aient le statut de membres associés ou de partenaires de coopération des OEN et qu'ils aient participé aux travaux techniques concernés; il estime également que ces organismes devraient se voir conférer, aux mêmes conditions, une voix symbolique dans la procédure d'adoption officielle des normes, voix qui ne serait pas nécessairement comptée dans les résultats mais qui servirait à indiquer le niveau de soutien accordé par toutes les parties prenantes à une norme donnée;

On évoquera pour terminer, à propos de l'implication des consommateurs, que certaines initiatives en matière de normalisation internationale sont venues récemment, non plus du monde industriel mais des consommateurs, des ONG investies dans la protection d'intérêts spécifiques. Il s'agit de l'adoption de la norme ISO 26000. Cette norme a pour objectif de proposer des règles à toute organisation souhaitant allier développement durable et responsabilité sociétale. Elle est appelée à devenir un instrument de régulation de la Responsabilité sociétale des organisations. Sa particularité est que le projet été initié en 2001 par des organisations de consommateurs inquiets face aux pratiques de certaines multinationales et à leurs conséquences sur les conditions de travail et de vie des populations. Par le biais du Comité ISO en charge des relations avec les consommateurs (COPOLCO) elles ont souhaité la réalisation d'une étude de faisabilité sur la normalisation de la RS des entreprises. Un groupe consultatif stratégique (SAG) composé de parties prenantes diverses a émis des recommandations pour finalement déboucher sur une décision d'action : l'ISO 26000. L'objectif de la norme est ainsi d'aider une organisation à prendre en charge ses responsabilités sociétales ; à fournir des lignes directrices pour rendre opérationnelle la responsabilité sociétale, s'engager avec les parties prenantes; à améliorer la crédibilité des rapports et déclarations à propos de la RS ; à Mettre en relief les résultats obtenus et les améliorations ; à accroître la satisfaction et la confiance des clients ; à promouvoir une terminologie commune dans le champ de la RS ; à être cohérent et non pas en contradiction avec les documents, traités et conventions existants, et les autres normes ISO.

Surtout, cette norme relève d'un domaine inhabituel pour l'ISO<sup>156</sup> qui du coup incite les échelons inférieurs à faire de même. En France, l'AFNOR a ainsi mis en place, en janvier 2005, une Commission de Normalisation « Développement durable – Responsabilité sociétale ». Selon l'AFNOR, la vision française de la RS peut également se décliner à peu près de la même façon : Une prise en compte des impacts environnementaux, sociaux et économiques d'une activité ; une démarche volontaire expression d'une volonté d'assumer des responsabilités dépassant les obligations légales ; une contribution aux objectifs de développement durable ; le refus d'une approche morale ou d'exclusion mais une approche de performance et de progrès, et surtout le respect des textes internationaux existants en matière de droits de l'homme, de conditions de travail et d'environnement.

Enfin, on précisera que le Parlement européen dans le rapport précité, relevant le succès de cette approche, propose que le principe d'un nombre de sièges déterminés soit acquis et généralisé.

## **2. Sécurité juridique : un cadre clair.**

La détermination d'un cadre clair pour la normalisation des services en association avec la réglementation consisterait d'abord par passer par la validation de l'initiative par les pouvoirs publics dès que des enjeux liés à la société sont présents.

Il s'agirait de limiter la production spontanée de normes de services par les normalisateurs, sans contrôle public.

L'exigence d'un cadre clair passe selon nous certainement par le renforcement du recours au mandat, véritable cahier des charges. Il en existe même plusieurs sortes aujourd'hui : le mandat d'étude, le mandat de programmation, de normalisation.

Dans le domaine des services, on a déjà évoqué plusieurs mandats de normalisation ainsi que les mandats de programmation adressés au CEN pour l'élaboration d'une stratégie en matière de normalisation. On peut évoquer aussi le mandat de programmation en matière de services (M340) par lequel la Commission adresse la mission de programmer la normalisation des services sur la base de quelques directives : il précise que la priorité sera accordée aux secteurs de services dans lesquels les échanges intracommunautaires sont déjà observés ou souhaités. Une évaluation d'impact devra être effectuée lorsqu'on dressera la liste des domaines de travail. On peut évoquer aussi l'exemple du mandat M 147, « *mandat de normalisation concernant l'utilisation de normes harmonisées à l'appui du nouveau cadre juridique (révision de la Nouvelle approche) et des systèmes de certification sectoriels* ». Il a été proposé par la Commission européenne au Cen, au Cenelec et à l'Etsi. Il a pour but d'identifier les normes internationales ou autres documents normatifs adéquats dans le cadre de la Nouvelle approche, d'adopter les normes internationales pertinentes au niveau européen (si elles correspondent aux exigences communautaires) ou d'avaliser les documents normatifs qui ne sont pas adoptables. Il s'appuie sur l'accord de Vienne de 1991 par lequel le CEN peut demander à l'ISO de développer des normes, y compris des normes harmonisées dont les références sont publiées au JOUE.

Le Rapport de la Commission du 21 décembre 2009, sur le fonctionnement de la directive 98/34/CE de 2006 à 2008 démontre ainsi l'évolution spectaculaire des mandats de normalisation<sup>157</sup>. 62 mandats ont été adressés aux OEN pendant la période de référence qui concernent de moins en moins les directives « nouvelle approche ». (38% seulement). Les autres mandats sont attribués dans les domaines de la protection des consommateurs et de

---

<sup>156</sup> M. Capron, Les nouveaux cadres de la régulation mondiale existent-ils déjà ? et a.

<sup>157</sup> SEC(2009)1704 ; COM/2009/0690 final

l'environnement, mais aussi dans les transports et l'énergie. Deux mandats ont été adressés dans des domaines pilotes comme le marché des bioproduits.

Ainsi la normalisation intervient à l'appui de la législation, et à propos d'actes variés : la législation sur les produits cosmétiques, la réparation et l'entretien des véhicules automobiles, les denrées alimentaires, les aliments pour animaux, la sécurité générale des produits ainsi que l'environnement, la sécurité de la chaîne d'approvisionnement, l'accessibilité de l'environnement bâti ou le programme de l'industrie spatiale.

Le premier mandat à l'appui de la directive relative à l'écoconception a été émis fin 2008. Une communication de la Commission sur l'intégration des aspects environnementaux dans la normalisation européenne a souligné le rôle que la normalisation peut jouer pour faire avancer la politique de la Commission en matière de protection de l'environnement et de développement durable<sup>158</sup>.

En conclusion, l'exigence d'un cadre clair, compte de l'évolution spectaculaire de la normalisation, semble avoir été prise en considération par la Commission européenne car elle travaille actuellement sur une réforme de la normalisation, ainsi que le mentionne le rapport du Parlement européen précité. Un "paquet « normalisation", qui comprendra une proposition de révision du cadre juridique sur la normalisation européenne et une communication-cadre qui définira la politique de normalisation pour la prochaine décennie est en préparation.

La Commission s'est appuyée sur le rapport du groupe d'experts chargé de la révision du système européen de normalisation (EXPRESS), qui a fait part de ses recommandations en février 2010 sous la forme d'un rapport intitulé "Standardisation for a competitive and innovative Europe: a vision for 2020".

Le "paquet normalisation" à venir s'appuiera également sur le livre blanc du 3 juillet 2009, intitulé "Moderniser la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans l'UE – Vers l'avenir".

**Marc ROUCHAYROLE**  
**Adjoint au Directeur des affaires juridiques (MEEDDM)**

Je vais essayer de vous parler quelques instants de ce sujet du rapport entre la norme et le droit, d'un point de vue qui n'est pas du tout le point de vue officiel du Ministère de l'Environnement et du Développement Durable, dans lequel je suis détaché, car à l'origine je suis magistrat de l'ordre judiciaire. Le magistrat va parler, en tant que juriste méticuleux et pointilleux, attaché à sa norme étatique et fondamentale, à ses grandes références, car les Etats se sont construits sur le Droit, et l'Etat, depuis le Roi (qui était le Droit lui-même), a toujours régulé. Néanmoins, il faut tenir compte d'un certain nombre d'autres sources, et je vais essayer de vous dire ce que sont ces sources et quelles sont ses relations avec la norme de droit. On peut raisonner en termes de libéralisation, puisqu'en réalité l'approche européenne dans un marché ouvert, cherche à libérer les contraintes. Il y a peut-être un paradoxe à parler de normalisation en parlant de libéralisation, c'est-à-dire ouvrir ce qui était des contraintes, les alléger, pour permettre mieux et plus de commerce. C'est vrai que le libéralisme a permis

---

<sup>158</sup> [COM(2004) 130 final], qui

d'aller plus vite que le Droit, c'est-à-dire qu'en ouvrant, en dérégulant, on parvient sûrement plus vite au résultat que le législateur ou le juge peut atteindre. Pour autant, je ne suis pas sûr que la règle de droit doit céder. Nous sommes dans une période de crise économique qui est entrain de nous rappeler à de dures réalités.

Pour parler de définitions, je vais me référer au dictionnaire de l'Académie française. La norme, c'est évidemment emprunté au latin, au premier sens « équerre », puis « règle et droit », « qui peut être pris pour référence pour honnête », et on cite évidemment pèle mèle les normes, les contrats... donc la loi est une norme juridique parmi d'autres normes. La norme a aussi un sens technique, norme de sécurité, d'isolation, on peut citer un certain nombre d'exemples dans d'autres domaines, et y compris si je comprends bien dans le domaine des services. C'est un label de conformité.

Pourtant la norme n'est pas une règle de droit, précisément parce qu'elle est une norme dans un autre domaine que celui du droit. Si elle devient une source de droit, et elle va le devenir, elle l'est déjà, c'est par le biais d'une médiation. Par exemple, si l'on parle de norme urbanistique, on ne parle pas de norme, on parle de droit. Les normes sont contenues dans un code, avec des lois, des décrets, des arrêtés, les décisions d'autorisation sont prises par des actes réglementaires de l'autorité administrative, tout ceci est parfaitement du droit.

Mais évidemment, la couleur des blés, la taille des tuiles, c'est déjà un petit peu autre chose que du droit, et on l'applique, on l'incorpore. La norme technique, les normes AFNOR, ISO, les labels, les certifications, tout ce que l'on voit sur les produits que l'on achète, c'est évidemment pour faire en sorte qu'ils répondent à un certain nombre de prescriptions. Je ne crois pas que l'on puisse dire que c'est de la réglementation. On a inventé un autre mot, la normalisation. C'est complémentaire, incontestablement je vais finir par refermer le paradoxe, il faut rendre complémentaire la norme et le droit, tout cela pour le bien commun.

La norme peut dériver également d'autres choses que du domaine du droit, et notamment du contrat. Le contrat est la loi des parties il doit simplement respecter l'ordre public (un condensé des valeurs les plus fondamentales du droit). A tout un chacun le droit de se créer ses propres normes, surtout dans le domaine contractuel. Le droit administratif est plus complexe, il est régalién, rigide, alors que le droit privé est ouvert ; on peut créer des chartes, des labels, et les adjoindre dans le contrat.

