LA STANDARDISATION INTERNATIONALE PRIVÉE

Aspects juridiques

Sous la direction de Régis Bismuth

Préface de Jean-Marc Thouvenin

Avec la participation de Lena Chercheneff et Tatum Ragues

Droit international

larcier

Chapitre 1

Une cartographie de la standardisation internationale privée : tentative d'identification de l'objet et de ses enjeux

Régis BISMUTH

Professeur de droit public à l'Université de Poitiers (CECOJI)

1 Le destin du standard QWERTY, parabole de la standardisation internationale privée 11

2 Ce que recouvre la standardisation 14

3 La dimension internationale de la standardisation 19

4 La dimension privée de la standardisation internationale 23

Résumé : Ayant pour objet l'adoption de règles de référence non contraignantes (les standards) destinées aux biens, produits, services, processus et activités, la standardisation est, à l'origine, un phénomène dépourvu de toute dimension juridique. Le passage du fait au droit peut se réaliser par le biais d'une reconnaissance *de facto* du standard si celui-ci est intégré et accepté par le marché. Elle se réalise surtout par le biais d'une reconnaissance *de jure* lorsqu'un instrument (réglementation, contrat, traité, etc.) reconnaît certains effets juridiques au standard. Le standard devient international dès lors qu'il bénéficie d'une reconnaissance *de facto* internationale par le marché ou *de jure* par des instruments internationaux à l'instar de certains accords l'OMC, lesquels indiquent par ailleurs que le standard international devrait être le produit d'un processus multilatéral. Lorsqu'il est élaboré par des instances composées de personnes privées, le standard, compte tenu de son impact, soulève des problèmes particuliers de transparence et de légitimité démocratique. C'est à l'aune de ces éléments qu'il est envisageable d'identifier et de cartographier un phénomène de « standardisation internationale privée » dont les aspects juridiques se distinguent de ceux des normes privées internationales ou du droit transnational.

1.1. — Avant d'être un objet d'étude juridique, la standardisation internationale privée est en premier lieu un phénomène qui présente la particularité d'échapper le plus souvent à notre perception. Ce n'est que par une observation attentive de celui-ci que le voile se lève sur un univers parallèle dont on est souvent loin d'en mesurer l'étendue. Si la première expérience de la standardisation internationale privée est davantage empirique, il est aussi possible d'en identifier les aspects juridiques. Ils ne sont toutefois décelables, à l'origine, que de façon fortuite, lorsqu'une éruption de ce phénomène est susceptible d'être appréhendée juridiquement. Il est donc illusoire de vouloir identifier *de plano* une notion ou un régime juridique de la « standardisation internationale privée » à partir duquel découlerait un ensemble de règles applicables [1]. S'il est possible de mettre en perspective l'émergence d'une notion juridique de « standard international » [2], l'ambition de cette étude introductive est plus modeste et consiste, à ce stade, à tenter de décoder juridiquement ce phénomène et ses enjeux, de soulever les questions de droit récurrentes qu'il est susceptible de présenter et de le situer dans un champ plus théorique afin d'identifier ce qui le distingue de concepts ou d'objets d'étude susceptibles d'apparaître similaires au premier abord, tels que les « normes privées internationales » ou le « droit transnational ».

1.2. — Dans la mesure où la standardisation internationale privée relève en premier lieu de l'observation, un retour sur l'extraordinaire expérience du standard QWERTY apparaît opportun afin de baliser cet exercice d'identification et de décodage juridique (I). Il sera dès lors envisageable de se pencher sur ce que recouvre la « standardisation » et de justifier l'usage de cette terminologie (II), puis de déterminer en quoi celle-ci est « internationale » (III) et ce que signifierait sa dimension « privée » (IV).

1. Un auteur soulignait d'ailleurs dans sa thèse « the non-existent discipline of "standards law" » (H. Schepel, *The Constitution of Private Governance – Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford and Portland, Hart, 2005, p. 2).

2. En particulier dans le contexte de l'OMC. Voy. not. *infra* III.B et dans cet ouvrage l'étude de J. Dupendant, « La reconnaissance des normes ISO par le droit de l'OMC ». Voy. aussi, R. Howse, « A New Device for Creating International Legal Normativity : The WTO Technical Barriers to Trade Agreement and "International Standards" », *in* C. Joerges, E.-U. Petersmann (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2006, pp. 383 et s. ; H. Schepel, *op. cit.*, note 1, pp. 177 et s. ; E. Wijkström, D. McDaniels, International Standards and the WTO TBT Agreement : Improving Governance for Regulatory Alignment, WTO, Staff Working Paper ERSD-2013-06, Avril 2013, 30 p., disponible sur <www.wto.org>.

Section 1
Le destin du standard QWERTY, parabole de la standardisation internationale privée

1.3. — Omniprésent et perçu comme un fait accompli, le standard QWERTY relatif à l'agencement des touches des claviers d'ordinateur constitue sans nul doute un cas d'école de la standardisation internationale privée. Il ne semble pas excessif de l'affirmer compte tenu de la fulgurance de sa reconnaissance internationale (§ 1), mais aussi des enjeux soulevés par sa diffusion, lesquels permettent de se pencher sur le « côté obscur » de ce phénomène (§ 2).

§1. La diffusion internationale du standard QWERTY

1.4. — L'histoire du modèle QWERTY débute modestement à la fin des années 1860 aux États-Unis, époque pendant laquelle Christopher Latham Sholes, « imprimeur de métier et bricoleur par inclination » [3], travaillait à l'élaboration d'une machine à écrire. Dans le cadre du perfectionnement du clavier de son invention dans le courant des années 1870, il parvint à l'obtention d'une disposition des touches correspondant au modèle QWERTY qui, selon l'histoire consacrée jusqu'à une période récente, permettait aux tiges des touches les plus sollicitées de ne pas s'entrechoquer [4]. Ce modèle a été breveté par son inventeur en août 1878 [5] (relevons donc que le standard est susceptible de faire l'objet d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle) [6] et s'est ensuite diffusé par le biais de la commercialisation des machines à écrire Remington. Près de 150 années après le dépôt de ce brevet, les claviers d'ordinateur ainsi que ceux qui apparaissent sur les écrans des *smartphones* – dès lors que le choix se porte sur les claviers américain, britannique, des pays scandinaves ou hispanophones – sont toujours fondés sur le modèle QWERTY.

