

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé (ED 9)

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 13 novembre 2012

Thèse de Doctorat / novembre 2012

Les normes privées relatives à la qualité des produits.

Etude d'un phénomène juridique transnational.



Université Panthéon-Assas

Muriel Sarrouf

Sous la direction de M. Charles LEBEN, Professeur émérite à
l'Université Panthéon-Assas Paris 2

Membres du jury :

Mme Geneviève BURDEAU, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1), *Rapporteur*

M. Pierre Michel EISEMANN, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1), *Rapporteur*

Mme Lee Ann JACKSON, Organisation mondiale du commerce, *Suffragant*

M. Yves NOUVEL, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2),
Suffragant



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



Remerciements

Je tiens à exprimer mes remerciements à M. le Professeur Charles Leben pour la confiance qu'il m'a témoignée en acceptant de diriger cette thèse. Je remercie également les membres du jury, qui me font l'honneur d'évaluer mon travail, pour leur intérêt et leur disponibilité.

Ma plus profonde gratitude va aussi à ceux, rares mais précieux, dont le soutien moral a été permanent et indéfectible pendant ces années de recherche. Claire, pour tes encouragements du bout du monde, merci. Johanna, autre bout du monde, à toi aussi merci pour avoir tant de fois su comprendre. Marie-Ange et Virginie, je n'oublierai ni vos précieux conseils, ni les bons moments passés ensemble.

Enfin, je souhaite remercier mes parents pour leur soutien et leur affection et leur dédie cette thèse.



Résumé :

Les normes privées intéressent le droit international à un double titre : se développant en marge du système interétatique classique, elles constituent l'un des visages d'une régulation privée transnationale émergente et soulèvent la question théorique de leur statut en droit international. Par ailleurs, leurs effets sur le commerce international (et particulièrement le fait qu'elles constituent un obstacle aux exportations des PED vers les marchés occidentaux), conduisent à s'interroger sur l'opportunité et les modalités de leur réglementation par le droit international des échanges.

En dépit de leur diversité empirique qui rend difficile toute tentative de systématisation et de qualification juridique, nous considérons que la qualité des produits, qui constitue le fondement téléologique commun des normes privées, permet d'en justifier l'unité théorique et de les considérer comme un phénomène juridique à part entière. Nous démontrons que les normes privées sont l'une des manifestations d'un droit transnational se développant en parallèle du droit interétatique « classique » et qu'elles jouissent par conséquent d'un statut juridique propre. De ce fait, leur rapports avec la branche du droit international qu'elles intéressent le plus directement, le droit international des échanges, ne peuvent se limiter à l'approche classique de réglementation (ou approche « répressive », en ce qu'elle a pour seul but d'en limiter les effets restrictifs pour le commerce) mais doivent se concevoir dans une optique de coordination.

Descripteurs : normes privées, droit transnational, pluralisme, OMC.

Title and Abstract:

Private quality standards – A transnational legal phenomenon.

The recent proliferation of private standards is not only of growing interest to economists who seek to evaluate its impact on trade flows; it is also relevant to international law, particularly to international economic law, in a double perspective. First, from the perspective of legal theory, the legal status of private standards has still to be determined. Second, from an empirical standpoint, private standards have the potential to negatively impact the access of developing countries to the markets of developed countries. This raises the question of the opportunity and modalities of submitting them to the disciplines of the WTO Agreements. This study demonstrates that private standards are one of the expressions of broader 'transnational law', a body of law that has been developing in parallel to 'traditional' state-centered international law. This implies that international law cannot merely consider private standards as an object to be disciplined; rather, the traditional 'repressive' approach should be rejected in favor of a more collaborative approach stressing the interrelations between the two bodies of norms as well as possible forms of coordination.

Keywords : private standards, transnational law, legal pluralism, WTO.