Alors qu'est ce qui fait la différence entre la norme et le droit ? La norme ce sont des individus qui se retrouvent dans un groupement de personnes qui ont des intérêts collectifs organisés, comme dans toute société. Mais la règle de droit, c'est l'intérêt général, qui n'est jamais que la somme des intérêts collectifs. Ayant exercé au parquet, la réquisition se fait au nom de l'intérêt général, de l'intérêt de la société toute entière et non pas d'une corporation particulière. La norme n'agira jamais *erga omnes*, à l'égard de tous, elle agira dans un domaine particulier de ceux qui exercent l'activité considérée, elle est donc réduite. Ce n'est pas péjoratif, ce n'est pas pour diminuer la portée de la norme, je pense qu'il faut effectivement une complémentarité. Il faut évidemment normer, réguler, le pouvoir public ne peut pas tout. Et est-ce que la norme doit contaminer le Droit ? Non, le Droit ce sont des principes généraux, c'est vouloir vivre ensemble, tous, quels que soit nos origines, nos confessions, nos activités.

Il faut un rapport de compatibilité, ce qui n'est pas toujours facile entre ces différentes normes qui émergent spontanément. Mais il restera toujours les règles fondamentales de notre société,

qui resteront supra, la norme c'est de l'infra-droit par rapport à la règle. Les normes sont subsidiaires, elles doivent se conformer aux règles fondamentales, qui sont internationales et européennes. Les normes très réglementaires, qui vont jusqu'au détail technique nécessaire à l'exercice des activités considérées sont utiles, il n'est pas question de dire qu'elles ne le sont pas, mais elles sont forcément en rapport de compatibilité avec les principes supérieurs.

Quel est le juge de la norme ? Est-elle constitutionnelle ? Rien ne crée la Question Prioritaire de Constitutionnalité pour vérifier que nos lois elles-mêmes sont conformes à l'ordre supérieur et à la Constitution. J'allais dire comment on l'interprète puisque le juge est toujours la bouche du Droit ? Comment on interprète le droit ? Et il n'y a pas de juge de la norme, sinon les professionnels entre eux.

Il n'y a pas de juge de la norme mais la norme se retrouve devant le juge, à travers trois aspects que vous avez évoqué dans le document d'étape.

Dans l'aspect de la norme par un professionnel, c'est certain que le professionnel s'est donné un standard, un référentiel, l'état de la science, les règles de l'art, et tout cela il doit les respecter. On va donc retrouver dans les contrats un certain nombre de dispositions. J'ai un petit doute quand même quand vous employez la sécurité légitime quand j'ai vu que c'était un standard du droit. Je ne l'ai jamais rencontré dans les prétentions. C'est un standard du droit quand il s'agit de définir la sécurité juridique, qui est précisément c'est de faire du droit non interprétable.

On retrouve également la norme en matière de responsabilité pénale. En matière de faute d'imprudence, c'est-à-dire cette faute qui entraîne un dommage pour autrui, dans la vie professionnelle d'un individu, si l'individu en question ne s'est pas conformé à ces règles, on va dire effectivement qu'il a agi de manière imprudente, qu'il était négligent, c'est un manque de discernement, lorsqu'il y a un délit vous devez vérifier qu'aucune faute caractérisée n'a été commise, et que si c'est le cas vous devez entrer en voie de condamnation. La faute caractérisée, faute professionnelle, c'est justement prendre en considération ce qui s'applique à lui et qui n'est pas du droit, qu'il aurait dû respecter car ce sont les règles de l'art, et qu'un bon professionnel doit savoir comment agir pour assurer la sécurité des tiers. Donc la norme rentre un petit peu dans le droit pénal, ce qui n'est pas rien. Mais attention, elle ne rentre pas dans l'autre volet de la faute d'imprudence, qui est la violation manifeste ou délibérée d'une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement.

Elle rentre en ligne de considération dans le contentieux administratif mais pas directement, pourquoi ? Parce qu'il y a homologation, il y a agrément, regardez nos radars sur les routes : ils ne donneraient aucune preuve s'ils n'avaient été homologués au départ. Mais d'une certaine façon et indirectement, la norme n'a pas de portée juridique.

La norme communautaire, je ne parle pas évidemment des directives ou des règlements qui sont assortis de longues listes en annexe de termes techniques qui sont applicables à travers les normes juridiques qu'ils portent. Mais les directives et les règlements sont de loin des produits. Ce ne sont pas les normes techniques qu'elles intègrent. Evidemment ces normes techniques ne sont pas forcément compatibles puisqu'elles sont portées par les normes de droit, elles en sont le complément.

En résumant, la norme n'est pas une source directe et autonome du droit. Ce n'est pas une source écrite du droit ou ce n'est pas la jurisprudence, elle n'a pas de portée générale concernant la règle juridique, elle peut être saisie néanmoins par le juge à travers un autre critère juridique et elle contraint le juge à appréhender de la norme technique, et c'est bien là le problème. Le juge va avoir obligatoirement recours à un expert, et le débat d'expert s'instaure devant lui et dont il doit se faire l'arbitre, et qu'il ne comprend pas toujours.

Faut-il spécialiser le juge, pour qu'il comprenne ce qu'est la norme technique ? On le fait, bien sûr, et les français le font de plus en plus, et puis il y a les instances spécialisées mais là on est plus dans la justice de la République, on est dans d'autres instances qui vont venir « corporativement » apprécier la norme qu'un juge du métier correspondant.

Donc il y a réellement une réflexion sur le juge. Vous avez compris que je ne pourrai pas souscrire au terme d'hyper-loi, puisque que pour moi c'est un infra droit, mais néanmoins le fait existe et il doit se développer.

## DEBATS

### **Anne PENNEAU, Professeur à l'Université de Paris 13 – IRDA**

Pourquoi les directives nouvelles approches dans des domaines techniques ont si bien marché ? pourquoi certaines ont bien fonctionné quand d'autres ont mal fonctionné ? celles qui ont bien fonctionné sont celles qui fixaient des objectifs clairs avec des exigences essentielles de sécurité et fixaient des règles d'application pour la mise sur le marché. Ensuite la Commission européenne a donné un mandat au normalisateur très précis, le normalisateur n'avait pas le droit de venir en retrait des exigences, n'ont plus de modifier les règles de mise sur le marché et de décréter que si le législateur avait dit qu'il y avait tierce partie que le normalisateur viendrait dire « eh bien non finalement on va oublier le tierce partie », ou l'inverse. Quand cela marche bien c'est qu'évidemment il y a d'une part, un texte réglementaire qui remplit ses objectifs et que derrière on donne un cahier des charges clair au CEN. A chaque fois que cela ne marche pas c'est que l'on s'imagine que l'on va pouvoir laisser faire au normalisateur ce que l'on ne veut pas faire soit même et cela ça ne marche pas.

### **Andrée BRUNET, Professeur à l'Université Paris-Dauphine**

Je suis tout à fait d'accord mais cela ce sera au niveau communautaire. Mais si l'on transpose tout cela à l'échelon interne, là, on risque de mauvaises surprises.

### **Anne PENNEAU, Professeur à l'Université de Paris 13 – IRDA**

Je voudrais signaler à côté de ce débat très important un autre qui est lié. Je ne sais pas si cela est de l'hyper normalisation ou de l'hyper loi, mais dans ces normes évoquées par Fabienne, il y a des aspects qu'elle a mis en valeur et dont il faudrait identifier toutes les implications. Je pense ici aux conditions des activités des établissements. Quand on commence à définir les conditions d'activités d'un établissement, on entre nécessairement dans des considérations tenant à la qualité du personnel. Les qualités du personnel sont bien sûr prises en considération au moment du recrutement. Tout cela interfère avec la réglementation de

l'exercice des professions. On a eu dans des secteurs plutôt traditionnels, je crois que c'était de la chaudronnerie, des normes qui ont déjà produit ces conséquences et qui ont pour résultat que des entreprises qui fonctionnaient très bien avec des salariés qui avaient acquis sur le tas une formation, un savoir faire remarquable. L'entreprise s'est retrouvée en délicatesse pour maintenir ce personnel alors que par ailleurs on ne trouvait plus sur le marché des jeunes qui voulaient bien se former à ces métiers. On va rencontrer ce même type de difficultés dans le domaine des institutions qui accueillent des personnes handicapées ou des personnes âgées. On sait bien qu'il faut des formations et des diplômes mais ce n'est peut-être pas le seul critère. Une certaine dose de liberté des établissements pour recruter des personnes qui de notoriété, par l'expérience sont de qualité, ce serait une bonne chose, en tout cas qu'elles ne puissent plus être renvoyées ce qui est contre productif. C'est un élément très important car l'on voit que la normalisation peut créer des conditions de recrutement qui ne sont pas dans la réglementation mais de fait. La pression va se renforcer avec les certifications et tout ceci va aussi avoir une incidence sur le coût de prestations. On ne fait pas je crois dans le domaine de la normalisation d'analyses économiques sérieuses sur notamment le rapport qu'il peut exister entre ce que l'on dépense pour mettre en œuvre la certification et ce que l'on ne dépense plus du coup quand il faut mettre en œuvre les prestations. A notre époque particulière, quand on sait tout ce qui se passe dans une entreprise comme France Télécoms, on peut quand même se poser des questions parce qu'on a un coût élevé à des postes de communication qui ne sont plus affectés dans le travail lui même. Cela a un effet de précarisation terrible de l'activité de ces entreprises et cela a une incidence sur le tissu social à bien des points de vue. Ces grosses machines que l'on met en œuvre ont un impact sur la société à multiples dimensions. Là dessus pas d'études économiques, quelques études sociologiques mais tout ça est extrêmement éthéré. Quand on a des études qui sont faites par des personnes qui ne sont pas des tiers aux organismes de normalisation, ce ne sont pas des bases de réflexion.

### **M. MICHEL**

Pour revenir sur le point précédent du contrôle de la norme. On l'a bien dit au moment du démarrage des travaux il existe des mandats. Ces mandats permettent de contrôler le travail qui va être fait. Juste un point pour revenir sur le fait que cela a été un peu lent entre 2002 et 2009. Effectivement, mais que s'est il passé concernant les mandats sur les services ? la Commission a donné des mandats de faisabilité et donc pendant cette période l'étude de la faisabilité a été effectuée. On a fait trois ou quatre études de faisabilité. Fin 2009, on a commencé les travaux de normalisation. Donc il y a tout un travail pour arriver au démarrage. Donc le contrôle, il y a les mandats mais il y a aussi des consultants, rémunérés par la Commission européenne, chargés de contrôler effectivement que la norme respecte bien le mandat. Au plan français, on peut imaginer un système semblable c'est la nouvelle approche à la française. En France, il y a deux éléments clés. Il y a l'enquête publique et l'homologation qui est un droit de veto du ministère de l'Industrie.

### **John KETCHELL, Centre Européen de Normalisation (CEN)**

J'interviens en tant que praticien et vous félicite de la qualité des débats. Je souhaiterais qu'il en soit de même à la Commission. Au CEN/CENELEC on traite des nouveaux sujets, y compris les services. Même sans le rapport chess même sans le débat au sein de la Commission sur les liens entre la directive services et la normalisation, on a quand même une explosion de standards de service au niveau national en Europe. On est témoin quand même des problèmes que cela soulève au niveau européen. On peut distinguer différentes sortes de standards de services, par exemple la multiplication de personnel, la diffusion des services à

travers les frontières, y compris dans des domaines très sensibles. On a l'exigence de poser des standards minimums pour les clients. On retrouve des demandes du marché pour faire des standards au niveau européen pour quand même avoir un certain minimum de services. Par exemple, on a des demandes de standards sur la chirurgie esthétique. On a aussi des demandes concernant le online gambling. Le problème entre les normes techniques et de services c'est qu'évidemment pour les services on vise un public plus large, les consommateurs.