1.5. — Cette diffusion progressive du standard QWERTY par le marché ne doit toutefois pas occulter la reconnaissance dont celui-ci a bénéficié de la part de certaines instances internationales. Ainsi l'*International Organization for Standardization* (plus connue sous son acronyme « ISO ») a adopté une norme internationale relative aux claviers destinés à la bureautique dont le module alphanumérique a été conçu afin d'accueillir le modèle QWERTY et ses différentes déclinaisons [7]. Sans revenir ici sur le rôle de l'ISO en matière de standardisation internationale [8], l'expérience du standard QWERTY révèle qu'un standard élaboré

3. P. A. David, « Comprendre les aspects économiques de QWERTY : La contrainte de l'histoire », *Réseaux*, vol. 16, n° 87, 1998, pp. 11 et s.
4. Ibid.
5. C. Latham Sholes, « Improvement in Type-Writing Machines », Patent No. US207559, disponible sur <*www.google.com/patents/US207559*>.
6. Sur cet aspect, voy. dans cet ouvrage l'étude de N. Binctin, « Standardisation internationale privée et droit de la propriété intellectuelle ». Voy. aussi, H. Schepel, J. Falke, *Legal Aspects of Standardization in the Member States of the EC and EFTA – Volume 1 : Comparative Report*, Luxembourg, European Communities, 2000, pp. 167 et s. ; UNCTAD, *Addressing the Interface between Patents and Technical Standards in International Trade Discussions*, Policy Brief n° 3, février 2009, 11 p.
7. ISO/CEI, *Technologies de l'information – Disposition des claviers conçus pour la bureautique – Partie 1 : Principes généraux pour la disposition de claviers*, ISO/CEI 9995-1.
8. Sur cette organisation, voy. not. : C. N. Murphy, J. Yates, *The International Organization for Standardization*

par une seule et unique personne privée et qui se diffuse à l'origine par les mécanismes de marché est susceptible de devenir un référentiel international et d'être consacré comme tel par le biais d'une organisation telle que l'ISO. Christopher Latham Sholes était sans doute loin d'imaginer le fabuleux destin que l'histoire a réservé à son invention.

1.6. — L'histoire de la version française du modèle QWERTY est également instructive de la dynamique de la diffusion internationale des standards privés, en mettant notamment en perspective certains de ses travers. Le modèle des claviers français AZERTY, qui n'est qu'une déclinaison du modèle QWERTY, est apparu en France à fin du XIX^e siècle. Si son origine exacte et les circonstances de son élaboration restent encore une énigme pour les historiens, il est admis qu'il s'est diffusé par le biais des machines à écrire Remington importées et qui suivaient ce modèle [9]. Des alternatives au modèle AZERTY ont été recherchées en France dès le début du XX^e siècle, mais celles-ci ont toutes échoué. En particulier, la Commission Albert Navarre s'était saisie en 1907 de la question du « Clavier français » afin de proposer – dans un élan que l'on a pu qualifier de nationaliste [10] – un nouveau modèle davantage adapté à la langue française. Celui-ci a cependant été rejeté par les utilisateurs compte tenu de la standardisation de la dactylographie sur la base du modèle AZERTY [11]. Ce dernier a d'ailleurs été reconnu par l'instance de normalisation française, l'AFNOR, qui a procédé à son enregistrement en 1991 après l'avoir intégré à titre expérimental en 1976 [12]. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de l'expérience française relative au modèle AZERTY. En premier lieu, le standard international (que reflète ici le modèle QWERTY) n'a pas vocation à être mis en œuvre de façon uniforme au sein des différents systèmes nationaux. Il sert de référentiel à partir duquel les utilisateurs du standard peuvent plus facilement se situer. Sans doute la facilité pour les usagers de permuter de l'AZERTY au QWERTY (et inversement) a favorisé l'usage et le maintien du premier en France alors qu'il n'avait pas été spécifiquement conçu pour la langue française. Ce constat permet également de souligner, en second lieu, qu'un standard peut s'imposer par le poids de l'histoire et des habitudes des utilisateurs alors qu'il ne permet pas nécessairement d'atteindre un résultat optimum du point de vue de son efficacité [13].

1.7. — Un constat similaire peut, de façon d'ailleurs assez surprenante, être dressé à propos du standard QWERTY alors qu'il avait été conçu pour la langue anglaise à l'origine. Celui-ci aurait dû être concurrencé par d'autres modèles dont il a été démontré qu'ils étaient plus efficaces dans la mesure où « le handicap imposé par QWERTY était particulièrement lourd lors de concours sauf pour ceux qui disposaient d'une main gauche et de petits doigts anormalement robustes » [14]. Pour comprendre le succès de ce standard, il faut sans doute revenir sur la stratégie qui a été déployée à cette fin et qui apporte aussi un éclairage sur les dérives de la standardisation internationale.

(ISO) – Global Governance Through Voluntary Consensus, New York and London, Routledge, 2009.

9. D. GARDEY, « La standardisation d'une pratique technique : La dactylographie (1883-1930) », *Réseaux*, vol. 16, n° 87, 1998, pp. 78 et s.

10. *Ibid.*, pp. 83 et s.

11. *Ibid.*, pp. 75 et s. ; H.-J. MARTIN, L. G. COCHRANE, *The History and Power of Writing*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, p. 465.

12. AFNOR, *Clavier numérique pour systèmes électroniques domestiques*, NF EN 60948, septembre 1991.

13. P. A. DAVID, *op. cit.*, note 3, pp. 9 et s.

14. *Ibid.*, pp. 12 et s.

§2. La face cachée du standard QWERTY

1.8. — L'histoire a essentiellement retenu l'explication selon laquelle le modèle QWERTY avait été conçu pour éviter le blocage des tiges des touches les plus fréquemment employées. Selon une étude plus récente publiée en 2011 par des chercheurs de l'Université de Kyoto, les principaux utilisateurs des machines à écrire étaient des opérateurs de télégraphe utilisant le code Morse et que le standard AZERTY facilitait leurs manipulations [15]. Une autre explication plus anecdotique retient que la première ligne du modèle QWERTY comprenait toutes les touches composant le mot « Typewriter », nom de la machine à écrire commercialisée par Remington, ce qui permettait de faciliter les démonstrations d'utilisation réalisée par les vendeurs et d'impressionner les potentiels acheteurs [16].

1.9. — Une explication plus convaincante, et sans doute moins avouable, permet aussi de comprendre le succès de ce standard [17]. L'entreprise Remington, qui était à l'origine un armurier, n'avait pas pour seule activité la production et la distribution de machines à écrire. Elle assurait également des formations de dactylos et les spécialisait au standard QWERTY ce qui permettait de fidéliser les employés qui étaient formés à ce standard et de s'assurer que les dactylos travaillant au sein d'autres entreprises ne pussent être opérationnelles que sur ce standard ce qui les incitait à ne pas utiliser des machines à écrire produites par des concurrents. En constituant une chaîne nationale de revendeurs de machines à écrire et de formations de dactylos, l'entreprise Remington a ainsi pu évincer la concurrence, imposer son standard et faire de celui-ci un instrument de sa domination sur ce marché.

1.10. — Il est d'ailleurs possible de mettre en parallèle cette stratégie de Remington avec la celle déployée par une entreprise telle qu'Apple qui place au sein de son écosystème la relation entre le *hardware* (par exemple un iPhone ou un iPad) et le *software* (par exemple iTunes ou l'Apple Store), le premier permettant de vendre le second, et inversement. La stratégie de Remington et celles d'entreprises plus contemporaines démontrent que le standard peut également être employé afin de restreindre la concurrence sur un marché, et ce, alors que l'une de ses fonctions est de faciliter la circulation de biens de services qui se conforment au modèle que le standard prescrit.