Principales abréviations

APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation (Coopération économique pour l'Asie-Pacifique)
ARM	Accord de reconnaissance mutuelle
AROS	Asia Regional Organic Standard
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations (Association des Nations de l'Asie du Sud-Est)
BRC	British Retail Consortium
CAC	Commission du <i>Codex Alimentarius</i>
CBTF	Capacity-Building Task Force on Trade, Environment and Development
CCI / ITC	Centre du commerce international / International Trade Centre
CEI	Commission électrotechnique internationale
CIPV / IPPC	Convention internationale pour la protection des végétaux / International Plant Protection Convention
CNUCED / UNCTAD	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement / United Nations Conference on Trade and Development
COLEACP	Comité de Liaison Europe/Afrique-Caraïbes-Pacifique
COROS	Common Objectives and Requirements of Organic Standards
CTF	Consultative Task Force on Environmental Requirements and Market Access for Developing Countries
DFID	UK Department for International Development
EAOPS	East African Organic Product Standard
ETI	Ethical Trading Initiative
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (Food and Agriculture Organization of the United Nations)

FLO	Fairtrade Labelling Organizations International
FSC	Forest Stewardship Council
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GFP	Global Facilitation Partnership for Transport and Trade
GFSI	Global Food Safety Initiative
GOMA	Global Organic Market Access
GRI	Global Reporting Initiative
GSCP	Global Social Compliance Programme
HACCP	Hazard Analysis Critical Control Point
IAF	International Accreditation Forum
IFOAM	International Federation of Organic Agriculture Movements
IFS	International Food Standard
IOAS	International Organic Accreditation Service
IROCB	International Requirement for Organic Certification Bodies
ISEAL	International Social and Environmental Accreditation and Labelling Alliance
ISO	International Organization for Standardization
ISONET	ISO Information Network
ITF	International Task Force on Harmonisation and Equivalence in Organic Agriculture
MSC	Marine Stewardship Council
OA	Organe d'appel (OMC)
OCDE / OECD	Organisation de coopération et de développement économiques / Organization for Economic Cooperation and Development
OHSAS	Occupational Health and Safety Assessment Series
OIE	Organisation mondiale de la santé animale (anciennement Office international des épizooties)
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONUDI / UNIDO	Organisation des Nations Unies pour le développement industriel / United Nations Industrial Development Organization

ORD	Organe de règlement des différends (OMC)
OSEA	Organic Standards in East Africa
OTC	Obstacles techniques au commerce
PED	Pays en développement
PME	Petites et moyennes entreprises
PMP	Procédés et méthodes de production
PNUE / UNEP	Programme des Nations Unies pour l'environnement / United Nations Environment Programme
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
SAI	Social Accountability International
SPG / PGS	Système participatif de garantie / Participatory Guarantee System
SPS	Sanitaire et phytosanitaire
SQF	Safe Quality Food
STDF	Standards and Trade Development Facility
T4SD	Trade for Sustainable Development
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TSPN	Trade Standards Practitioners Network
UE	Union européenne



Table des matières

Thèse de Doctorat / novembre 2012	1
Introduction	20
§ 1. Intérêt du sujet	21
A. Le phénomène	21
1. Un phénomène économique	22
2. Un phénomène transnational	24
B. L'intérêt juridique	25
§ 2. Questionnement et thèse	27
A. Constats	27
1. Complexité du phénomène	27
2. Ressemblance avec le droit	28
B. Hypothèses	29
1. Unité téléologique	29
2. Pluralisme et internormativité	30
C. Thèse	33
§ 3. Cadrage du sujet	36
A. Terminologie	36
1. Norme	36
2. Norme privée	38
B. Historique	39
1. Normes privées et normalisation technique (standardisation)	40
2. Normes privées et lex mercatoria (droit transnational)	45
C. Voisinage	48
1. Normes privées et rôle des acteurs non-étatiques	48
2. Responsabilité sociale des entreprises	51
§ 4. Démarche	54
A. Champ de l'étude	54
1. Sur le plan spatial	54
2. Sur le plan matériel	55
3. Sur le plan formel	56
B. Méthode	56
C. Structure	56
Chapitre introductif. Typologie des normes privées	58
Section 1. Auteur	60
§ 1. Normes d'entreprise / normes d'ONG ; normes mixtes	61
A. Normes d'entreprise	62