**Fabienne PERALDI LENEUF, Professeur de droit public à l'Université de Lille Nord de France**

Sur les jeux et paris effectivement ce qui est intéressant c'est l'initiative spontanée des sociétés de jeux. Il ne peut pas y avoir d'harmonisation législative en Europe puisque la Cour de Justice a dit que cela était hors compétence législative et que les Etats ne s'entendent pas sur les modalités d'organisation des jeux. En l'absence d'harmonisation et en situation de défaillance du législateur, il y a un espace idéal pour la normalisation. Ce qu'il serait intéressant de savoir c'est si les pouvoirs publics et les Etats participent néanmoins à ces initiatives privées, spontanées.

**Emmanuel RAOUL, Secrétaire permanent du PUCA / DGALN / MEEDDM**

Le coût implicite des normes est un vrai sujet en soi. Lorsque Marc Rouchayrole parle d'alléger les contraintes, ce que nous observons c'est à la fois une volonté d'alléger les contraintes mais aussi une inflation des normes. De point de vue et notamment dans le domaine du développement durable et de l'environnemental, il y a une floraison extraordinaire de norme et là aussi nous sentons au niveau du ministère une sorte de résistance sociale.

## II EME PARTIE

### LE CONTROLE, LA MEILLEURE REPONSE AUX PARADOXES

#### Contrôles *ab initio* et *a posteriori*

**Hélène AUBRY, Professeur à l'Université de Paris 13 – Villetaneuse**  
**Andrée BRUNET, Professeur à l'Université de Paris – Dauphine**  
**Fabienne PERALDI LENEUF, Professeur à l'Université de Lille – Nord de France**

#### Andrée Brunet, Professeur à l'Université Paris Dauphine

1) Aussi longtemps que la normalisation fonctionne comme le mode de la codification des savoirs professionnels, codification destinée à permettre à l'ensemble des professionnels concernés par un savoir d'y accéder tout en demeurant libres de conserver les pratiques issues de leur propre expérience plutôt que de se référer à la norme, la question du contrôle à exercer sur le contenu de la norme ne se pose pas. Plus exactement, ce sont les professionnels eux-mêmes qui exercent ce contrôle, en décidant de suivre ou en préférant ne pas suivre les prescriptions d'une norme qui ne leur conviendrait pas.

Mais à partir du moment où la norme est censée représenter l'intérêt général et où, sortant de sa fonction traditionnelle, elle devient un mode généralisé d'une régulation qui tend à s'imposer à tous, puisque substitut de la règle de droit la norme doit en revêtir la principale caractéristique, à savoir son aspect contraignant, alors la question du contenu de la norme se pose de manière cruciale. Il importe en effet de vérifier si la norme élaborée avec la participation plus que prépondérante des professionnels qui devront la respecter, correspond bien à l'intérêt général.

2) Si le contrôle à exercer sur le contenu de la norme apparaît comme le meilleur rempart contre tout risque de dérapage, il reste à en déterminer les modalités. Il faut donc rechercher s'il existe des instruments de contrôle et surtout s'ils sont pertinents du point de vue de leur efficacité.

On peut classer les différents instruments de contrôle en deux catégories : ceux qui interviennent lors du travail d'élaboration de la norme et qui visent à empêcher l'adoption d'une norme dont le contenu serait incompatible avec l'intérêt général et ceux qui interviennent une fois que la norme a été homologuée et qui visent à éliminer une norme dont le contenu serait contraire à l'intérêt général. En somme, il existe deux types de contrôle : le contrôle *ab initio* ou *ex ante* et le contrôle *a posteriori* ou *ex post* et, aussi surprenant que cela paraisse, l'étude montre que le contrôle le plus efficace n'est pas le contrôle *ex ante*.

#### **I. Le contrôle *ex ante***

3) L'examen des instruments du contrôle *ex ante* sera mené aussi bien sur le terrain du droit français (A), que sur le terrain du droit communautaire (B)

#### **A. Le contrôle *ex ante* selon le droit français**

**4) Le décret de 2009 n'a pas lésiné sur les mesures de contrôle *ex ante*.**

Pas moins de trois types de contrôle jalonnent l'ensemble du processus d'élaboration des normes. Un premier type de contrôle, que l'on peut qualifier de contrôle préliminaire, réside dans la surveillance que le délégué interministériel aux normes opère sur les bureaux de normalisation (article 11, III du décret). L'enquête publique qui précède l'homologation de la norme constitue un second mode de contrôle, émanant de la *vox populi* (article 15 du décret). Enfin, troisième type de contrôle, le droit reconnu au délégué interministériel de s'opposer à l'homologation de la norme permet aux pouvoirs publics de faire prévaloir leur point de vue (article 16 du décret).

Si, sur le papier, le système de contrôle paraît tout à fait satisfaisant, il convient pourtant de s'interroger sur l'efficacité pratique de ces trois types de contrôle.

**5) Le contrôle des BN par le délégué interministériel repose sur une logique irréfutable.** Dans la mesure où le II de l'article 11 du décret confie au délégué la tâche d'accorder aux BN l'agrément indispensable à leur fonctionnement, il est normal que le texte octroie également au délégué le pouvoir de retirer ou de suspendre l'agrément lorsque le BN ne respecte pas ses obligations. Le III de l'article 11 prévoit même le détail de la procédure de retrait ou de suspension. Dans un premier temps, le délégué informe le BN que son agrément peut être retiré ou suspendu, du fait du non-respect par le BN de ses obligations ; dans un deuxième temps, le BN est en droit de présenter ses observations sur la mesure envisagée et sur ses motifs ; enfin, dans un troisième temps, le délégué décide de retirer ou de suspendre l'agrément.

Tout cela est bien vu, à ceci près que l'article 11 ne précise pas de quelles obligations il s'agit. Comme l'article 13 indique que l'AFNOR délègue sa mission d'élaboration des normes aux BN et que cette délégation fait l'objet d'une convention entre l'AFNOR et le bureau concerné, il est permis d'en déduire que les obligations dont le non-respect est susceptible d'entraîner le retrait ou la suspension de l'agrément sont celles qui ont été fixées dans la convention de délégation. Il faudrait donc que la convention ait prévu à la charge du BN l'obligation de travailler en toute impartialité. Mais que décider, si, comme la probabilité est grande, la convention ne mentionne aucune obligation de ce genre ? Est-il alors possible de faire peser sur le bureau de normalisation une obligation générale d'impartialité ? Rien ne l'interdit, mais il aurait été préférable que le texte l'exprimât clairement.

À vrai dire, il n'y a pas grand chose à attendre du contrôle préliminaire de l'article 11 du décret. En réalité, si le délégué interministériel exerce un contrôle sur le contenu de la norme, ce sera plutôt au moment de l'homologation de la norme qu'il le fera. Mais, avant d'en arriver à ce dernier type de contrôle, il y a place pour un contrôle intermédiaire : celui de la *vox populi* telle qu'elle s'exprimera dans le cadre de l'enquête publique.

**6) Malheureusement, l'espoir que pourrait susciter l'enquête publique est vite déçu.** Certes, l'article 15 rend désormais l'enquête obligatoire. Mais si, à l'instar de l'enquête probatoire du décret de 1984, elle connaît le même insuccès, c'est-à-dire le même faible taux de réponses, alors il n'aura pas servi à rien de rendre l'enquête publique obligatoire.

Pire encore, à supposer que stimulée par une campagne des *media*, la *vox populi* finisse par se faire entendre et clame les critiques qu'appelle le projet, le décret ne réserve aucune suite à ces critiques. Aucun organe n'est désigné pour les prendre en compte, *a fortiori* pour décider de leur impact sur le projet.

Que se passera-t-il alors ? Il y a fort à parier qu'au bout du compte, il reviendra au délégué interministériel de décider de la suite à donner aux résultats de l'enquête publique et à

s'opposer, s'il juge pertinentes les critiques qui remonteront jusqu'à lui, à l'homologation de la norme.

7) Puisque décidément tout converge vers le délégué interministériel aux normes et qu'il n'est de contrôle efficient que par lui, il est temps de regarder de plus près cette ultime possibilité de contrôle *ex ante*. Selon l'article 16 du décret, le délégué est obligatoirement consulté par l'AFNOR avant l'homologation d'une norme ; surtout, il a le pouvoir de s'opposer à l'homologation dans le délai d'un mois à compter de la transmission qui lui est faite par l'AFNOR. Or, s'opposer à l'homologation de la norme n'est pas un pouvoir anodin : cela signifie empêcher un projet de norme de devenir une norme, même si la norme avortée peut devenir un autre document de référence de l'AFNOR.

Mis à part le défaut de version française de la norme, les motifs d'opposition à l'homologation sont ceux énumérés à l'article 10, relatif au droit de veto du délégué sur les délibérations du conseil d'administration de l'AFNOR. Ainsi, le délégué peut s'opposer à une norme qui serait « *contraires à des dispositions législatives, réglementaires, aux orientations de la politique française des normes ou lorsqu'elles sont de nature à compromettre l'exercice de la mission d'intérêt général* » confiée à l'AFNOR. Il est donc clair que cette dernière précision autorise le délégué à s'opposer à l'homologation d'une norme qui malmènerait l'intérêt général.

Mais avoir le pouvoir de s'opposer à l'homologation d'une norme qui serait contraire à l'intérêt général et exercer ce pouvoir sont deux choses bien différentes. En réalité, tout va dépendre de la conception de l'intérêt général que se fait le délégué et c'est donc au seul délégué qu'échoit la périlleuse tâche de définir l'intérêt général. Dans ces conditions, rien ne garantit à toutes les parties intéressées, c'est-à-dire non seulement à celles qui ont effectivement contribué à l'élaboration de la norme, mais encore à celles qui auraient pu y contribuer mais qui ne se sont manifesté que tardivement au stade de l'enquête publique, que leur conception de l'intérêt général sera prise en considération.

8) Ainsi, sur les trois instruments forgés par le décret de 2009 pour exercer un contrôle *ex ante* sur le contenu de la norme, un seul est susceptible de produire un réel effet. Encore faut-il souligner que ce contrôle ne correspond absolument pas à l'esprit de la normalisation tel que le décret l'a défini.

Si, comme l'indique l'article premier, « *la normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées* », alors comment expliquer qu'en cas de conflit sur le contenu d'une norme, les pouvoirs publics incarné par le délégué interministériel aux normes, reprennent la main ? Le caractère *consensuel* de la norme n'imposait-il pas que le soin de vider le litige revienne à toutes les parties intéressées et non aux seuls pouvoirs publics ? De surcroît, si l'on veut bien se souvenir que ces derniers disposent déjà de l'arme absolue qu'est la réglementation qui leur permet de briser toute norme qui ne les satisferait pas, n'est-ce pas instaurer le mélange des genres que de leur donner le dernier mot sur le terrain de la normalisation ?

Puisque le système de contrôle *ab initio* mis en place par le droit français n'offre pas, à notre avis, des garanties suffisantes pour les parties intéressées, il reste à espérer que le système mis sur pied en droit communautaire est plus respectueux de l'esprit de la normalisation.