1.11. — Un dernier élément, qui échappe sans doute à notre propre perception, mériterait d'être évoqué : l'influence du modèle QWERTY sur notre propre langage. Une étude récente [18] a conclu que la disposition (à droite ou à gauche) des lettres sur un clavier QWERTY est susceptible d'avoir une influence sur la perception (positive ou négative) vis-à-vis de certains mots ainsi que sur l'apparition de nouveaux mots et de nouvelles abréviations. Le langage qui s'exprime directement par l'oralité et moins directement lorsqu'il est manuscrit doit, lorsqu'il est dactylographié, passer à travers le filtre d'un clavier QWERTY ou AZERTY et cette opération n'est apparemment pas neutre sur le langage employé. Cette expérience permet de contester l'idée selon laquelle il existerait une distinction nette et une frontière

15. K. Yasuoka, M. Yasuoka, « On the Prehistory of QWERTY », *ZINBUN*, n° 42, Mars 2011, pp. 161 et s.
16. P. A. David, « Clio and the Economics of QWERTY », *American Economic Review*, vol. 75, n° 2, 1985, p. 333.
17. Sur ces aspects, voy. I. Watson, *The Universal Machine – From the Dawn of Computing to Digital Conciousness*, Berlin and Heidelberg, Springer-Verlad, 2012, p. 45. Voy. aussi, « Fact of Fiction ? The Legend of the QWERTY Keyboard », 3 mai 2013, disponible sur <smithsonianmag.com>.
18. K. Jasmin, D. Casasanto, « The QWERTY Effect : How Typing Shapes the Meanings of Words », *Psychonomic Bulletin & Review*, vol. 19, n° 3, 2012, pp. 499 et s.

hermétique entre « norme juridique » dont l'élaboration reviendrait au « politique » (ou plus généralement à toute autorité habilitée par l'ordre juridique) et « norme technique » dont l'élaboration découlerait de la science et de la technique et pour laquelle aucun jugement de valeur n'interviendrait [19]. Cette controverse sur la portée souvent insoupçonnée des standards constitue d'ailleurs l'un des serpents de mer de la « standardisation internationale privée » qu'il convient dorénavant d'identifier en examinant chacune des composantes de cette expression.

Section 2
Ce que recouvre la standardisation

1.12. — Comme pour les mots de même terminaison, la standardisation désigne à la fois un processus et son résultat. De façon très rudimentaire, il est possible d'indiquer que la standardisation est le processus ou l'activité qui vise à la production de standards. Appréhender la dimension juridique de la standardisation (§ 2) requiert donc de s'accorder sur le sens à donner ici au terme « standard », car celui-ci est employé dans des contextes très différents, en particulier dans le domaine juridique (§ 1).

§1. Le sens du terme « standard » dans le contexte de la standardisation

1.13. — L'exploration de l'origine du terme « standard » permet d'éclairer le sens qu'il revêt dans le contexte de la standardisation. Alors qu'il est le plus souvent perçu comme un terme d'origine anglo-saxonne, l'étymologie du terme « standard » indique qu'il se compose des racines germaniques « stand » (se tenir debout) et « hard » (dur). Il a en premier lieu été employé au XII^e^ siècle par le biais du terme de l'ancien français « estandart » (qui est plus tard devenu « étendard »), terme signifiant dans le langage militaire, une enseigne fichée en terre, un point de ralliement visible par toute l'armée et d'après lequel celle-ci s'oriente [20]. Dès l'origine, le terme de standard traduit ainsi à l'idée de point de repère ou de référentiel qui sera d'ailleurs reprise au XIV^e^ siècle par l'expression « royal standard » qui désigne une unité de poids ou de mesure ou, plus tard, par le système de l'étalon-or, désigné en anglais « gold-standard ». Ce n'est qu'au début du XX^e^ siècle que le terme commence à être employé par les juristes afin de désigner une norme au contenu souple (ou « à contenu variable ») permettant d'apprécier la normalité d'un comportement [21], à l'instar du « bon père de famille », de la « bonne foi » ou du « standard de traitement minimum » en droit international coutumier. Le contenu du standard a vocation à être déterminé progressive-

19. Pour un auteur effectuant une telle distinction, voy. S. CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 28, 1983, pp. 283 et s. ; *Contra*, L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, 2006, pp. 79 et s.

20. Voy. « Étendard », *in Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e^ éd., disponible sur <www.academie-francaise.fr/dictionnaire>.

21. Le débat se cristallisant alors sur la question de l'existence d'une distinction entre « standard » et « règle de droit ». Sur ces aspects, voy. S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *in* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 39 et s. Plus généralement, voy. C. BLOUD-REY, « Standard », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 1439 et s.

ment et au cas par cas par l'autorité en charge du contrôle de son application (souvent le juge). Son contenu est donc à l'origine indéterminé.

1.14. — Dans le contexte de la « standardisation », le standard traduit cette idée de référentiel que l'on retrouve dans son étymologie, mais, du point de vue de son contenu, doit s'entendre différemment de la façon dont il a été classiquement employé dans le domaine juridique. Le standard désignera en effet ici un *instrument* regroupant un *ensemble de normes*, qui visent à prescrire des *règles* pour des *activités, processus ou services* ou des *règles* relatives aux *caractéristiques, à la conception ou à l'utilisation* des *biens ou produits* [22]. Quant à son contenu, le champ matériel du standard est donc potentiellement illimité et peut aussi bien prescrire des normes relatives à la sécurité des piscines ou à la disposition des touches sur un clavier que concernant la présentation des états financiers d'une entreprise à l'instar des standards comptables. De ce point de vue, le standard est en règle générale constitué d'un ensemble de règles détaillées et précises n'ayant pas vocation à laisser une marge d'appréciation significative à son destinataire, et ce, à l'inverse des standards dits « à contenu variable » dont le contenu est indéterminé.

1.15. — Si le contenu du standard est difficilement définissable, il est toutefois possible d'identifier les fonctions que celui-ci ambitionne d'accomplir. Règle ou un ensemble de règles servant de point de référence à une catégorie d'acteurs donnée, le standard vise à assurer la *sécurité*, *l'efficacité*, *l'efficience*, *la qualité, la compatibilité* ou *l'interopérabilité* des *biens*, *produits*, *services*, *activités* et *processus* [23]. Il s'agit là de fonctions classiques des standards qui étaient déjà présentes dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle à la suite de la première vague de standardisation opérée dans le sillage de la révolution industrielle [24] par les premières « unions internationales », ancêtres des organisations internationales contemporaines [25]. L'expansion des activités de standardisation a toutefois conduit les producteurs de standards à étendre leur champ matériel afin de répondre à ce qui était perçu par eux comme de nouveaux et nécessaires objectifs. Ces nouvelles règles peuvent toutefois concerner des matières bien moins neutres politiquement que le format des claviers ou la sécurité des pis-

22. Afin de proposer cette définition, certains éléments de la définition proposée par l'ISO ont été repris, laquelle indique notamment que le standard (ou la « norme ») : « 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 » (ISO/IEC, *Guide 2 – Normalisation et activités connexes – Vocabulaire général*, 8^e^ éd., 2004, n° 3.2).

23. On peut se référer à cet égard à un guide de l'ISO/IEC (*op. cit.,* note 22, n° 2 [Objectifs de la normalisation]) indiquant que «[l]a normalisation peut avoir un ou plusieurs objectifs spécifiques, notamment d'assurer l'aptitude à l'emploi d'un produit, processus ou service. Ces objectifs peuvent être, entre autres, la gestion de la diversité, la commodité d'usage, la compatibilité, l'interchangeabilité, la santé, la sécurité, la protection de l'environnement, la protection d'un produit, la compréhension mutuelle, les performances économiques, le commerce. Il peut y avoir des chevauchements entre eux ». Ces objectifs ne peuvent cependant être listés de façon exhaustive, ce que relève d'ailleurs le document de référence de l'instance de standardisation britannique qui relève que «[t]he purposes of British Standards include : a) facilitating trade, particularly in reducing technical barriers and artificial obstacles to international trade ; b) providing a framework for achieving economies, efficiencies and interoperability ; c) enhancing consumer protection and confidence ; and d) supporting public policy objectives and, where appropriate, offering effective alternatives to regulation » ; BSI, *A Standard for Standards – Principles of Standardization*, 2011, n° 4.1.2 (Purposes) (italiques ajoutés).