B.	Normes d'ONG	64
C.	Normes collectives, normes mixtes	66
§ 2.	Normes nationales / normes internationales	67
A.	Normes nationales	67
B.	Normes internationales	69
§ 3.	Normes privées / normes hybrides	70
Section 2.	Forme	71
§ 1.	Normes	71
A.	Normes substantielles	71
1.	La norme comme contenant	72
2.	La norme comme contenu	73
B.	Méta-normes et méta-systèmes	73
§ 2.	Instruments complexes : codes et labels	75
A.	Codes	75
B.	Labels	79
Section 3.	Contenu	80
§1.	Objet	80
A.	Normes de produit	81
B.	Normes de procédé ou de processus	82
§2.	Objectif	83
A.	Responsabilité sociale des entreprises	84
1.	Global Compact (Pacte Mondial)	85
2.	Global Reporting Initiative (GRI)	86
3.	Accountability	89
B.	Protection des travailleurs	92
1.	Normes sociales	93
Social Accountability International (SAI)	93	
OHSAS	94	
2.	Commerce équitable et commerce éthique	95
Fairtrade Labelling Organizations International	95	
Ethical Trading Initiative (ETI)	99	
C.	Protection de l'environnement	101
1.	Forest Stewardship Council (FSC)	102
2.	Marine Stewardship Council (MSC)	102
3.	ISO 14000 – Systèmes de management environnemental	104
4.	Nature's Choice (Tesco)	105
5.	ISEAL	106
6.	Filière qualité de Carrefour	109
D.	Agriculture	110
1.	Agriculture responsable	110

Sustainable Agriculture Initiative	110
Sustainable Agriculture Network	111
Le cadre harmonisé du COLEACP	112
2. Agriculture biologique	112
E. Bonnes pratiques agricoles	114
F. Sécurité sanitaire	116
1. Global Food Safety Initiative	116
2. British Retail Consortium	118
3. International Food Standard	119
4. HACCP	120
5. Safe Quality Food	123
6. ISO 22000	123
G. Protection des consommateurs, santé publique	125
§ 3. Champ d'application (normes générales / normes sectorielles)	126
Partie 1. Statut international des normes privées	129
Titre 1. Force normative des normes privées en droit international	131
Chapitre 1. Portée normative : reconnaissance internationale des normes privées	135
Section 1. Le débat sur les effets commerciaux	136
§ 1. Les lieux du débat	136
A. L'OMC : aspects juridiques	136
1. Avant 2005	137
2. Après 2005	139
Au sein du Comité SPS	139
Au sein d'autres comités	144
B. CNUCED et l'OCDE : aspects économiques	145
1. La CNUCED	145
2. L'OCDE	149
C. UNIDO, FAO et Banque mondiale : questions d'assistance technique	152
1. UNIDO	152
2. FAO	153
3. Banque mondiale	154
§ 2. Les termes du débat	155
A. Accès au marché	155
B. Pays en développement	157
C. Questions juridiques	158
Section 2. Le débat sur la relation avec les normes commerciales internationales	160
§ 1. Au sein de l'ISO	161
A. Présentation de l'ISO et de ses normes	161
B. L'ISO et les normes privées	163

§ 2. Au sein de l'OIE _____	166
§ 3. Au sein du Codex Alimentarius _____	169
Conclusion du chapitre _____	175
Chapitre 2. Valeur normative : statut juridique des normes privées en droit international ____	176
Section 1. Juridicité _____	177
§ 1. Normes privées et soft law : l'hypothèse d'une juridicité graduée ou atténuée ____	180
A. Limites du concept _____	181
B. Limites du critère de l'absence de force contraignante _____	183
§ 2. Normes privées et droit sans Etat l'hypothèse du pluralisme juridique _____	185
A. Le pluralisme juridique comme cadre théorique _____	185
B. Droit sans Etat et droit « global » sans Etat _____	187
C. Droit sans Etat et critère du juridique _____	189
D. Remarques : l'hypothèse du pluralisme et l'illusion du non-droit _____	193
1. « La grande illusion du pluralisme » _____	193
2. L'hypothèse du non-droit _____	193
Section 2. « Juridicisation » _____	195
§ 1. Réception _____	197
A. Incorporation _____	197
B. Renvoi _____	199
§ 2. Coopération _____	199
A. Incitation à l'autoréglementation _____	200
B. Délégation _____	201
C. Droit négocié ? _____	203
§ 3. Interactions : phénomènes d'internormativité _____	206
A. Coordination _____	206
B. Hybridation _____	207
Conclusion du Chapitre _____	215
Conclusion du Titre _____	218
Titre 2. Les normes privées comme système _____	221
Définition et utilité de la notion de système _____	221
Les normes privées comme système juridique informel _____	224
Chapitre 1. Cohérence du système _____	227
Section 1. Cohérence externe : effectivité _____	227
§ 1. Effectivité de la norme _____	230
A. Degré d'utilisation _____	231
B. L'obligatorité de facto des normes privées _____	231
§ 2. Effectivité des « sanctions » _____	239
A. Certification _____	241
B. Test et inspections _____	242
C. Accréditation _____	243