## **B. - Le contrôle *ex ante* selon le droit communautaire**

**John KETCHELL, Centre Européen de Normalisation (CEN)**

Je voudrais vous parler plus généralement d' « EXPRESS », Expert Panel For the Review of the European Standardisation System. Au début le R désignait Reform et non Review avec une idée de changer le système. Pendant environ 15 mois 35 experts européens de tout horizon se sont prononcés sur le système européen et comment l'améliorer et mieux traiter les affaires, etc. en général le rapport est un compromis, le consensus a été difficile à trouver entre des personnes de l'industrie informatique qui venaient de sociétés américaines et qui demandaient à la commission de reconnaître leur système de consortium avec le format PME, qui s'occupe de la représentation des PME au sein de la normalisation européenne qui demandait de plus en plus d'accès pour eux. Dans le rapport publié le mois dernier, la commission a préparé un package de législation. Ce qu'on tire de ses propositions, c'est qu'ils ne vont pas changer grand chose. Ils vont peut être améliorer le lien entre la directive qui vise la normalisation et la standardisation des services. Est ce que cela veut dire que l'on aurait droit à des directives nouvelles approches dans ce domaine des services ? Peut-être, nous discutons avec la commission depuis un an, on est assez loin d'une implémentation générale des recommandations car il faut convaincre les acteurs du marché. Par exemple pour les services sociaux, va t'on pouvoir réellement les standardiser ? Il y a une certaine demande.

EXPRESS ne se charge pas trop des problèmes de procédure. Il parle un peu des problèmes d'accès à la standardisation en général pour les PME, etc. mais pour les procédures pas trop. Tout le monde a la possibilité de s'exprimer, on est train de chercher les meilleures pratiques possibles. L'information, la participation n'est pas ce qui manque comme facilité, mais ce qu'il manque c'est la participation des PME. On publie les propositions, de plus en plus pour les normes formelles et même informelles, au niveau européen, on met les enquêtes publiques sur Internet. On essaye de mettre des propositions claires au niveau national plutôt que de publier une notification dans le journal officiel. On essaye de développer un système pour informer ceux qui en ont vraiment besoin. Nous répondons systématiquement aux commentaires, cela fait partie intégrante de notre système. On a quand même d'autres systèmes. Par exemple, nous avons un système pour lequel n'importe qui peut faire un rapport sur une norme qu'il dit défectueuse et l'on va enquêter sur cela. On a aussi une procédure d'appel. Par exemple, le bureau technique du CEN s'occupe du travail technique et chaque année il y a entre 8 et 10 appels et cela a tendance à augmenter. L'appel, c'est un appel contre une décision du CEN. Le plus souvent ils traitent de vice de procédure et parfois ils sont bien fondés. De plus en plus souvent, des aspects commerciaux se dévoilent. Même en guise de vice de procédure, on voit des appels où derrière il y a des intérêts commerciaux. Ce qui est intéressant aussi c'est que l'on ne voit pas d'instance où la norme en tant que telle est questionnée.

En définitive, ce qui nous intéresse le plus c'est de garantir que les personnes intéressées dans la standardisation puissent y participer et que l'on a les moyens de continuer ce système. A ce sujet et à moyen terme, il y a quand même des questions. Ce qui porte atteinte au système ce n'est pas le fait d'avoir des problèmes juridiques, c'est le fait de garantir une espèce de « business model » qui va marcher.

Puisqu'il ne faut pas trop compter sur les contrôles effectués en amont de la norme pour empêcher l'apparition de normes contraires à l'intérêt général, au moins peut-on espérer que des contrôles *ex post* seront de nature à supprimer de telles normes.

**La contestation a priori des normes ou contestation non juridictionnelle (suite)**

## **Fabienne Péraldi Leneuf**

**Il est possible d'évoquer quatre type de recours ex ante.**

### **1. L'Appel devant le CEN.**

Le règlement intérieur du CEN contient au point 7, une « Politique d'appel » qui s'applique à toute toute décision : les membres peuvent ainsi « *interjeter appel contre toute action ou inaction de la part d'un Comité Technique, d'un autre organe, ou d'un responsable du CEN/CENELEC si ce membre considère qu'une telle action ou inaction n'est ni en accord avec les Statuts ou Règlement Intérieur ni avec les objectifs du CEN/CENELEC, ni dans le meilleur intérêt du marché européen ou de facteurs touchant le public tels que la sécurité, la santé ou l'environnement* ». Les appels sur les décisions découlant de réunions ou de votes, doivent être interjetés dans les deux mois qui suivent la réception, par les membres, du rapport de la réunion ou du vote par correspondance.

La question qui se pose est savoir si le terme *action ou inaction ou décision* peut concerner les « normes ». Dans la mesure où l'appel peut être interjeté contre tous les organes, il peut donc s'agir de décisions des Comités Techniques, du Bureau technique ou du Conseil d'Administration auquel cas l'Assemblée Générale étudiera l'appel, dans tous les autres cas, c'est le bureau technique qui est responsable de l'appel. Il est possible donc qu'il puisse être utilisé contre un projet de norme dans ce cadre. Mais, seuls les membres du CEN y ont accès, à l'exclusion donc des Etats et des autres parties (organisation, groupement ou entreprise) et ce, dans un délai de deux mois suivant la décision contestée et à condition, comme l'indique l'article 7 que l'appel concerne une décision qui ne serait pas en accord avec les Statuts du CEN, ou avec les objectifs du CEN, ou pas dans le meilleur intérêt du marché européen, ou pas dans le meilleur intérêt de facteurs tels que la sécurité, la santé ou l'environnement.

### **2. La Réclamation**

La réclamation est une procédure née en 2007 dans des lignes directrices qui est ouverte à toutes les parties prenantes et leur permet d'engager une procédure de réclamation contre une norme EN publiée<sup>159</sup>. Il n'y a pas de condition temporelle pour ouvrir une telle procédure, la réclamation peut être introduite n'importe quand à partir du moment où la norme a été publiée par le CEN. En effet, la réclamation ne peut porter que sur des effets négatifs sur la santé et/ou la sécurité que la norme pourrait avoir.

Cette procédure de réclamation, contrairement à l'appel, est ouverte à toutes les «parties intéressées» c'est-à-dire à tous les opérateurs économiques, personnes et organisations qui sont amenées à entrer en contact avec une norme. Cela peut notamment inclure les fabricants, les autorités nationales (de régulation de la consommation par exemple), les experts techniques, les consommateurs (regroupés en associations ou non), les utilisateurs, les exportateurs, les importateurs, les associations professionnelles, les laboratoires de certification, etc. Ces réclamations peuvent être adressées au membre national du pays duquel

---

<sup>159</sup> Guidance Document of the CEN – Claim on Defective Standards – October 2007. Ce document n'a été publié qu'en anglais.

est ressortissant le plaignant, ou directement au centre de management du CEN (le CMC, qui est également l'organe qui comprend le secrétariat central).

Une fois la réclamation reçue par le CMC (CEN MANAGEMENT CENTER), celui-ci la transmet au Comité Technique (CT) et les deux organes effectuent une première évaluation rapide de la réclamation afin de déterminer si elle est bien liée à des questions de sécurité et ou de santé. Cette première évaluation ne doit pas durer plus d'une semaine et, si la réclamation est acceptée, toute l'évaluation devra durer au maximum 7 semaines.

C'est le Comité Technique qui se charge de cette évaluation et qui propose, le cas échéant :

- de retirer la norme (dans ce cas, en attendant l'élaboration d'une nouvelle norme, le CT peut proposer d'utiliser une version antérieure de la norme si elle paraît sûre) ;
- de modifier la norme, auquel cas il devra préciser si, pendant la période de révision de la norme, la norme contestée restera en vigueur ou non ;
- de continuer son enquête au-delà des 7 semaines ;
- ou de ne rien faire, c'est-à-dire qu'il considère que la norme ne pose pas de problèmes liés à la santé ou à la sécurité. Dans ce cas, le CT devra clairement justifier sa proposition.

Le secrétariat général (ou CMC) informe ensuite les membres de la proposition du CT et demande au bureau technique du CEN d'endosser la proposition du Comité Technique.

La réclamation semble s'appliquer à toutes les normes européennes, harmonisées ou non.

### **3. La Clause d'objection formelle des directives Nouvelle Approche**

Les directives «Nouvelle approche» contiennent des mécanismes de sauvegarde pour les cas où une norme harmonisée ne permet pas aux produits de satisfaire aux exigences essentielles des directives concernées. Dans de telles circonstances, les États membres ou la Commission peuvent émettre une objection formelle à l'encontre de la norme en question, sur laquelle le comité est consulté.

EX/ l'article 6 de la Directive Machine énonce :

*«1. Lorsqu'un État membre ou la Commission estime que les normes harmonisées [...] ne satisfont pas entièrement aux exigences essentielles les concernant [...], la Commission ou l'État membre saisit le comité institué par la directive 83/189/CEE en exposant ses raisons. Le comité émet un avis d'urgence. Au vu de l'avis du comité, la Commission notifie aux États membres la nécessité de procéder ou non au retrait des normes concernées des publications [...]. »*

*2. La Commission informe l'organisme européen de normalisation concerné et accorde, le cas échéant, un nouveau mandat de normalisation. »*

On observera que le nouvel article R9 de la décision No 768/2008/CE<sup>160</sup> dispose :

*« En fonction de cet avis, la Commission décide de publier, de ne pas publier, de publier partiellement, de conserver, de conserver partiellement la référence à la norme harmonisée concernée dans le de l'Union européenne, ou de la retirer de celui-ci »*

---

<sup>160</sup> Décision du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits et abrogeant la décision 93/465/CEE du Conseil

Il en résulte que la contestation n'est donc pas ouverte aux opérateurs économiques : ils doivent passer par les autorités nationales ou la Commission pour prévenir que la norme est défectueuse.

La Commission saisit le comité de la directive qui émet l'avis. La Commission notifie ensuite la décision aux Etats. Elle ne détient ici apparemment qu'une compétence liée.

On remarquera le pouvoir de la Commission ensuite peut accorder un nouveau mandat.

Toutefois, dans la version de la directive machine, si la norme a été jugée dangereuse par le comité, la Commission « prendra la décision de son retrait », ou de son maintien en cas contraire et publiera celle-ci au JO L afin que les Etats Membres la mettent en œuvre. Il peut s'agir d'une acceptation, retrait partiel ou total d'une norme, maintien de la norme.

On observera que la simple publication des normes par une COM se fait au JO C.

L'article R9 ne parle pas de retrait mais de décision de publication ou non, ou de conservation ou non, ce qui permet de penser que désormais la procédure d'objection formelle peut voire doit avoir lieu avant la publication au JO.

#### **4. Les clauses de sauvegarde des directives Nouvelle Approche**

Les clauses de sauvegarde dans les directives Nouvelle Approche concernent les dispositions impératives des textes et permettent aux Etats membres d'adopter des mesures de protection. Permettent-elle de contester de façon non contentieuse les normes ?

Un Etat Membre choisit d'activer la clause de sauvegarde d'une Directive Nouvelle Approche en raison de la non-conformité d'un produit.