24. Sur ces aspects, voy. W. Hesser, A. Inklaar, *An Introduction to Standards and Standardization*, Berlin, Beuth, 1998, pp. 24 et s.

25. P. S. Reinsch, « International Unions and their Administrations », *American Journal of International Law*, vol. 1, 1907, pp. 579 et s. ; L. Renault, « Les unions internationales – Leurs avantages et leurs inconvénients », *Revue Générale de Droit International Public*, 1896, pp. 14 et s.

cines et pour lesquelles il apparaît délicat de considérer que des acteurs privés puissent être en mesure de définir les référentiels internationaux. C'est le cas notamment du standard ISO 26 000 relatif à la responsabilité sociale et sociétale des organisations et qui a vocation à appréhender des questions relatives à la gouvernance des entreprises, au droit du travail et aux droits de l'homme [26]. La standardisation a ainsi un champ particulièrement vaste, allant au-delà des seuls processus d'innovation technologique [27].

1.16. — Ultime ambition générale et transversale proclamée par les principales instances de standardisation, le contenu du standard est censé refléter une forme d'optimum. Cette idée se manifeste notamment dans le discours de l'ISO selon laquelle la standardisation vise « à l'obtention du degré optimal d'ordre dans un contexte donné » [28] et qui note également que les standards doivent être « fondées sur les acquis conjugués de la science, de la technique et de l'expérience et visent à l'avantage optimal de la communauté » [29]. Cet objectif affiché par les acteurs de la standardisation traduit l'idée que le contenu du standard serait censé refléter une forme de rationalité intrinsèque. Il est toutefois légitime d'exprimer des doutes sur la possibilité de démontrer que le contenu du standard reflète intégralement cet optimum. Non seulement, tel que cela a été souligné [30], l'activité de standardisation, même lorsqu'elle porte sur des sujets davantage techniques, fait intervenir des jugements de valeur et des jeux d'influence et de pouvoir [31]. Aussi, à l'instar de la norme ISO 26 000, l'activité de standardisation porte sur des matières qui reflètent typiquement des choix politiques [32]. Si l'optimum ainsi proclamé, sinon convoité, va effectivement se fonder sur la science et la technique – elles-mêmes sujettes à jugement de valeur – l'expérience de la standardisation indique que l'optimum résulte moins du contenu du standard que du processus ayant conduit à son adoption. La perception du standard comme reflétant cet optimum va davantage résulter de la « procéduralisation » de son élaboration, laquelle ambitionne d'être transparente et assurer la participation d'experts et de différentes parties prenantes [33].

§2. La dimension juridique de la standardisation

1.17. — Il serait possible de se limiter à indiquer que le standard est un instrument de référence dépourvu de force juridique obligatoire et que son application ne dépend que de la volonté de ses utilisateurs de s'y conformer. Une telle conclusion serait toutefois loin d'épuiser la question de la juridicité de la standardisation. Ainsi, plutôt que d'évoquer une valeur juridique du standard, il semble plus approprié de mettre en perspective une dimension juridique de la standardisation, laquelle s'intègre dans un processus dynamique impliquant

26. Voy. not. dans cet ouvrage l'étude d'A. Penneau, « Standardisation et certification : les enjeux européens ». Voy. aussi, H. Ward, « The ISO 26000 International Guidance Standard on Social Responsibility : Implications for Public Policy and Transnational Democracy », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 12, nº 2, 2011, pp. 665 et s. ; E. Wijkström, D. McDaniels, *op. cit.,* note 2, pp. 18-19.
27. B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004, pp. 499 et s.
28. ISO/IEC, *op. cit.,* note 22, nº 1.1.
29. *Ibid.*, nº 3.2.
30. Voy. *supra* I (dernier paragraphe).
31. W. Mattli, T. Büthe, « Setting International Standards – Technological Rationality or Primacy of Power ? », *World Politics*, vol. 56, nº 1, 2003, pp. 1 et s.
32. E. Wijkström, D. McDaniels, *op. cit.,* note 2, pp. 18-19.
33. Sur ces aspects, voy. dans cet ouvrage l'étude de T. Perroud, « Standardisation internationale privée et *Global Administrative Law* ».

de s'extraire d'un schéma plus classique d'accès à la normativité au sein duquel prévaut une dichotomie droit/non-droit [34]. Cette dimension juridique s'exprime par le biais d'une « reconnaissance » dont le standard bénéficie, laquelle peut être *de facto* (A) ou *de jure* (B) [35]. Cette reconnaissance – traduction de la pertinence du standard – met en relief la spécificité de la standardisation privée par rapport au phénomène plus global du développement des normes privées.

A. La reconnaissance de facto

1.18. — Dans le contexte d'une reconnaissance *de facto*, le standard est considéré comme contraignant dans les faits sans pour autant être juridiquement obligatoire, la reconnaissance s'effectuant essentiellement par le biais du marché, spontanément ou par le biais d'une « alliance normative » [36] entre l'entité à l'origine du standard et ses utilisateurs. Une étude souligne en ce sens que « *[d]e* facto standards usually result from a successful marketing strategy that makes a particular product or process the most economically relevant standard for any competitor in a given field » [37]. C'est le cas du modèle QWERTY pour un clavier d'ordinateur ou, pour prendre un exemple plus récent impliquant des droits de propriété intellectuelle, du standard .PDF pour les documents électroniques ayant vocation à être conservé à long terme [38]. Les opérateurs se conforment donc à ces standards, car ceux-ci ont été intégrés ou spontanément acceptés par le marché.

1.19. — Une question restant en suspens – et sur laquelle il est difficile d'apporter une solution à ce stade – est celle de seuil à partir duquel l'intégration du standard au sein du marché peut-être considéré comme une reconnaissance *de facto*. Afin que cette reconnaissance *de facto* ne se limite pas à une simple question de fait, mais s'inscrive dans une dynamique juridique, l'existence d'une position dominante du standard qui reflète un pouvoir de marché et une capacité à influer le comportement des acteurs constitue un seuil à partir duquel la standardisation s'inscrit dans une dynamique juridique dans la mesure où l'exercice de droits de propriété intellectuelle [39] découlant du standard est susceptible de constituer des entraves à la concurrence [40]. La dimension juridique est ainsi originale puisque c'est l'in-

34. Sur cette démarche, voy. G. Abi-Saab, « Éloge du "droit assourdi" – Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », *in Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59 et s.

35. Une étude récente sur les standards internationaux dans le contexte de l'OMC relevait justement que « there are many examples of standards developped by private sector bodies which become to constitute international standards in time, either through ex-port endorsement by international organizations or by virtue of becoming a de facto market requirement » (E. Wijkström, D. McDaniels, *op. cit.*, note 2, pp. 17 et s.). Voy. aussi une distinction envisageable entre « sponsored/proprietary standards » et « unsponsored/non-proprietary standards » selon que le standard est seulement ou non utilisable par son propriétaire. Sur ces aspects, voy. V. Stango, « The Economics of Standards War », Review of Network Economics », *vol. 3, n° 1, 2004, pp. 3* et s.