Section 2. Cohérence interne : légitimité	245
§ 1. Normes privées et qualité	248
A. La notion de qualité	248
1. Variabilité	250
2. Subjectivité	253
3. Qualité des produits et qualité des processus	254
4. Normes minimales de qualité	254
B. Les fonctions de la qualité	255
1. Données économiques : qualité et information	255
2. Qualité et concurrence	256
3. Qualité et gestion des risques	257
§ 2. Norme privées et éthique	257
A. Ethique et RSE	259
1. Ambiguïtés de la notion	260
2. Absence de caractère contraignant des normes de RSE	261
3. Ethique et participation étatique	264
4. Les spécificités de la norme ISO 26000	266
B. Ethique et commerce équitable	270
1. Définition et modalités du commerce équitable	272
2. Relations entre commerce équitable et commerce conventionnel	274
3. Dilution du fondement éthique ?	276
4. Normes de commerce équitable et réglementation juridique	279
5. Interactions entre normes privées et normes juridiques	284
Conclusion du chapitre	287
Chapitre 2. Qualification juridique du système	288
Section 1. Systèmes de gouvernance	288
§ 1. Systèmes non-étatiques de gouvernance	290
A. Présentation de la théorie des systèmes privés de gouvernance	290
B. Application aux normes privées	292
§ 2. Régimes privés transnationaux	293
A. Ambiguïtés de la notion de régime	294
1. Le régime comme espace normatif	294
2. Le régime comme institution	295
B. Caractéristiques	297
C. Hypothèses de conflit	300
Section 2. Système juridique informel	303
§ 1. Caractéristiques	303
A. Autonomie	303
B. Droit en réseau	305
C. Droit transnational	309

§ 2. Complémentarité ou concurrence _____	309
A. Rapports avec les normes étatiques _____	309
B. Rapports avec les normes supra-étatiques _____	312
Conclusion du chapitre _____	314
Conclusion du titre _____	315
<i>Conclusion de la Partie 1 _____</i>	<i>317</i>
<i>Partie 2. Régime international des normes privées _____</i>	<i>319</i>
La perspective : les normes privées comme obstacle non tarifaire au commerce _	319
Les instruments : subordination et coordination _____	323
Titre 1. Normes privées et loyauté du commerce _____	326
Chapitre 1. Responsabilité privée _____	327
Section 1. Le principe : exclusion des normes privées du champ d'application de l'OMC	329
§ 1. Rationae materiae : mesures _____	330
A. « Mesure » au sens du GATT _____	330
B. « Mesure SPS » _____	334
C. « Norme » au sens de l'Accord OTC _____	339
§ 2. Rationae personae : organismes _____	342
A. Organismes de normalisation _____	342
B. Organismes de contrôle de conformité _____	344
Section 2. L'exception : le Code de pratique de l'Accord OTC _____	345
§ 1. Obligations substantielles _____	350
A. Non-discrimination _____	350
B. Harmonisation _____	352
1. Recours aux normes internationales _____	352
2. Participation aux activités normatives des organismes internationaux _____	353
3. Absence de duplication _____	354
C. Préférence pour les propriétés d'emploi _____	355
§ 2. Obligations procédurales _____	355
A. Transparence et fonctionnement des organismes de normalisation _____	355
B. Transparence et procédure de normalisation _____	358
C. Information _____	359
D. Coopération _____	360
Conclusion du chapitre _____	362
Modification du contenu des accords _____	362
Proposition alternative _____	363
Bilan _____	365
Chapitre 2. Responsabilité étatique _____	366
Section 1. Réglementation directe : les limites de l'attribution _____	367