1. Lorsqu'un Etat membre constate **qu'un produit risque de compromettre la sécurité des personnes, des animaux domestiques ou des biens**, il prend toutes mesures utiles pour retirer ou interdire la mise sur le marché du produit en cause ou restreindre sa libre circulation, même s'il est accompagné de l'un des moyens d'attestation mentionnés au point VIII. Dans un délai déterminé, et seulement lorsque le produit en cause est accompagné par l'un des moyens d'attestation prévus au point VIII, l'Etat membre informe la Commission de cette mesure. Il indique les raisons de sa décision et, en particulier, si la non-conformité résulte: a) du non-respect des points II et III (lorsque le produit ne correspond à aucune norme); b) d'une mauvaise application des normes mentionnées au point V; c) d'une lacune des normes elles-mêmes.

La clause est plus vaste que celle d'objection formelle qui ne concerne que l'adéquation aux exigences essentielles.

La Commission, qui procède à l'évaluation des mesures adoptées par les Etats Membres, peut décider de lancer la procédure de la clause d'objection formelle.

La question est de savoir s'il est possible de l'utiliser avant la publication officielle de la norme? A priori, non, cette clause ne pouvant jouer qu'a posteriori, plutôt pour mettre en exergue un effet dangereux de la norme qui apparaîtrait lors de son utilisation.

## II / Les contrôles ex post

### Hélène aubry

Même si leur efficacité ne doit pas être sous-estimée, les contrôles qui interviennent après l'homologation de la norme présentent peut-être moins d'intérêt pratique que les contrôles *ex ante* : « mieux vaut prévenir que guérir ». Néanmoins, même après son homologation une norme peut être soumise à certains contrôles. Ceci est vrai tant en droit français (A) qu'en droit européen (B).

#### A / Les contrôles de la norme en droit français

Le décret du 16 juin 2009<sup>161</sup> lui-même prévoit un contrôle de la normalisation. Plus que sur une norme en particulier, ce contrôle porte sur l'activité de normalisation de l'AFNor ou d'un bureau de normalisation. Plus précisément, aux termes de l'article 8 du décret « un comité d'audit et d'évaluation auprès de l'AFNor est chargé d'organiser l'évaluation de l'activité des bureaux de normalisation (...) et de contrôler la conformité et l'efficacité de l'activité de l'AFNor ». Aucune précision n'est apportée par le texte sur la composition de ce comité, ni sur ces liens avec l'AFNor. Cette question est importante car l'on sait qu'un véritable contrôle nécessite une indépendance entre celui qui contrôle et la personne contrôlée. De même seront déterminants les moyens et les modalités du contrôle. Le décret de 2009 précise que ce comité doit en particulier vérifier « la bonne association de toutes les parties intéressées dans les travaux de normalisation ». Cette vérification suppose-t-elle que des membres du comité assistent régulièrement aux réunions des commissions et évaluent l'influence réelle exercée par chacun des participants ? Le comité d'audit et d'évaluation se contentera-t-il de prendre connaissance de la liste des membres de la commission de normalisation ? Le constat est souvent fait que les participants à l'élaboration de la norme sont dans des situations très différentes. Alors que les professionnels peuvent assurer une présence constante aux réunions et faire appel à des experts, il est souvent plus difficile pour les représentants des usagers de participer de façon régulière et efficace à l'élaboration de la norme, en raison d'un manque de moyens. Il est précisé à l'article 11 III du décret de 2009<sup>162</sup> que, « si un bureau de normalisation sectoriel ne respecte pas ses obligations, le délégué interministériel l'informe que l'agrément peut être suspendu ou retiré ». Toutefois, cette décision ne peut être prise qu'après avoir mis à même le bureau de présenter ses observations. Le retrait de l'agrément pourra certainement résulter d'un rapport négatif du comité d'audit et d'évaluation sur l'activité du bureau de normalisation.

Les normes techniques sont également soumises à un contrôle du juge administratif. Pour devenir obligatoire, une norme doit faire l'objet d'un arrêté ministériel<sup>163</sup>. Ce point est important car le règlement est un acte susceptible de recours contentieux devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Ce recours permet d'obtenir l'annulation de l'acte en cause et de le priver ainsi de tout effet contraignant. Ce n'est pas alors la norme elle-même qui est annulée, mais l'acte lui conférant un caractère obligatoire.

Les normes simplement homologuées, c'est-à-dire la majorité des normes, peuvent également faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et ainsi être annulées. En effet,

---

<sup>161</sup> Décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *J.O.* 17 juin.

<sup>162</sup> Décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, préc..

<sup>163</sup> Article 17 du décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, préc..

dans une décision du 14 octobre 1991, le Conseil d'Etat a jugé que l'homologation des normes par le directeur général de l'AFNOR, sur délégation du conseil d'administration, présente, « en raison des effets qui y sont attachés, un caractère réglementaire ; qu'ainsi la légalité d'une telle décision peut être contestée devant le juge administratif, tant par la voie de l'action que par celle de l'exception »<sup>164</sup>. Cette solution est encore certainement vraie sous l'empire du décret du 16 juin 2009. Effectivement, ce sont les effets attachés à l'homologation qui justifient son caractère réglementaire. On sait que l'article 6 3° du nouveau décret précise que l'AFNor « assure l'homologation et la publication des normes », mais il n'est plus précisé, comme dans le décret de 1984, que la liste des normes homologuées est publiée au Journal Officiel<sup>165</sup>. Cette différence ne modifie toutefois pas les effets de l'homologation de la norme. Le juge administratif peut alors contrôler la conformité de la norme non seulement à la loi, mais également à l'ensemble du droit. Et dans l'ensemble du droit, il y a les principes selon lesquels « la normalisation est une activité d'intérêt général » et doit être « élaborée de manière consensuelle par toutes les parties intéressées »<sup>166</sup>. Le juge administratif pourrait ainsi vérifier que la norme répond effectivement à l'intérêt général. Dans l'hypothèse où il considérerait que cette condition n'est pas remplie, il pourrait l'annuler.

En revanche, les normes non homologuées ne peuvent certainement pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. En effet, un tel recours est recevable seulement s'il est formé contre un acte administratif unilatéral, c'est-à-dire un acte, soit pris par une autorité administrative dans l'exercice d'une puissance publique, soit pris par une « personne privée chargée d'une mission de service public, dès lors que ces actes intéressent l'organisation du service ou son exécution à l'aide de prérogatives de puissance publique »<sup>167</sup>. L'AFNor est un organisme qui exerce certainement une mission de service public. Le Conseil d'Etat avait ainsi qualifié sa mission sous l'empire du décret de 1984<sup>168</sup>. Aujourd'hui, l'article 1<sup>er</sup> du décret du 16 juin 2009<sup>169</sup> précise que « la normalisation est une activité d'intérêt général » et l'article 9 fait référence « à la mission d'intérêt général » confiée par le décret à l'AFNor. Mais, une norme simplement enregistrée ou une norme expérimentale « ne ressortit à l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique » par l'AFNor. Le Conseil d'Etat a très clairement adopté cette solution dans son arrêt Textron du 17 février 1992<sup>170</sup>.

Le recours pour excès de pouvoir pourra, par exemple, entraîner l'annulation de la norme lorsque celle-ci est défectueuse. Dans cette hypothèse, la responsabilité de l'AFNor, voire même de l'autorité publique chargée de surveiller l'AFNor<sup>171</sup>, pourrait éventuellement être engagée. L'AFNor est une association de droit privée, mais elle exerce une mission de service public. Par conséquent, les juridictions administratives seront compétentes pour se

---

<sup>164</sup> C.E., 14 octobre 1991, n°90260, *JCP* 1992, II, 21961, note P. ICARD. V. également C.E, 8 mars 2002, n°210043, 9/10/ SSR, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

<sup>165</sup> Article 11 du décret n°84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation, *J.O.*, 1<sup>er</sup> fév.

<sup>166</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret n°2009-697 du 16 juin 2009, préc.

<sup>167</sup> *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, sous la direction de G. Cornu, PUF, V° Acte administratif.

<sup>168</sup> CE, 17 février 1992, aff. Textron, *AJDA*, 1992, p.450, obs. C. Devès, *JCP* 1994, II, 21961, note Ph. Icard.

<sup>169</sup> <sup>169</sup> Décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, préc..

<sup>170</sup> CE, 17 février 1992, n°73230, publié au recueil Lebon

<sup>171</sup> Sur ce point, V. V. A. BRUNET et F. PERALDI-LENEUF, Les recours juridictionnels des utilisateurs en cas de normes défectueuses, *P.A.*, 11 fév. 1998, p.39, spéc. n°30 s.

prononcer sur une éventuelle responsabilité de cet organisme<sup>172</sup>. La mise en œuvre de la responsabilité civile de l'AFNor nécessite que la preuve de trois éléments soit rapportée : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

Pour apprécier si l'AFNor a effectivement commis une faute, le juge recherchera si les règles gouvernant l'élaboration et l'homologation des normes ont été respectées. La faute peut également consister dans le maintien d'une norme devenue inadaptée. En effet, l'organisme de normalisation doit vérifier l'adéquation des normes aux solutions techniques possibles en l'état actuel des sciences et techniques. Si une personne intéressée, tel un utilisateur de la norme, a expressément demandé une modification des dispositions en vigueur, mais que cette requête est restée sans suite, alors l'AFNor est certainement fautive<sup>173</sup>.

Concernant le dommage, il peut s'agir d'un dommage subi par l'utilisateur final du produit ou du service ou d'un dommage subi par le professionnel ayant appliqué la norme en cause. Dans les faits, l'utilisateur final du produit préférera se retourner contre le professionnel. Le professionnel condamné pourra alors être tenté d'exercer une action récursoire contre l'AFNor si la mise en œuvre de sa responsabilité trouve son origine dans l'utilisation d'une norme défectueuse. Le professionnel pourra également demander réparation de dommages personnels si l'application de la norme lui a causé un préjudice qui lui est propre.

Enfin, il doit exister un lien de causalité entre la faute et le dommage, c'est-à-dire que la norme défectueuse ou obsolète doit être directement à l'origine du dommage. Par exemple, le professionnel devra apporter la preuve que le défaut de sécurité d'un produit trouve son origine dans l'application de la norme défectueuse et que lui-même, bien que homme de l'art, n'était pas en mesure de détecter le caractère défectueux de la norme<sup>174</sup>. La preuve du lien de causalité entre la faute de l'AFNor et un éventuel dommage risque donc de se révéler difficile à apporter en pratique.

De même, la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'AFNor risque de s'avérer difficile. La responsabilité de l'AFNor pourrait, par exemple, être engagée sur le fondement de l'article 223-1 du code pénal pour mise en danger d'autrui. Mais, dans cette hypothèse, la victime doit apporter la preuve d'une imprudence aggravée de son auteur<sup>175</sup>.

Le juge judiciaire peut également essayer d'éradiquer la norme, en recourant, selon les cas, à différents fondements.

Le juge judiciaire pourra peut-être dans certaines hypothèses se fonder sur la législation contre les clauses abusives. Aux termes de l'article L 132-1 du code de la consommation est abusive une clause insérée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou non professionnel, lorsqu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur ou du non professionnel. Le fait d'obtenir un avantage manifestement disproportionné est également sanctionné dans un contrat conclu entre deux professionnels, mais uniquement lorsque les deux parties sont des

---

<sup>172</sup> La compétence des tribunaux administratifs ou judiciaires en matière de responsabilité se détermine en fonction du critère fonctionnel de l'établissement. Ce n'est donc pas le caractère public ou privé de l'établissement qui importe, mais la mission qu'il exerce. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 1975, *JCP éd. G*, 1976, II, 18468, obs. Y. Plouvin ; C.E., sect., 13 octobre 1978, *Rev. dr. publ.* 1979, 899 ; Trib. conflits, 6 nov. 1978, *Rec.* p.652.