36. B. Du Marais, *op. cit.*, note 27, pp. 501-502.

37. UNCTAD, *op. cit.*, note 6, p. 3.

38. Le standard .PDF a été repris par l'ISO au sein de la norme ISO 19 005 (*Gestion de documents – Format de fichier des documents électroniques pour une conservation à long terme*).

39. Sur ces aspects, voy. UNCTAD, *op. cit.*, note 6, pp. 4 et s. Voy. aussi, B. Conde Gallego, « Unilateral Refusal to License Indispensable Intellectual Property Rights – US and EU Approaches », *in* J. Drexl (dir.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar, pp. 236-237.

40. L. Idot, « Le droit de la concurrence et les normes privées », *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, 2011, n° 5, pp. 2267 et s.

tensité de la reconnaissance du standard qui va faire de ce dernier un objet saisi par le droit.

B. La reconnaissance de jure

1.20. — Dans le cas d'une reconnaissance *de facto*, la dynamique purement factuelle de reconnaissance du standard par le marché va lui offrir sa dimension juridique. Le cas de la reconnaissance *de jure* lui est, dans une certaine mesure, symétrique puisque c'est un processus juridique qui va reconnaître la pertinence du standard. Dans le premier cas, le standard est un fait dont les caractéristiques produisent des effets juridiques en droit commun. Dans le second, il s'agit d'un fait auquel le droit reconnaît spécifiquement des effets juridiques. La reconnaissance *de jure* procède donc d'une dynamique qui est *prima facie* extérieure au standard et indépendante de ses effets autonomes. La reconnaissance *de jure* peut prendre des formes très variées [41] et il est possible de se limiter à trois illustrations qui apparaissent les plus instructives [42].

1.21. — En premier lieu, une décision peut rendre obligatoire le standard en l'intégrant directement dans le droit positif et se trouvant *in fine* confondu à celui-ci. Ce processus se retrouve par exemple en droit français au sein du décret 2009-697 relatif à la normalisation dont l'article 17 précise que «[l]es normes [*équivalent ici de « standard »*] sont d'application volontaire. Toutefois, les normes peuvent être rendues d'application obligatoire par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés » [43]. À une autre échelle, un règlement européen de 2002 a fait des standards comptables de l'IASB les normes comptables de référence pour la présentation des comptes consolidés au sein de l'Union européenne [44]. Une telle reconnaissance directe par le droit positif est de nature à soulever des préoccupations dans la mesure où certains standards privés ne sont pas nécessairement librement accessibles à leurs destinataires [45] et où il subsiste des doutes quant à la possibilité d'en contester la légalité [46].

1.22. — En second lieu, la reconnaissance peut également s'effectuer par le biais du contrat. Si une référence à un standard dans la pratique contractuelle des acteurs privés peut éventuellement aboutir à une reconnaissance *de facto* et reflète un processus relevant du phénomène *de la lex mercatoria* [47], une même référence au sein des contrats conclus par des personnes

41. Pour un panorama, voy. H. Schepel, J. Falke, *op. cit.*, note 6, pp. 181 et s.
42. Voy. aussi, M. de Bellis, « Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space », *I•CON – International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, nº 2, pp. 425 et s.
43. Article 17 du décret nº 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *JORF*, nº 0138, 17 juin 2009, p. 9860. Sur ces aspects, voy. égal. dans cet ouvrage l'étude d'A.-L. Girard, « La standardisation internationale privée et les catégories du droit public ».
44. T. Granier, « La récupération des normes comptables internationales privées par les autorités publiques communautaires et nationales », *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, 2011, nº 5, pp. 2297 et s.
45. P. L. Strauss, « The Troubling Conjunction of Public and Private Law » (à paraître, 2015).
46. Voy. A.-L. Girard, *op. cit.*, note 43 ; H. Schepel, « The New Approach to the New Approach : The Juridification of Harmonized Standards in EU Law », Maastricht Journal of European *and Comparative Law, vol. 12, nº 4, 2013, pp. 521* et s.
47. G. Cordero-Moss, « The Transnational Law of Contracts : What it Can and What it Cannot Achieve », *in* P. H. F. Bekker, R. Dolzer, M. Waibel (dir.), *Making Transnational Law Works in the Global Economy – Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 45 et s. Pour une synthèse récente sur la *lex mercatoria*, voy. C. Pamboukis, « La *lex mercatoria* reconsidérée », *in Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 635 et s.

publiques pour l'organisation d'activités de service public est susceptible de produire des effets juridiques sur des tiers au contrat [48]. Dans ce schéma, le standard devient indirectement applicable à des acteurs qui n'ont pas consenti son utilisation ce qui est d'une nature sensiblement différente de celle d'une application volontaire et tend à l'inverse à le rapprocher de, sans toutefois l'assimiler à, la situation précédente où le standard est intégré au droit positif.

1.23. — En troisième et dernier lieu, la pertinence du standard peut se manifester par le biais d'une règle qui, sans le rendre obligatoire, va indiquer qu'une situation ou décision fondée sur ce que prescrit un standard sera réputée ou présumée en conformité avec le droit positif [49]. Ce mécanisme de reconnaissance est fréquent dans le contexte du commerce international et se retrouve en particulier dans le droit de l'OMC où les États membres conservent leur liberté réglementaire, mais s'exposent au risque qu'une réglementation soit considérée comme discriminatoire ou disproportionnée afin de réaliser les objectifs d'intérêt général qu'elle poursuit. Dans ce contexte, une réglementation nationale fondée sur un standard international pourra être présumée non discriminatoire et nécessaire à de tels objectifs. Ce mécanisme se retrouve par exemple au sein de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) indiquant que de telles mesures « qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes du présent accord et du GATT de 1994 » [50]. Ainsi, sans rendre juridiquement obligatoire le standard international, une telle disposition lui reconnaissant certains effets au regard du droit de l'OMC va en juridiciser le contenu. Il s'agit d'un processus favorisant significativement la diffusion et la mise en œuvre des standards et permettant à présent de clarifier la dimension internationale de la standardisation internationale privée.

Section 3
La dimension internationale de la standardisation

1.24. — L'internationalité de la standardisation se manifeste à deux points de vue de nature apparemment distincte, celui de sa reconnaissance et celui de son élaboration. En premier lieu, la standardisation peut être considérée comme internationale dans la mesure où le standard est reconnu *de facto* ou *de jure* à l'échelle internationale (§ 1). En second lieu, la tendance contemporaine à la procéduralisation de la standardisation se reflète également dans certaines règles de droit positif ne reconnaissant comme « international » que le standard dont l'élaboration est le résultat d'un processus international (§ 2).

§1. *L'internationalité du standard du point de vue de sa reconnaissance*

1.25. — L'espace géographique au sein duquel le standard bénéficie d'une reconnaissance emporte plusieurs conséquences importantes afin de décrypter les aspects juridiques du processus

48. A.-L. Girard, *op. cit.*, note 43.
49. R. Howse, *op. cit.*, note 2, pp. 383 et s.
50. Accord SPS, art. 3.2.

de standardisation. En effet, un standard n'étant reconnu *de facto* ou *de jure* qu'au sein d'un seul et même État demeure sous l'emprise potentielle de l'ordre juridique de celui-ci, lequel est susceptible d'invalider le standard ainsi reconnu, par exemple en le remplaçant par une nouvelle norme. Si l'espace géographique de la reconnaissance est plus large, l'État perd son emprise sur le standard et deux types de situations peuvent être envisagées selon que la reconnaissance soit *de jure* ou *de facto*.