§ 1. Absence de critère d’attribution clair _____	367
A. Exercice de « prérogatives de puissance publique » _____	367
B. Implication suffisante de l’Etat _____	372
§ 2. Faiblesse des conséquences juridiques de l’attribution _____	377
A. Normes privées et PMP (limites du champ d’application) _____	378
B. Limite des obligations : élaboration et application des normes _____	386
1. Elaboration des normes _____	387
Accord SPS _____	387
Accord OTC _____	399
GATT _____	403
Comparaison et conséquences pour les normes privées _____	407
2. Application des normes _____	410
Section 2. Réglementation indirecte : limites des obligations étatiques en l’absence d’attribution _____	414
§ 1. Obligation positive _____	416
§ 2. Obligation négative _____	419
§ 3. Obligation générale de conformité ? _____	420
Conclusion du chapitre _____	424
Conclusion du titre _____	426
Titre 2. Normes privées et facilitation des échanges _____	428
Chapitre 1. Normes privées et fluidité des échanges _____	431
Section 1. Transparence et information _____	432
§ 1. Standards Map _____	432
§ 2. Trade Standards Practitioners Network _____	434
Section 2. Prévisibilité _____	436
§ 1. Harmonisation _____	437
A. Limites _____	438
B. Harmonisation sectorielle et régionale _____	439
1. Afrique de l’est – Norme EAOPS _____	440
2. Asie-Pacifique _____	442
3. Normes en cours d’élaboration _____	444
§ 2. Equivalence _____	446
A. Outils de référence _____	449
1. Définition _____	449
2. Le cas particulier de l’agriculture biologique _____	451
B. Evaluation comparative (‘benchmarking’) _____	456
1. EurepGAP/GlobalGAP _____	457
2. GFSI _____	458
3. GSCP _____	460
C. Accords de reconnaissance mutuelle _____	461

Conclusion du chapitre	471
Chapitre 2. Normes privées et équité des échanges.....	472
Section 1. Assistance technique	472
§ 1. Renforcement des capacités ('capacity building').....	473
§ 2. Elaboration d'alternatives à la certification.....	477
A. Systèmes participatifs de garantie	477
B. Certifications collectives.....	479
C. 'One Stop Certification Service' (concentration des accréditations)	481
Section 2. Participation des PED à l'élaboration des normes	482
§ 1. Normes nationales et régionales de bonnes pratiques agricoles (GAP)	483
§ 2. Prise en compte des intérêts des petits producteurs dans l'élaboration des normes	486
Conclusion du chapitre	488
Conclusion du titre	489
Conclusion de la partie 2	490
Conclusion générale	492
Bibliographie	497
I. Ouvrages généraux, manuels, thèses	497
II. Ouvrages collectifs	503
III. Articles	507
IV. Documents et publications d'organismes internationaux	546
A. Commission du Codex Alimentarius	546
B. Commission européenne	546
C. Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture	546
D. Deutsche Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ).....	547
E. International Centre for Trade and Sustainable Development.....	548
F. Organisation internationale de normalisation	549
G. International Trade Center	549
H. International Task Force on Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture	550
I. Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE)	550
J. Organisation mondiale de la santé animale	551
K. Organization of American States.....	552
L. Organisation mondiale du commerce	553
1. Déclaration ministérielle.....	553
2. Communiqués	553
3. Comité OTC	553
4. Comité SPS	554
5. Autres documents	558

6.	Rapport sur le commerce mondial _____	558
M.	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement _____	558
N.	Programme des Nations Unies pour l'environnement _____	559
O.	Organisation des Nations Unies pour le Développement industriel _____	560
P.	Banque mondiale _____	560
V.	Documents d'organismes normalisateurs privés _____	561
VI.	Jurisprudence _____	562
A.	Organe de règlement des différends de l'OMC _____	562
B.	Groupes spéciaux du GATT _____	563
C.	Autres juridictions _____	563
<i>Table des annexes</i> _____		564
Annexe 1. Classifications possibles des normes privées _____		564
1.	Classifications établies sur la base de celle adoptée par l'OMC _____	564
2.	Autres classifications _____	566
Annexe 2. Comparaison entre normes publiques et normes privées _____		567
Annexe 3. Code IWAY (IKEA) _____		569
Annexe 4. ISEAL Standard-setting Code _____		587
Annexe 5. FLO « Standard commercial du commerce international Fairtrade », version du 01.05.2011. _____		600
Annexe 6. Norme régionale d'agriculture biologique pour l'Afrique de l'est _____		617
<i>Index</i> _____		633

*« Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite.
[...] Il faut, pour bien l'aimer, commencer par le mettre à nu.
Sa rigueur, il ne l'avait que par affectation ou imposture ».*
J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Préface

« (...) il faudrait se rappeler que les sujets de droit ne vivent pas nécessairement 'à la lumière du droit', comme si toutes leurs actions traduisaient l'exécution des desseins du législateur. Dans bien des cas, c'est 'à l'ombre du droit' que se développent leurs activités, dans le creux de ses non-dits, dans les plis de ses ressources cachées. Peut-être un jour pourra-t-on exhumer tout un système marginal de 'règles secondaires privées' – en marge des normes officielles de reconnaissance, de sanction et de changement – arsenal baroque mais efficace de stratégies d'évitement, d'adaptation et de réappropriation des normes publiques par des agents dont la rationalité n'est jamais exactement là où on l'attend ».
F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, p. 336.