<sup>173</sup> En ce sens, F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, préf. J. Schmidt-Szalewski, thèse PUAM, 2003, p.95.

<sup>174</sup> V. A. BRUNET et F. PERALDI-LENEUF, Les recours juridictionnels des utilisateurs en cas de normes défectueuses, art. préc., spéc. n°37 s.

<sup>175</sup> V. <sup>175</sup> Sur ce point, A. PENNEAU et D. VOINOT, Normalisation, *Jcl. Concurrence-consommation*, fasc. 870, 2001 (à actualiser), n°109 (actualiser le n°).

partenaires commerciaux<sup>176</sup>. Il faut reconnaître que les hypothèses dans lesquelles l'application d'une norme technique est susceptible d'être à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les obligations des parties sont certainement rares. En effet, dans le droit de la consommation, l'appréciation du caractère abusif de la clause ne peut pas porter sur « la définition de l'objet principal du contrat »<sup>177</sup>. Or, que l'on soit en présence d'un produit ou d'un service, la norme technique porte généralement sur l'objet principal du contrat. Néanmoins, si le fait pour un professionnel de s'engager par une clause à respecter une norme très peu contraignante a pour but de limiter sa responsabilité, alors la législation sur les clauses abusives pourrait être appliquée et la clause réputée non écrite. En effet, l'application d'une norme prévoyant des obligations pour le professionnel beaucoup moins contraignantes que les règles de l'art en vigueur pourrait être assimilée à une clause limitative de responsabilité. Une telle clause pourrait alors être annulée sur le fondement de l'article L. 132-1 du code de la consommation ou de l'article L. 442-6 du code de commerce si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Elle pourrait également être réputée non écrite, dans tous contrats, si elle contredit l'obligation essentielle du débiteur<sup>178</sup>.

Le juge judiciaire qui, au cours d'un litige, aurait connaissance d'une norme susceptible de constituer un obstacle aux échanges pourrait également poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne afin que celle-ci se prononce sur la compatibilité de la norme avec le principe de libre circulation. En effet, lorsque des mesures nationales constituent des obstacles aux échanges, elles peuvent être considérées comme des mesures d'effet équivalent. Dans un célèbre arrêt, connu sous le nom d'arrêt Dassonville, la Cour de Justice a décidé que « toute réglementation commerciale des Etats membres susceptibles d'entraver (...) le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives »<sup>179</sup>. Une norme technique peut parfaitement être considérée comme une mesure d'effet équivalent dès lors qu'elle est obligatoire en droit ou en fait. Dans cette hypothèse, la norme doit être supprimée. Par ailleurs, si une norme nationale n'a pas été notifiée à la Commission en application de la directive du 21 juillet 1998 relative à la procédure d'information dans le domaine des normes techniques<sup>180</sup>, il incombe au juge national de refuser de l'appliquer<sup>181</sup>.

Enfin, on peut penser à d'autres modes de contrôles, ou plutôt de contre-pouvoirs, qui ne sont pas des recours juridique stricto-sensu. En effet, si la norme technique est appliquée par les professionnels, elle concerne différents groupes sociaux : les collectivités locales, les consommateurs par exemple. Ces groupes peuvent être conduits à réagir face à des normes techniques qui ne prendraient pas suffisamment en considération leurs intérêts. A titre d'illustration, les collectivités locales considèrent que leur participation à l'élaboration des

---

<sup>176</sup> Article L. 442-6 I 1° c. com.

<sup>177</sup> Article L. 132-1 al. 7 c. consom.

<sup>178</sup> En ce sens, A. PENNEAU et D. VOINOT, Normalisation, *Jcl. Concurrence-consommation*, fasc. 870, 2001, n°83 (**actualisé numérotation**) V. Cass. com. 22 octobre 1996, *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux ; *RTDCiv.* 1997, p.418, obs. J. Mestre

<sup>179</sup> CJCE, 11 juill. 1974, Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville, aff. 8/74, *Rec. CJCE*, p.837.

<sup>180</sup> Directive 98/34 du 22 juin 1998 relative à la procédure d'information dans le domaine des normes techniques, *JOCE L 204* du 21/07/1998, p.37.

<sup>181</sup> CJCE, 30 avril 1996, aff. C 194/94, *Rec CJCE*, I, p.2201.

normes techniques est très faible, alors même qu'elles sont soumises à leur exécution<sup>182</sup>. Les normes techniques se traduisent pour elles en termes de coûts financiers ou encore de responsabilité. Avec la normalisation, les collectivités locales « prennent conscience qu'elles sont devenues des entités sociales banalisées, placées au même plan que les sociétés, les associations ou les personnes physiques ». Elles « se sentent devenir progressivement sujets et objets de normes élaborées par des acteurs privés »<sup>183</sup>. Pourtant, notamment avec le cumul des mandats, les maires, conseillers généraux ou régionaux, participent souvent à l'élaboration de la règle de droit dans l'hémicycle. Ainsi, on observe des réactions de ces entités face un processus d'élaboration des normes dans lesquelles elles prennent difficilement place. Par exemple, lors de son 80<sup>ème</sup> congrès, l'Association des maires de France a demandé l'institution d'un « haut conseil des normes » composé pour un tiers d'élus locaux. Cette proposition, faite en 1997, est restée lettre morte. Les collectivités locales sont également absentes du processus de normalisation européen, à la différence des organisations représentant les acteurs économiques qui collaborent avec le CEN. On pourrait toutefois imaginer que le Parlement européen et le Comité des régions défendent leurs intérêts<sup>184</sup>.

On pourrait également imaginer des réactions moins institutionnelles. Par exemple, les représentants des collectivités locales pourraient profiter de leurs liens avec les pouvoirs publics pour obtenir un décret venant contredire la norme. Des associations de consommateurs qui n'auraient pu faire valoir les intérêts qu'elles représentent lors du processus d'élaboration de la norme pourraient procéder de même.

On s'éloigne alors des moyens proprement juridiques, mais l'on sait que ces pratiques peuvent jouer un rôle important dans la détermination et l'application d'un texte. La pratique du lobbying est d'ailleurs officielle au niveau européen.

## **B / Les contrôles ex post de la norme en droit européen**

### **Fabienne Péraldi Leneuf, Professeur à l'Université de Lille 2**

Après quelques rappels introductifs sur le statut des normes européennes, il conviendra d'apporter des éléments de réflexion sur les recours ouverts aux utilisateurs de normes après leur entrée en vigueur.

Une norme européenne, ainsi qu'on le sait, est une spécification technique émise par un organisme reconnu de normalisation selon un processus reconnu également par les parties intéressées et les pouvoirs publics. Il n'existe que trois organismes européens reconnus : LE CEN LE CENELEC, L'ETSI. Dès lors, les normes émises par des autres organismes sont qualifiées de simples « spécifications techniques ». Il en existe de multiples, ce qui conduit fréquemment à des confusions. Il existe par ailleurs deux sortes de normes européennes, les normes harmonisées et les normes non harmonisées. Les premières font l'objet d'un mandat de la part la Commission européenne qui intervient dans le cadre d'une directive et donc sont élaborées sur demande des pouvoirs publics. Les normes non harmonisées sont produites de façon spontanée par les OEN à la demande de l'industrie.

Le statut des normes européennes est ainsi apparemment simple : elles sont, comme toutes normes, d'application volontaires pour les fabricants. Toutefois, les normes harmonisées, réalisées sur mandat de la Commission, sont assorties d'une présomption de conformité qui s'applique aux produits fabriqués à partir d'elles. Ainsi, si le fabricant utilise

---

<sup>182</sup> Sur ce constat, O. TAMBOU, Les collectivités locales face aux normes techniques, *AJDA*, 2000, p.205.

<sup>183</sup> O. TAMBOU, Les collectivités locales face aux normes techniques, art. préc., p.207.

<sup>184</sup> En ce sens, O. TAMBOU, art. préc., p.213.

la norme harmonisée, ses produits bénéficient de la présomption de conformité à la directive. S'il ne l'utilise pas: il devra engager une procédure de certification. Les fabricant ne sont liés quant à eux qu' aux exigences des directives. Ces obligations étant sanctionnables.

Cette application volontaire reçoit toutefois des exceptions en fonction de leurs destinataires. En effet, elles ont un effet contraignant à l'égard des organismes nationaux de normalisation, qui ont l'obligation de les intégrer dans leurs collections nationales de normes. Cette obligation s'apparente à une obligation de transposition sous la surveillance des pouvoirs publics nationaux. Les normes d'ailleurs bénéficient d'une primauté sur les normes nationales qui doivent être écartées et remplacées. Elles ont également un effet contraignant pour les acheteurs publics car, lorsqu'elles existent, elles doivent obligatoirement figurer dans les appels d'offre. Si l'acheteur public ne procède pas à cette référence, les soumissionnaires écartés du marché disposent de voies de recours prescrites par la directives « recours » de 1989 : annulation, suspension des décisions des pouvoirs adjudicateurs, dommages et intérêts.

Ces propos introductifs sur le statut des normes revêtent une importance majeure en cas de survenance d'un dommage. En effet, dans cette hypothèse, en cas de défaillance dans le fonctionnement de la normalisation, un recours contre la norme européenne est-il possible devant une juridiction européenne ou nationale ? L'on sait par exemple qu'en droit français, les normes homologuées sont des actes susceptibles de recours devant les tribunaux administratifs, du fait de leur homologation<sup>185</sup>.

Les normes européennes peuvent-elles également être qualifiées « d'actes » européens et faire l'objet d'un recours en annulation?

## **II LE CONTROLE A PORTERIORI DES NORMES EUROPEENNES.**

Après avoir envisagé le cas particulier des «consultants de la nouvelle approche » (A), on évoquera le contentieux des marchés publics (B) puis celui des recours directs (C). Il convient d'ors et déjà de préciser qu'il existe peu de jurisprudence mais les quelques arrêts existants permettent de tirer quelques enseignements.

### ***A. Les "consultants de la nouvelle approche"***

Les consultants de la « nouvelle approche vérifient la conformité des normes harmonisées avec la législation européenne correspondant. Il s'agit donc bien d'un contrôle a posteriori des normes au regard des exigences essentielles.

Ces consultants, d'après le récent rapport du Parlement européen<sup>186</sup>, sont sélectionnés par les organismes européens de normalisation et travaillent en leur sein, ce qui fait peser un lourd fardeau administratif sur ces organismes et suscite parfois des inquiétudes chez les parties prenantes quant à l'impartialité et à l'indépendance du processus; Le Parlement souhaiterait que la Commission révise cette procédure existante de façon à garantir également que les normes sont compatibles avec d'autres politiques et législations de l'Union européenne qui ne relèvent pas du champ d'application de la "nouvelle approche".