1.25. — Dans le cadre d'une reconnaissance internationale *de facto*, certaines entreprises peuvent choisir de ne pas se conformer au modèle prescrit par le standard, mais une telle position les exclurait du marché sur lequel celui-ci est reconnu. Le standard remplit ici notamment la fonction d'assurer la compatibilité ou l'interopérabilité des produits et services et donc de favoriser leur commerce international. Ce serait par exemple le cas de la commercialisation d'un DVD haute définition qui utiliserait un standard différent du *Blue-Ray* et qui ne pourrait être utilisé sur les lecteurs haute définition disponibles sur le marché. Un État pourrait également choisir d'imposer à ses entreprises un standard différent, mais cela serait susceptible d'affecter la compétitivité de leurs entreprises sur les marchés étrangers [51]. Une reconnaissance *de facto* d'un standard international appelle donc seulement une sanction *de facto* généralement de nature économique.

1.26. — Une reconnaissance internationale *de jure* impliquerait que le standard, n'étant pas obligatoire et donc ne constituant pas une obligation internationale de l'État, aurait cependant vu sa pertinence reconnue par une règle de droit international. Un État peut donc choisir de ne pas respecter le modèle prescrit par le standard, mais cette décision est susceptible de modifier la position juridique dans laquelle se place l'État du point de vue de ses obligations internationales. Cela se vérifie notamment dans le contexte de l'OMC. Selon le modèle d'intégration négative développé au sein de l'OMC, la libéralisation du commerce s'effectue sans harmonisation supranationale des réglementations et les États membres conservent leur liberté réglementaire. Les accords de l'OMC incitent toutefois les États membres – sans les obliger – à fonder leur réglementation nationale sur les standards internationaux. En particulier, l'Accord SPS reconnaît par référence comme standards internationaux les « normes, directives et recommandations » adoptées par la Commission du *Codex Alimentarius* et l'Office international des épizooties ou sous les auspices du Secrétariat de la Convention internationale pour la protection des végétaux [52]. Aux termes de cet accord, les réglementations nationales fondées sur ces standards seraient présumées compatibles [53] mais, dans le cas contraire, la charge de la preuve bascule sur l'État dont la mesure SPS est contestée devant l'OMC, charge à lui de démontrer que sa réglementation est fondée sur une évaluation des risques tenant compte des preuves scientifiques disponibles [54].

1.27. — Cependant, si l'Accord SPS reconnaît par incorporation les standards adoptés sous les auspices de ces trois instances, cela reste un cas spécifique puisqu'il fait par ailleurs réfé-

51. Pour des illustrations des bénéfices économiques résultant de la mise en œuvre des standards internationaux, voy. ISO, *Economic Benefits of Standards – International Case Studies*, Genève, vol. 1, 2011 & vol. 2.
52. Accord SPS, Annexe A (Définitions), art. 3.
53. Accord SPS, art. 3.2.
54. Accord SPS, art. 3.3 (« Les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures [SPS] qui entraînent un niveau de protection [SPS] plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes s'il y a une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection [SPS] qu'un Membre juge approprié conformément aux dispositions pertinentes des paragraphes 1 à 8 de l'article 5 »).

rence de façon générique aux « normes, directives ou recommandations internationales » (Accord SPS), de même que l'Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce (OTC) mentionne les « normes internationales pertinentes ». Les instruments internationaux tels que ceux constituant les accords de l'OMC ne reconnaissent que de façon très ponctuelle des standards spécifiquement désignés. L'approche qui est généralement retenue consiste à n'accorder une reconnaissance internationale aux standards extérieurs que dans mesure où leur procédure d'élaboration s'inscrit dans une dimension internationale.

§2. *L'internationalité du standard du point de vue de son élaboration*

1.28. — Un standard ne bénéficiant que d'une reconnaissance internationale *de facto*, avec les conséquences que cela implique en particulier dans les domaines de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, peut être le fait d'une seule personne ou entité ou avoir été élaboré dans un contexte exclusivement national. De façon très différente, un standard n'est susceptible de bénéficier d'une reconnaissance internationale *de jure* qu'à partir du moment où il a été élaboré dans un cadre institutionnel et procédural bien spécifique. Les définitions proposées par les instances impliquées dans les activités de standardisation mettent en effet l'accent sur deux aspects : procédural (l'adoption du standard par consensus) et institutionnel (le caractère multilatéral de l'instance qui élabore le standard). Ainsi, le guide de l'ISO/IEC indique qu'une « norme » (« standard ») est « établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu » [55] et précise, afin de définir ce que constitue une « norme internationale » (« international standard »), qu'il s'agit d'une norme « adoptée par une organisation internationale à activités normatives/de normalisation et qui est mise à la disposition du public » [56]. Le même document indique également qu'une « organisation internationale à activités normatives » (« international standardizing organization ») doit être « ouverte à l'organisme national de tout pays » [57], précisant ainsi que les standards ne sauraient être reconnus comme internationaux s'ils étaient élaborés dans un cadre strictement plurilatéral.

1.29. — L'OMC suit une logique similaire lorsqu'il s'agit d'identifier les standards internationaux permettant de faire bénéficier aux réglementations nationales fondées sur ceux-ci une présomption de conformité aux accords de l'OMC [58]. Ainsi, l'Accord OTC indique que les

55. ISO/IEC, *op. cit.*, note 22, nº 3.2. Le « consensus » est défini par ce même instrument comme un « accord général caractérisé par l'absence d'opposition ferme à l'encontre de l'essentiel du sujet émanant d'une partie importante des intérêts en jeu et par un processus de recherche de prise en considération des vues de toutes les parties concernées et de rapprochement des positions divergentes éventuelles » (nº 1.7), une note rajoutant que «[l]e consensus n'implique pas nécessairement l'unanimité ». Cette acception du consensus se rapproche de celle généralement mentionnée au sein de traités internationaux. Ainsi l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce indique en ce sens que «[l]'organe concerné sera réputé avoir pris une décision par consensus sur une question dont il a été saisi si aucun Membre, présent à la réunion au cours de laquelle la décision est prise, ne s'oppose formellement à la décision proposée » (Article IX-1, note 1). Sur ces aspects, voy. R. Bismuth, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 460 et s.

56. ISO/IEC, *op. cit.*, note 22, nº 3.2.1.1.

57. *Ibid.*, nº 4.3.2. De même que la « normalisation internationale » (« international standardization ») y est définie comme une « normalisation dans laquelle peuvent s'engager les organismes concernés de tous les pays » (nº 1.6.1).

58. Sur ces aspects, voy. H. Zúñiga Schroder, « Definition of the Concept 'International Standard' in the TBT Agreement », *Journal of World Trade*, vol. 43, nº 6, 2009, pp. 1223 et s.