Introduction

“A world-wide shift appears to be occurring towards a greater use of standards (and technical regulations) drawn up by non-governmental bodies and a lesser use of technical regulations drawn up by central government bodies¹”.

En 1988, les Communautés européennes notaient déjà, dans une communication lors des négociations de l'*Uruguay Round*, la tendance vers une « privatisation » et une « décentralisation » de la réglementation. A cette évolution « verticale » vers plus de réglementation « non-étatique » s'est ajoutée à partir de la décennie 1990 celle, « horizontale », d'une multiplication des normes privées dans des domaines traditionnellement réservés au législateur étatique².

L'impressionnante diversité des normes privées s'exprime aujourd'hui autant par le contenu des normes (sécurité sanitaire, protection de l'environnement, promotion des droits sociaux, commerce équitable, etc.) que par la nature de leurs auteurs (entreprises, ONG, organismes mixtes de normalisation, organisations de consommateurs, etc.). Elle semble *a priori* interdire toute tentative de systématisation, voire de définition des normes privées en tant que phénomène juridique. Cependant, face à cette notion en apparence disparate, éclatée et hétérogène, il existe un facteur d'homogénéité qui s'exprime dans la finalité commune des normes privées : améliorer la qualité des produits auxquels elles s'appliquent.

De la multiplication et de la diversification des normes privées est né un défi pour le commerce international et, partant, pour l'OMC dont la vocation est de faire respecter

¹ MTN.GNG/NG8/W/31, *Communiqué des Communautés européennes*, 8 juillet 1988, point 2(b).

² Par opposition, la compatibilité, la « qualité » des produits - au sens strict de performance (*'Gebrauchstauglichkeit'*), ainsi que les effets d'échelle ont toujours été du ressort des normes privées. Voir D. FISCHER, *Die Behandlung technischer Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, p. 54.

les principes du libre-échange au sein de celui-ci. La multiplication des normes privées a en effet révélé leurs effets sur les échanges internationaux et la possibilité de leur utilisation (voire de leur détournement) à des fins protectionnistes. Ceci a conduit la communauté des Etats Membres de l'OMC à s'interroger sur l'opportunité et sur les moyens de soumettre aux règles de l'Organisation ce nouveau type d'obstacle non tarifaire au commerce.

Avant d'examiner l'incidence que peut avoir l'essor récent d'une normativité privée sur le droit international, et en particulier sur le droit international des échanges, il est nécessaire d'expliquer pourquoi les normes privées, objet économique, sont devenues objet de raisonnement juridique (§ 1). Nous décrivons ensuite le raisonnement (§ 2) et la démarche adoptés (§ 4) et situons la question des normes privées par rapport aux thématiques similaires abordées par la doctrine internationaliste (§ 3).

§ 1. Intérêt du sujet

C'est parce que leurs effets peuvent être similaires à ceux d'une réglementation étatique constituant une entrave au commerce que le droit international des échanges s'est intéressé aux normes privées. Or, pour en réglementer les effets, le droit international doit surmonter le défi de la diversité empirique des normes privées, mais aussi et surtout l'obstacle de l'indétermination de leur statut juridique.

A. Le phénomène

En dépit de leur apparente diversité, les normes privées présentent certaines caractéristiques communes. *Sur le plan juridique*, elles ont toutes un caractère volontaire ; leur application n'est pas *de jure* obligatoire (elle peut cependant l'être *de facto*, ce qui est source d'ambiguïté dans la définition de leur statut). Elles résultent de l'engagement d'un ou plusieurs acteurs économiques à respecter des spécifications concernant les caractéristiques des produits ou leurs modes de production. Cet engagement peut être unilatéral ou collectif ; il peut concerner une norme définie par l'acteur lui-même ou une norme définie par un acteur tiers. Souvent (en réalité presque toujours), l'engagement en question va au-delà de l'engagement exigé par la réglementation existante. Il s'agit de l'élément « *éthique* » des normes privées, qui sont souvent élaborées et appliquées dans le souci de protéger certaines valeurs (droits des travailleurs, protection de l'environnement, santé et sécurité du

consommateur). Ce souci de protection peut naître soit d'une carence perçue dans la réglementation étatique (niveau de protection insuffisant) soit de l'engagement particulier d'une entreprise, souvent lié à la volonté de restaurer ou d'améliorer son image aux yeux des consommateurs. En effet, les normes privées sont profondément ancrées dans une logique commerciale et insérées dans les circuits de distribution. Visant à promouvoir l'application de certaines valeurs à travers les mécanismes des marchés, elles sont un phénomène *économique* avant d'être un instrument juridique.