---

<sup>185</sup> CE, Conchyliculture, 14 octobre 1991. CE, Textron du 17 février 1992

<sup>186</sup> Projet de rapport 2010/2051(INI) du 9.8.2010 sur « *l'avenir de la normalisation européenne* » (2010/2051(INI)) ; Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs ; Rapporteur: Edvard Kožušník

## **B. Le contentieux cadre des marchés publics.**

La cour ici sanctionne le fait de refuser des offres de produits qui correspondent aux prescriptions techniques exigées dans les marchés. Elle a agi ainsi dans le fameux arrêt *Commission contre Irlande*, du 22 septembre 1988<sup>187</sup> à l'égard du pouvoir adjudicateur qui avait imposé le recours à une norme locale.

Plus récemment, dans l'affaire *Medipac Kazantzidis* du 14 juin 2007<sup>188</sup> la Cour a jugé que « le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur, ayant lancé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de dispositifs médicaux et précisé que ces derniers doivent être conformes à la pharmacopée européenne et munis du marquage CE, rejette, directement, et en dehors du cadre de la procédure de sauvegarde, pour des raisons relatives à la protection de la santé publique, les matériels proposés dès lors qu'ils respectent cette condition technique exigée.

Dans la récente affaire *Commission contre Grèce* du 19 mars 2009<sup>189</sup>, qui fait suite à l'arrêt *Medipac Katzanidis*, des offres respectant les normes européennes avaient été exclues de l'appel d'offre par le pouvoir adjudicateur pour des raisons liées à la sécurité publique.

La Cour a jugé que « les pouvoirs adjudicateurs ayant lancé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de dispositifs médicaux munis du marquage CE ne peuvent pas rejeter, pour des raisons relatives à la protection de la santé publique, l'offre de tels produits directement et en dehors de la procédure de sauvegarde ».

## **II LES CONTENTIEUX DES NORMES.**

### **A. Dans les MP.**

La cour condamne le fait de refuser des offres de produits qui correspondent aux prescriptions techniques exigées dans les marchés pour des raisons de sécurité.

Dans l'affaire *Medipac Kazantzidis* du 14 juin 2007<sup>190</sup> la Cour avait déjà jugé que « le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur, ayant lancé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de dispositifs médicaux et précisé que ces derniers doivent être conformes à la pharmacopée européenne et munis du marquage CE rejette, directement et en dehors du cadre de la procédure de sauvegarde, pour des raisons relatives à la protection de la santé publique, les matériels proposés dès lors qu'ils respectent cette condition technique exigée.

Dans la récente affaire *Commission contre Grèce* datant du 19 mars 2009<sup>191</sup>, qui fait suite à l'arrêt *Medipac Katzanidis*, des offres respectant les normes européennes avaient été exclues de l'appel d'offre par le pouvoir adjudicateur pour des raisons liées à la sécurité publique.

---

<sup>187</sup> CJCE, 22 septembre 1988, *Commission. c. Irlande*, aff. 45/87.

<sup>188</sup> Arrêt CJCE *Medipac Katzanidis* C-6/05 14 juin 2007

<sup>189</sup> Arrêt CJCE *Commission contre Grèce* C-489/06 19 mars 2009

<sup>190</sup> Arrêt CJCE *Medipac Katzanidis* C-6/05 14 juin 2007

<sup>191</sup> Arrêt CJCE *Commission contre Grèce* C-489/06 19 mars 2009

La Cour a jugé que « *les pouvoirs adjudicateurs ayant lancé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de dispositifs médicaux munis du marquage CE ne peuvent pas rejeter, pour des raisons relatives à la protection de la santé publique, l'offre de tels produits directement et en dehors de la procédure de sauvegarde* ».

Donc manquement d'Etat....

## **B. Le recours direct contre les NH :**

Il n'y a pas de contentieux direct contre les normes mais seulement une jurisprudence qui pourraient s'y appliquer. Il en est ainsi de l'affaire Méroni, ou de toutes celles dans lesquelles la juridiction de l'Union européenne a engagé la responsabilité de la Communauté ou de l'union du fait des actes d'une institutions privée à qui elle avait confié certains pouvoirs ou certaines prérogatives<sup>192</sup>. Récemment, il est ainsi de l'arrêt du TPI, du 19 février 1998, *DIR International Film*<sup>193</sup>.

Le TPI a accepté que « *dans le cadre de la mise en œuvre du programme d'action pour l'industrie audiovisuelle (MEDIA), les décisions sur les demandes de financement prises par un organisme privé, qui, sur une base contractuelle, assiste la Commission dans la mise en œuvre financière du programme, sont imputables à la Commission et peuvent donc faire l'objet d'un recours devant le juge communautaire.*»

Dans une autre affaire, le TPI a reconnu à la Commission la possibilité de déléguer à l'Agence Européenne pour la Reconstruction, l'exécution de l'assistance communautaire, prévue par un règlement communautaire. Selon ce règlement, l'AER peut être chargée par la Commission de toutes les opérations nécessaires à la mise en œuvre des programmes pour la reconstruction de la Serbie-et-Monténégro, et notamment de la préparation et de l'évaluation des appels d'offres et de l'attribution des marchés. Une décision de l'AER prise dans ce cadre est donc susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation<sup>194</sup>.

Pour ce qui est des normes européennes proprement dites, l'incertitude quand à leur nature d'actes ou quasi-actes susceptibles de recours, reste intacte tant que la juridiction ne se sera pas engagée dans cette voie. Si l'on considère que les normes européennes acquièrent une juridicité du fait de leur publication au JO C UE par le biais d'une communication de la Commission européenne, seule un recours contre un tel acte pourrait éventuellement les atteindre.

Il n'est arrivé qu'une seule fois que le TPI ou la cour soient saisi d'un recours en annulation contre un acte de publication d'une norme : l'affaire Schmold. Mais il convient de relativiser l'intérêt de l'affaire car le recours ne visait pas directement la communication publiant la norme mais la décision de la Commission rejetant l'objection formelle dont elle était saisie et refusant de réviser la publication de la norme.

Dans cette affaire, le 23 mai 2001, le CEN a adopté dix normes concernant des produits

---

<sup>192</sup> Voir notre thèse précit.

<sup>193</sup> TPI, 19 février 1998, *DIR International Film e.a. / Commission*, T-369/94 et T-85/95. Cette affaire a fait l'objet d'un pourvoi devant la CJCE 27 janvier 2000 *DIR International Film e.a. / Commission* C-164/98 P mais la CJCE n'a pas remis en cause l'analyse du Tribunal quant à la théorie de la délégation de pouvoir.

<sup>194</sup> TPI 8 octobre 2008, *Sogelma c. AER* T-411/06 cf. points 38-40 et 43)

d'isolation thermique (ci-après les «normes contestées»). Ces normes ont été publiées au *Journal officiel de l'Union européenne* le 15 décembre 2001 au moyen d'une communication de la Commission. Le 9 août 2002, la République fédérale d'Allemagne a déposé une objection concernant ces normes, soutenant que celles-ci ne permettaient pas de présumer que les ouvrages dans lesquels les produits seraient installés répondraient pleinement aux exigences essentielles visées à l'article 4 de ladite directive. Les 28 et 29 janvier 2003, le comité permanent de la directive 98/34 a rendu un avis positif sur un projet de décision de la commission rejetant l'objection de la république fédérale d'Allemagne. Le 9 avril 2003, la commission a rejeté l'objection soulevée par ledit état membre. La décision a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* du 8 mai 2003. M. Schmoldt, président du comité technique 88 du CEN (ci-après le «CEN/TC 88») et membre du groupe ad hoc du comité permanent de la construction introduit un recours en annulation le 28 juillet 2003 devant le TPI.

Les requérants demandent au Tribunal d'annuler l'article 1<sup>er</sup> de la décision attaquée, en rapport avec le tableau 1 de l'annexe de ladite décision, de sorte que soient retirées du *Journal officiel de l'Union européenne* la communication du 15 décembre 2001 et la communication du 22 mai 2003.

La Commission soulève une exception d'irrecevabilité. Elle soutient que le recours ne peut affecter les communications de publication mais la seule décision de rejet.

Selon les requérants, le présent recours a au contraire pour objet le retrait des normes contestées publiées le 15 décembre 2001, en ce compris le retrait de la communication du 22 mai 2003.

Le TPI a rejeté le recours estimant que les requérants ne sont pas individuellement concernés au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE .

Les requérants ont entrepris donc un pourvoi contre l'ordonnance du TPI du 24 mai 2004 qui a déclaré irrecevable le recours en annulation. La Cour de justice de l'UE a rejeté celui-ci.

Il en résulte qu'en l'état actuel de la jurisprudence, il est impossible d'affirmer que les normes européennes, même élaborées dans un contexte de co-régulation, sont des documents qui peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel a posteriori.

## **DEBATS :**

### **François WELLHOFF, MEEDDM**

Quand on aborde les notions de contrôle comme vous l'avez fait, que ce soit le contrôle avant ou après, vous avez toujours parlé du contrôle des normes homologuées. Je voudrais vous suggérer pour la suite de vos travaux de regarder la procédure doublement pernicieuse qui a lieu aujourd'hui qui consiste à ne pas aller jusqu'à l'homologation. Pour arriver à l'homologation il y a un certain nombre d'étape à franchir et on découvre que notamment dans les domaines des services d'intérêt généraux on en reste au niveau le plus bas c'est à dire ce que l'on appelle le « technical report », c'est à dire le document technique qui n'a pas vocation à être homologué. Celui-ci ne fait l'objet d'aucun contrôle, que ce soit avant ou après, mais qui a autorité de fait exactement de la même manière puisque les assurances en demandent l'application et que certains tribunaux le prennent en compte comme présomption de conformité.

**Danielle KOPLEWICZ, Bureau de normalisation de la mécanique, BNM**

Je voudrais revenir sur la question de savoir si le bureau de normalisation ne serait pas plutôt un sous traitant qu'un délégué. Quand on sait que la rémunération couvre à peine 1% de leur budget de fonctionnement, on se rend compte que ce n'est pas vraiment une rémunération c'est plutôt une compensation d'un nouveau transfert de responsabilité qui a été porté sur les bureaux de normalisation et qui est de prendre en charge la traduction en français des normes. Cela était avant considéré comme une mission d'intérêt général prise en charge par l'AFNor, qui a été transféré au bureau de normalisation avec compensation financière.

**François ROBIN, Responsable du département Développement à l'AFNOR**

Dans le même ordre d'idée, une norme a été publiée après le décret qui s'appelle « référentiel d'évaluation des activités des bureaux de normalisation » et qui a été publié très récemment, à la fin de l'année dernière.

**Manuel MEDINA ORTEGA, ancien Député au Parlement européen**

Nous sommes dans le contrôle, il y a peut-être une possibilité de contrôle indirecte par le Parlement. Je vais donner un exemple concernant la vache folle. Dans le rapport la commission d'enquête sur la vache folle, il était clair qu'il y avait une faute de la Commission qui n'avait pas elle-même contrôlée l'application des normes sur la vache folle.

Pour le reste, je pense que je pourrai signer chacune des déclarations qui ont été faites par M. Rouchayrole. En effet, la loi a un caractère général, obligatoire, adoptée par une autorité légitime.

(...)

Les parlementaires européens perdent trop de temps à discuter de choses techniques et passionnantes telles que les décibels des tondeuses ou le bruit des ascenseurs. On discute pendant des heures sur ces sujets en commissions. Je pense vraiment que la Traité de Lisbonne est un progrès pour le Parlement et qu'il va continuer à travailler et à accepter le système.