« normes internationales pertinentes » sont élaborées par des instances « ouvert[es] aux organismes compétents d'au moins tous les Membres » [59], l'Accord SPS évoque des « organisations internationales compétentes ouvertes à tous les Membres » [60] et le GATS des « organismes internationaux auxquels peuvent adhérer les organismes compétents d'au moins tous les Membres de l'OMC » [61]. L'exigence d'ouverture à l'ensemble des États membres se justifie dans le contexte de l'OMC compte tenu du caractère multilatéral de l'organisation [62]. En effet, reconnaître des standards extérieurs qui seraient le fruit de stratégies réglementaires plurilatérales limitées à quelques États membres reviendrait à permettre à ces derniers la possibilité de fonder des réglementations nationales discriminatoires ou disproportionnées sur des standards qu'ils auraient unilatéralement élaborés. Apparemment simple en théorie, la question de l'identification de ces organismes internationaux – régulièrement évoquée au sein de l'OMC [63] – s'avère plus délicate en pratique, en particulier sur la question de savoir dans quelle mesure une instance est « ouverte » aux autres États membres de l'OMC [64]. Toutefois, la nature publique ou privée des membres qui la compose est indifférente au regard de ces instruments, ce qui permet à présent d'aborder en quoi la standardisation internationale peut être « privée ».

59. Accord OTC, Annexe 1, art. 4.

60. Accord SPS, Annexe A, art. 3(d). Le même article précisant que ces organisations doivent être identifiées par le Comité des mesures SPS de l'OMC.

61. GATS, Article VI(5)(b), note 3.

62. Ces textes de l'OMC n'imposent pas nécessairement que les standards soient adoptés par consensus. En effet, seul l'Accord OTC mentionne à cet égard (Annexe 1, Article 2 (note explicative)) que «[l]es normes élaborées par la communauté internationale à activité normative sont fondées sur un consensus. Le présent accord vise également des documents qui ne sont pas fondés sur un consensus ». Sur la formulation peu claire de cette disposition, voy. H. Zúñiga Schroder, *op. cit.,* note 58, pp. 1227 et s.

63. Voy. en particulier cette décision du Comité OTC : *Decision of the Committee on Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 and Annex 3 of the Agreement*, G/TBT/1/Rev.10, 9 juin 2011. Cette décision identifie six principes devant guider les processus de standardisation internationale : « tranparency », « openess », « impartiality and consensus », « effectiveness and relevance », « coherence » et « development dimension ». Voy. aussi, E. Wijkström, D. McDaniels, *op. cit.,* note 2, p. 10.

64. Comme le souligne un auteur, «[w]ould it be enough, for example, for 20, 10 or even two WTO members to set up a standardising body, issue trade-restrictive standards on a product that they want to protect (say GMOs) and open this standardising body to all other WTO members (knowing only too well that the countries with which they have a trade dispute over the product concerned will never join), in order for the standard to offer a safe haven from WTO violation, even as against WTO members that decided not to join the body ? » ; J. Pauwelyn, « Non-Traditional Patterns of Global Regulation : Is the WTO 'Missing the Boat' ? », *in* C. Joerges, E.-U. Petersmann (dir.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2006, p. 212. Sur ces éléments, voy. aussi, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, Rapport de l'Organe d'appel du 16 mai 2012, WT/DS381/AB/R, § 364 et s. Voy. aussi, E. Wijkström, D. McDaniels, *op. cit.,* note 2, pp. 12 et s.

Section 4
La dimension privée de la standardisation internationale

1.30. — La nature « privée » de la standardisation internationale renvoie à la question de l'origine du standard. De ce point de vue, la distinction public/privé apparaît instructive afin de mettre en lumière certains enjeux pratiques et théoriques du phénomène étudié (§ 2), même si toutefois les critères permettant de l'identifier ne constituent ici qu'une proposition encore rudimentaire (§ 1) [65].

§1. *La délicate identification de la dimension privée*

1.31. — Lorsque le standard est produit par une entreprise privée (par exemple Microsoft pour le standard Windows) ou un consortium d'entreprises privées (par exemple la Blue-ray Disc Association administrant le standard Blue-ray et composé notamment de Sony, Panasonic, Philips, Thomson), caractériser celui-ci de standard privé ne pose pas de difficulté dans la mesure où, aussi bien sur la forme que sur le fond, aucun mécanisme de droit public ou institution publique n'intervient dans le processus. La question se pose cependant par rapport aux éléments précédemment évoqués permettant de caractériser la dimension « internationale » de la standardisation compte tenu de son processus d'élaboration. En effet, les accords de l'OMC se référant à des instances ouvertes à tous les États membres, ceux-ci semblent suggérer que les standards reconnus ne proviennent que d'instances qui, sans être nécessairement des organisations internationales, seraient toutefois composées d'autorités publiques. Cependant, les accords de l'OMC ne précisent nullement une telle exigence et seule l'origine nationale du membre qui compose l'instance est à prendre en considération afin de déterminer si l'instance est ouverte à tous les États membres. On peut dès lors s'interroger sur deux critères susceptibles de permettre d'identifier une standardisation privée : le recours aux formes du droit privé par l'instance internationale de standardisation ou la nature privée des membres qui la composent.

1.32. — Le recours aux formes du droit privé est un critère nécessaire, mais pas suffisant afin de qualifier de « privée » l'instance de standardisation concernée. En effet, plusieurs instances intervenant dans le domaine de la régulation financière sont constituées sous la forme d'association de droit privé. C'est le cas par exemple de l'Organisation Internationale des Commission de Valeurs (OICV) ou l'Association Internationale des Contrôleurs d'Assurance (AICA) qui sont respectivement des associations de droit espagnol et de droit suisse. Elles sont toutefois composées d'instances de régulation nationales bénéficiant de prérogatives de puissance publique et elles apparaissent dès lors comme des excroissances de leur État d'origine qui ont eu recours aux formes du droit privé pour des raisons pratiques [66].

1.33. — La nature privée des membres composant l'instance internationale apparaît comme l'élément décisif dans la mesure où, dans cette configuration, l'activité de standardisation n'est

65. Voy. aussi, en ce qui concerne cette distinction public/privé, les analyses dans cet ouvrage de J.-S. Bergé, « L'hypothèse d'une standardisation de la pensée juridique comme forme de standardisation internationale privée du droit ».

66. Sur ces aspects, voy. R. Bismuth, *op. cit.*, note 55, pp. 121 et s.

pas contrôlée directement ou indirectement par l'État. C'est le cas par exemple de l'IASB à l'origine des normes comptables internationales qui est composée d'experts de la comptabilité et de l'audit et qui est financée essentiellement par des entreprises privées [67]. Il existe cependant des cas tangents pour lesquels il est délicat de trancher sur la nature publique ou privée de l'instance. Ainsi, l'ISO, association de droit privé suisse, est composée d'organismes nationaux de normalisation qui ont des statuts très différents selon leur origine nationale [68] : organisme de droit public en Chine (SAC), organismes privés au sein d'un système très décentralisé dans le contexte américain [69], association de droit privé en France (AFNOR) à laquelle la réglementation confie une mission d'intérêt général et notamment la fonction de représenter la France au sein des instances internationales de normalisation [70]. La terminologie employée est elle-même déroutante à cet égard. La réglementation française indique que l'AFNOR est « le membre français des *organisations non gouvernementales* de normalisation européennes et internationales » [71] alors que l'ISO met en opposition ses standards qu'elle estime être le produit d'une « normalisation internationale formelle » d'une part, avec les « normes privées » d'autre part [72]. L'ISO suggère également que la reconnaissance dont bénéficieraient les standards ISO au regard des accords de l'OMC (et notamment l'Accord OTC) placerait ceux-ci dans une catégorie intermédiaire entre les normes publiques et les normes privées [73]. C'est justement là que résident les enjeux de la « standardisation internationale privée ».