1. *Un phénomène économique*

La question des normes de produit n'est pas nouvelle pour les économistes³. En 1999 déjà, l'OCDE constatait que les normes de produit (normes privées et publiques confondues) affectaient 80% du commerce mondial⁴. Or, leur nombre n'a cessé de croître depuis et l'on a vu augmenter spécifiquement la part des normes privées relatives à la qualité des produits.

Aujourd'hui, les normes privées relatives à la qualité des produits trouvent leur origine et leur raison d'être dans les préférences des consommateurs, c'est-à-dire dans la manière dont ceux-ci envisagent la qualité d'un produit. D'abord issues d'une préoccupation de sécurité et de performance du produit, on peut néanmoins considérer que la multiplication récente des normes privées est liée à l'engouement actuel pour une consommation et un commerce « responsables » – mouvement de moralisation du commerce ayant connu un précédent, sur le plan des entreprises, dans la vague d'instruments et de politiques de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE)⁵. Si l'impulsion pour la création des normes provient aujourd'hui des consommateurs – tout au moins la demande initiale – on ne peut cependant nier que les acteurs économiques, profitant de cet engouement, utilisent aujourd'hui les normes pour créer à leur tour une « demande d'éthique » encore plus soutenue en intégrant ces préoccupations dans leurs stratégies de commercialisation.

L'intérêt du droit international du commerce, en particulier du droit de l'OMC, pour les normes privées résulte des effets importants et potentiellement néfastes de ces

³ Les effets économiques des normes et standards peuvent être classés en deux catégories : effets sur le commerce, et effets sur le bien-être. On se concentrera sur les effets commerciaux des normes, car ce sont eux qui sont le plus susceptibles d'être appréhendés par le droit international. Pour le formuler en des termes plus polémiques, on peut dire que les législations (qu'elles soient nationales ou internationales) se soucient plus de réprimer les restrictions au commerce que de promouvoir le bien-être (au sens économique) des populations.

⁴ OECD, "Regulatory Reform and International Standardisation", TD/TC/WP(98)36/FINAL, 1999, p. 10.

⁵ En ce sens, les normes privées sont parfois qualifiées de normes « éthiques ». Afin de ne pas créer de confusion avec les normes morales (qui s'opposent aux normes juridiques) nous n'emploierons pas cette expression.

normes sur les producteurs et exportateurs des biens concernés, en dépit de leur nature volontaire⁶. Ces conséquences vont de l'augmentation des coûts et de difficultés de certification à l'impossibilité, dans certains cas extrêmes, d'accéder à un marché sur lequel les acteurs dominants exigent la conformité à certaines normes privées. Les normes privées, volontaires *de jure*, deviennent alors *de facto* obligatoires : la puissance de marché des entreprises qui les imposent, mais aussi la préférence donnée par les consommateurs aux produits conformes à ces normes, peuvent faire de leur respect la condition de l'accès à un marché. Leur nature privée n'empêche plus, dès lors, leur interférence avec les relations commerciales interétatiques.

Plusieurs études ont été menées sur les effets commerciaux des normes privées⁷. Il en ressort que ces effets peuvent être positifs : le rôle des normes en tant que facilitateur des relations commerciales a souvent été souligné, et leur importance dans la réduction d'asymétries d'information entre consommateur et producteur a été mise en évidence. Les normes privées permettent également de poursuivre des buts légitimes d'intérêt général en instaurant des pratiques de production responsables, et en conférant un avantage concurrentiel aux entreprises qui s'y conforment⁸. Il est par conséquent nécessaire de mettre en balance la légitimité des buts poursuivis avec la gravité de l'atteinte aux intérêts commerciaux lorsque l'on s'efforce de définir un

⁶ D. PREVOST, "Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities", *SAYIL*, Vol. 33, 2008, p. 5.