(...)

**CONCLUSION**

**Jean-Marc MICHEL, Directeur général de l'aménagement, du logement, de la nature  
(MEEDDM)**

Le pouvoir d'initialisation de la norme est chez le juriste, chez le politique et chez les entreprises qui ne se privent pas d'inventer ce qui sera plus tard une norme. Ce que nous vivons en ce moment dans le domaine de la construction, pour essayer de franchir une étape en termes de performance énergétique, imaginez que sur la norme réglementation thermique 2005 un certain nombre d'entreprise et de producteurs de produits de construction sont déjà en train de fabriquer le bâtiment basse consommation, que la norme réglementation technique 2012 viendra rejoindre. Le pouvoir d'initialisation de la norme existe aussi au cœur des entreprises sur la base d'une logique d'ambition, de concurrence, d'images, d'identification. Ces mécaniques auxquelles nous avons recours doivent être organisées, contrôlées pour être au service du bien commun sinon, l'on imagine qu'elles sont susceptibles de créer certes une différenciation mais différenciation de type ségrégation. Donc si la norme aujourd'hui est quelque chose dont l'économie s'empare. Elle s'en empare sur une normalisation de produits techniques, est ce que ceux qui fabriquent la norme ont toujours en tête qu'ils sont au service de l'intérêt général ? ça, je ne saurais le dire. C'est un vrai sujet. Qu'on se pose la question du contrôle, on se pose aussi la question du contrôle de l'intérêt général et non le contrôle pour le contrôle. Saurons nous faire demain pour les services ce que nous faisons aujourd'hui pour les produits, est ce que l'extension d'une politique de normalisation aux services est à notre portée et si oui dans quelles conditions ? est ce que la directive « services » a fait une vue d'impact complète de ses conséquences en termes de normalisation ? Il me semble que l'on a vraiment besoin de la normalisation dans la conduite ou dans la régulation des activités humaines notamment celles de services. Néanmoins est ce que cette régulation est elle-même engagée et contrôlable (au sens pilotable) par le simple fait d'installer un nouveau champ normatif ? en termes de politique publique c'est important de savoir si la norme est au service ou bien si elle commande l'orientation de la politique publique ? M. le Député le disait bien si l'on passe son temps à débattre du niveau de décibel des tondeuses est ce que l'on est sur le bon créneau de discussion et de débat politique ?

La normalisation doit être installée dans une logique de démocratie représentative, on choisit son périmètre d'orientation, national, européen, international. On le voit à l'OMC et dans diverses conventions internationales sur la mer notamment où la tendance à la norme c'est une très grande liberté, on revendique une absence de contraintes. Est ce que nos démocraties représentative aujourd'hui sont prêtes à piloter cette renaissance, cette production de normalisation ?

Deuxième idée, de plus en plus pour piloter les politiques publiques, pour installer des nouveautés dans un débat citoyen, on a recours à une nouvelle gouvernance. Celle du débat public mais aussi celle que le gouvernement français a installé qui s'appelle le Grenelle de l'environnement. Cette démocratie participative, comment s'est elle exprimée sur le besoin de normalisation, sur le besoin de normes, de nouvelles ambitions ? sur ce sujet, la norme a été plutôt jaillissante, que contrôlée. Cette envie de mélanger des objectifs en termes d'orientation, de résultat et des normes. Cette espèce de flou qui mélange ces deux intentions positives là nous a interpellée. Ce qui pouvait naître de manière opérationnelle et lisible sur des produits, si on le basculait sur des services, la démocratie participative devient elle utile à permettre à cette norme de s'installer ? j'en doute. La normalisation fait partie d'un contexte où les modes d'élaboration de politique publique, les modes d'association des citoyens varient et où on a parfois recours à aller vers la norme trop vite.

On imagine comment avec ou sans jurisprudence, une série de professionnels dont les assureurs, on besoin de repères. Plus la norme avance et se précise plus ce qui n'est pas du Droit, devient du contrat et de la règle dans le contrat. C'est « à prendre ou à laisser ». Cette

espèce de norme de fait que l'on retrouve dans un certain nombre de contrats d'assurance nous interpelle aussi, car où se situe la liberté de choix quand on n'a pas d'autres choix que d'accepter un type de contrat d'assurance fait sur la base d'une normalisation lobbyiste, « non légitime ». Vous voyez qu'en tant que pouvoir public, en tant que direction générale opérationnelle, on croise plusieurs fois par jour le sujet de la norme.

En conclusion et en vous remerciant des apports que vous avez fait, je souhaite vous dire que la norme sans le projet n'est pas un instrument qui permet d'avancer. Le projet à la place de la norme n'est pas non plus ce qui rassure un certain nombre d'acteurs et aujourd'hui j'interpelle les scientifiques et les juristes en leur disant « aidez nous à faire que la norme trouve sa place dans un processus de fabrication, d'une décision administrative, d'une régulation d'un processus de fabrication, d'une nouvelle dimension, d'un nouveau projet pour un territoire ». C'est après tout à la qualité de vie de vos concitoyens, à leur bien être social, économique et environnemental que nous sommes attachés et pas uniquement à une logique de production administrative. Si vos réflexions nous aide à franchir un pas en direction de ce bien commun que nous sommes appelés à co-fabriquer pour nos concitoyens, je pense que le fait de se retrouver ici et de nous interpeller n'aura pas été un fait inefficace. Si nous sommes l'hyper loi ou dans la soft loi, je ne sais mais je sais que nous sommes dans le quotidien et que nous sommes interpellés pour être dans une logique d'efficacité, que nos concitoyens ne nous pardonneront pas d'être restés dans une logique de moyens sans aller vers une logique de résultat.

**Andrée BRUNET, Professeur à l'Université de Paris-Dauphine,**

Juste un mot sur la norme de fait qui tend à s'imposer, il est bon pour vous qui représentez les pouvoirs publics de savoir que là vous pouvez utiliser l'instrument du droit des ententes pour briser ce type de comportements.

**Joël MONEGER, Directeur de l'Institut Droit Dauphine,**

Au nom de l'Institut, je remercie tout d'abord mes collègues animatrices de cette journée, tous les membres et personnes qui nous ont rejoint pour discuter. Il est rare, M. Ketchell le disait, d'avoir une telle qualité de débat, peut être est-ce cette table, cette pièce, peut être Raymond Aron qui nous regarde. A tous merci.

## TABLE DES MATIERES

Laurent Batsch, « La construction par les juristes et les ingénieurs du bien commun».....	p. 2
« Les enjeux de l'évolution de la normalisation en Europe gouvernance et démocratie », Fabienne Peraldi-Leneuf, .....	p. 3
I.- Les trois paradoxes de la normalisation	
a) « Une activité d'intérêt général, depuis le décret de 2009, mise en œuvre par les parties intéressées », Andrée Brunet.....	p. 14
Viviane Apied, .....	p. 24
Ekkehard Hofmann, .....	p. 26
Débat. .....	p. 33
b) « La normalisation, une norme en principe non obligatoire », Hélène Aubry, .....	p. 47
Federico Pernazza, .....	p. 49
Angel Menedez-Rexach.....	p. 50
Débat.....	p. 52.
c) « La normalisation des services ou l'émergence de l'hyper-loi » Fabienne Peraldi-Leneuf, .....	p. 53
Marc Rouchayrole.....	p. 75
Débats.....	p. 78
II. – Le contrôle, la meilleure réponse aux paradoxes	
« Contrôles ab initio et a posteriori » H. Aubry, A. Brunet, F. Peraldi-Leneuf. ....	p. 81
Débats.....	p. 96
Manuel Medina Ortega John Ketchell du CEN/CENELEC.....	p. 97
Clôture Jean-Marc Michel.....	p. 97

**plan urbanisme construction architecture**

Le plan | urbanisme | construction | architecture | PUCA depuis sa création en 1998, développe à la fois des programmes de recherche incitative, des actions d'expérimentation et apporte son soutien à l'innovation et à la valorisation scientifique et technique dans les domaines de l'aménagement des territoires, de l'habitat, de la construction et de la conception architecturale et urbaine.

Organisé selon quatre grands départements de capitalisation des connaissances : **Sociétés urbaines et habitat** traite des politiques urbaines dans leurs fondements socio-économiques ; **Territoires et aménagement** s'intéresse aux enjeux du développement urbain durable et de la planification ; **Villes et architecture** répond aux enjeux de qualité des réalisations architecturales et urbaines ; **Technologies et construction** couvre les champs de l'innovation dans le domaine du bâtiment ; le PUCA développe une recherche incitative sur le **Futur des villes à l'impératif du développement durable**.

Ce plan 2007-2012 se décline, selon huit programmes finalisés dont les objectifs de recherche répondent aux défis urbains de demain. Ces programmes sont accompagnés par des ateliers thématiques de bilan des connaissances et des savoir-faire, ainsi que par des programmes transversaux à l'échelle des territoires et des villes et à l'échelle européenne avec la participation du PUCA à des réseaux européens de recherche.

Le PUCA, par ailleurs, assure le secrétariat permanent du programme de recherche sur l'énergie dans le bâtiment.

► **Le gouvernement des villes et la fabrique du bien commun**

Planification sociale de l'urbain et services publics  
Citoyenneté et décision urbaine  
Intercommunalité et métropolisation  
Normes et fabrique du bien commun

► **Le nouveau urbain**

Rénovation urbaine et mixité sociale  
Renouvellement et recomposition des quartiers  
Créativité et attractivité des villes

► **L'avenir des périphéries urbaines**

Territoires urbains et sûreté  
Architecture de la grande échelle  
Habitat pluriel : densité, urbanité, intimité  
Systèmes périurbains et coûts d'urbanisation  
Dynamiques et pratiques résidentielles

► **Comportements résidentiels et défis démographiques**

Vieillesse de la population et choix résidentiels  
Habitat et services aux personnes âgées  
Évolutions démographiques et inégalités territoriales

► **Accès au logement**

Trajectoires résidentielles  
Recompositions institutionnelles de l'offre de logement  
Modes et formes de l'hébergement  
Économie foncière et immobilière

► **L'innovation dans l'architecture et la construction**

Le futur de l'habitat  
Logements optimisés : coûts, qualité, fiabilité, délais  
Bâtiments à énergie positive (PREBAT)  
Bâtiments exemplaires (BATEX)  
Logement Design pour tous  
Énergie et patrimoine existant (PREBAT)  
Bâtiments démonstrateurs (PREBAT)  
REHA (PREBAT)

► **Territoires et acteurs économiques**

Espaces urbains et dynamiques économiques  
Lieux, flux, réseaux dans la ville des services  
Développement économique local et mondialisation  
Économie de l'aménagement  
Attractivité des territoires

► **Vers des villes viables et acceptables**

Politiques territoriales et développement durable  
Risques technologiques : enjeux économiques et territoriaux  
Villa urbaine durable  
Quartiers durables  
Aménagement et démarches HQE  
Collectivités locales et défi climatique (PREBAT)

**PUCA**  
Plan Urbanisme Construction Architecture

Grande Arche de la Défense  
Paroi Sud  
92055 La Défense cedex  
tél. 01 40 81 24 30  
fax 01 40 81 63 78  
[www.urbanisme.equipement.gouv.fr/puca](http://www.urbanisme.equipement.gouv.fr/puca)