§2. Les enjeux de la distinction standardisation publique/privée

1.34. — Qu'elle soit qualifiée de « mixte » ou de « privée », l'activité de standardisation de l'ISO, compte tenu de sa composition qui comprend notamment des organismes privés, ne peut être appréhendée comme une activité « publique ». La dimension « privée » peut donc se déduire dans ce contexte du caractère non exclusivement public de la gouvernance de ces instances. Cet aspect caractérise d'ailleurs la dimension spécifique de la standardisation internationale privée.

1.35. — En effet, les instances publiques bénéficient en règle générale d'une forme de monopole naturel sur les activités de standardisation qu'elles entreprennent et qui sont, d'une certaine façon, légitimées du fait de leur origine. À titre d'illustration, les standards adoptés par le GAFI en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme et ceux du Comité de Bâle de l'OICV ou l'AICA dans le domaine de la régulation du secteur financier ne sont pas concurrencés par d'autres normes privées. Il est d'ailleurs très peu probable que les États ou organisations internationales préfèrent accorder une reconnaissance *de jure* à de telles normes privées alors qu'ils participent eux-mêmes à la régulation

67. M. de Bellis, « EU and Global Private Regulatory Regimes : The Accounting and Auditing Sectors », *in* E. Chiti, B. G. Mattarella (dir.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin and Heidelberg, Springer, 2011, pp. 271 et s.
68. E. Wijkström, D. McDaniels, *op. cit.*, note 2, p. 17 ; H. Schepel, J. Falke, *op. cit.*, note 6, pp. 62 et s.
69. H. Schepel, *op. cit.*, note 1, pp. 145 et s. ; H. Zúñiga Schroder, *op. cit.*, note 58, pp. 1242 et s.
70. Voy. l'article 5 du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009, relatif à la normalisation, *JORF* n° 0138 du 17 juin 2009, p. 9860.
71. *Ibid.* (italiques ajoutés).
72. ISO, *Normes internationales et "normes privées"*, 2010, pp. 4 et s., disponible sur <www.iso.org>.
73. *Ibid.*, p. 6 et p. 8. Sur ces aspects, voy. M. Sarrouf, *Les normes privées relatives à la qualité des produits – Étude d'un phénomène juridique transnational*, Thèse, Paris 2, 2012, pp. 163 et s.

de ces matières. La présence d'une standardisation publique va ainsi, dans les faits, neutraliser les velléités des acteurs privés. Il y a d'ailleurs assez peu d'instances publiques qui contestent les activités de normalisation privée qu'elles estiment être concurrentes. Le cas s'est par exemple présenté pour l'Office International des Épizooties (OIE), organisation intergouvernementale dont les standards sont d'ailleurs mentionnés dans l'Accord SPS, qui a adopté en 2008 une résolution constatant «[q]ue les normes commerciales fixées par des sociétés privées sans implication directe des gouvernements interviennent de plus en plus dans le commerce international, et préoccupent la majorité des Membres de l'OIE » [74].

1.36. — À l'inverse, les acteurs privés sont par nature multiples et leurs activités de normalisation se développent justement dans des domaines lorsque ceux-ci sont laissés vacants par les autorités publiques. Un auteur soulignait d'ailleurs à propos de l'American National Standards Institute (ANSI), principale instance de standardisation privée américaine, que le gouvernement la considère « as an excuse for its own inactivity » [75]. Dans ce contexte, leurs activités de normalisation peuvent donc se placer en situation de concurrence frontale [76]. L'enjeu est donc pour eux de s'assurer que leurs normes soient celles bénéficiant d'une reconnaissance *de facto* ou *de jure*. Dans la mesure où leurs travaux ne bénéficient à l'origine pas de la même légitimité que ceux réalisés par des instances publiques, les instances privées chercheront justement à compenser cette lacune par une procédure d'élaboration des normes fondées sur certains principes (transparence, consultation des parties prenantes, etc.) permettant de renforcer la légitimation de ces règles.

1.37. — Cette quête de reconnaissance de la norme ayant vocation à devenir un standard est d'ailleurs un élément permettant de souligner la spécificité de la standardisation internationale privée par rapport à ce qui est désigné comme le « droit transnational ». En effet, ce dernier se manifeste par l'existence de multiples ordres juridiques transnationaux (sportif, religieux, etc.) qui « fonctionnent en vase clos » [77] les uns par rapport aux autres. Si des interactions entre ordres juridiques transnationaux, droits nationaux et droit international peuvent se manifester, les premiers ont pour ambition d'affirmer leur autonomie et pas celle, en premier lieu, d'assurer la reconnaissance des règles qui les constituent au sein des ordres juridiques nationaux ou de l'ordre juridique international [78]. Si un ordre juridique transnational peut marquer son indifférence par rapport aux phénomènes juridiques qui lui sont extérieurs, l'ambition spécifique de la standardisation internationale privée est au contraire d'assurer la diffusion et la reconnaissance du standard – qui ne constitue à l'origine qu'une proposition de règle – par le marché *lato sensu* (reconnaissance *de facto*) et par les ordres juridiques nationaux et international (reconnaissance *de jure*).

74. OIE, Résolution n° XXXII, *Implication des normes privées dans le commerce international des animaux et des produits d'origine animale*, adoptée par le Comité international de l'OIE le 29 mai 2008, disponible sur <http://www.oie.int>. La résolution (§ 5) invite également le Directeur général « d'aider les Membres prendre toutes les mesures applicables pour garantir que les normes privées relatives à la santé et au bien-être des animaux, lorsqu'elles sont utilisées, sont cohérentes avec celles publiées par l'OIE et ne sont pas en contradiction avec celles-ci ».Voy. égal., M. Sarrouf, *op. cit.*, note 73, pp. 166 et s.

75. S. Krislov, *How Nations Choose Product Standards and Standards Change Nations*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1997, p. 114 (cité *in* H. Schepel, *op. cit.*, note 1, p. 146).

76. Sur cet aspect, voy. V. Stango, *op. cit.*, note 35, pp. 1 et s. ; T. N. Egyedi, « On the Implications of Competing Standards », *in The Pros and Cons of Standard Setting*, Konkurrensverket (Swedish Competition Authority), 2010, pp. 12 et s.

77. F. Latty, *La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, p. 20.

78. *Ibid.*, pp. 17 et s.

1.38. — Ainsi, les standards ont vocation à se diffuser par des canaux différents de ceux du droit transnational. Compte tenu de l'intérêt modeste du public pour ce phénomène, cette diffusion rampante se réalise en silence, dans la pénombre de comités et de commissions, sans nécessairement en percevoir et en décrypter les enjeux. Comme le soulignait, non sans élégance, un auteur à propos des standards pour claviers d'ordinateur ou de machines à écrire :

> « il y a un nombre bien plus important de mondes QWERTY s'étendant là dans le passé, sur les bords mêmes de l'univers bien ordonné de l'économie moderne ; des mondes que nous ne percevons ou ne comprenons pas pleinement, mais dont l'influence, comme celle des étoiles sombres, ne s'étend pas moins pour façonner les orbites visibles de nos affaires économiques contemporaines » [79].

79. P. A. David, *op. cit.*, note 3, p. 20