⁷ Certaines de ces études se sont attachées à essayer de quantifier les effets des normes sur le commerce, mais cette entreprise s'est avérée difficile. Une étude de l'OCDE souligne les difficultés auxquelles se heurte cette démarche de quantification : la diversité des normes et de leurs modes d'application se reflète au niveau de leurs effets sur le commerce ; la plus grande partie des études prend la forme d'études de cas spécifiques, dont les résultats ne sont pas généralisables ; il n'existe pas de méthodologie unique permettant de mesurer l'impact de normes par nature hétérogènes ; les informations sur les prix sont souvent insuffisantes et difficiles à obtenir. Voir J. KORINCK, M. MELATOS, M.-L. RAU, "A Review of Methods for Quantifying the Trade Effects of Standards in the Agri-Food Sector", OECD Trade Policy Working Paper N°79, 29 September 2008, TA/TC/CA/WP(2007)1/FINAL. Cette étude ne concerne pas directement les normes privées (son champ d'investigation se cantonnant aux normes *obligatoires* dans le domaine de l'agro-alimentaire), mais les obstacles énumérés sont transposables à la quantification des effets des normes privées volontaires.

⁸ Le même paradoxe peut être observé sur le plan concurrentiel, où l'avantage conféré aux entreprises répondant aux attentes/préférences des consommateurs est confronté à l'exclusion des entreprises n'ayant pas les moyens de mettre en œuvre les exigences des normes.

La science économique, elle, analyse les effets des normes privées dans le cadre d'une analyse coûts-bénéfices qui doit permettre de déterminer leur utilité économique voire sociale. Pour les normes environnementales et de santé publique, la question d'une évaluation des risques vient se greffer sur l'analyse des coûts et bénéfices car il s'agit de mesures préventives, dont le but est d'empêcher la réalisation d'un certain risque. Cet exercice est du domaine de l'incertain et comporte toujours une part de subjectivité dans la perception de l'immédiateté du danger. Cependant, l'étude menée par l'OCDE suggère que cette forme d'analyse économique (évaluation des risques dans le cadre de la mise en balance des coûts et bénéfices) pourrait être utilisée afin de distinguer deux types de normes : les normes ayant des effets restrictifs sur le commerce mais permettant en même temps de remédier à une défaillance des marchés d'une part, les normes ayant uniquement des effets négatifs d'autre part. Il s'agit ici d'une première ébauche, dans le domaine économique, du questionnement sur la valeur de l'objectif de la mesure en tant que justification de ses effets restrictifs sur le commerce. Nous verrons par la suite que ce questionnement prend tout son sens dans le domaine juridique.

régime international des normes privées⁹. Leur « éradication » est aussi peu souhaitable que l'absence totale de réglementation de leurs effets.

Cependant, ce sont le plus souvent les effets négatifs des normes privées qui sont mis en avant, en particulier sur le commerce des pays en développement¹⁰. L'un des principaux problèmes recensés est celui de l'exclusion des producteurs des PED des circuits de distribution fondés sur les normes privées.

Les difficultés rencontrées par les PED sont de deux ordres : elles sont d'abord issues du *contenu* des normes, ou plus exactement de la diversité des contenus assortie à l'absence de reconnaissance de l'équivalence des normes locales. L'absence de consultation des producteurs dans l'élaboration des normes et l'absence de justification scientifique font également partie des arguments invoqués, ainsi que l'absence de prise en compte des conditions de production locales et de leurs spécificités¹¹. Enfin, le fait que les normes privées posent souvent des exigences plus strictes que les normes internationales a été évoqué. Il en résulte pour les producteurs des PED un obstacle financier dû à l'augmentation des coûts de production pour respecter les critères mis en place par les normes privées, ainsi qu'un obstacle technique dû à l'absence de moyens techniques et de méthodes de production adaptées. La seconde difficulté résulte de l'exigence de *certification* de conformité par une tierce partie. Souvent multipliée par le nombre de distributeurs, cette exigence engendre des coûts que la plupart des petits producteurs ne sont pas en mesure de supporter¹².

2. Un phénomène transnational

Enfin, il faut noter que les effets des normes privées ne se cantonnent pas frontières des Etats. Ils s'étendent au contraire au domaine international, qu'une entreprise

⁹ D. FISCHER parle de la « recherche d'un équilibre ». Pour cet auteur, la suppression d'une norme n'est pas souhaitable si elle n'entraîne pas d'effets positifs sur le commerce.

¹⁰ Ceci a été confirmé par les réponses des Etats Membres de l'OMC à un questionnaire distribué

¹¹ L'élaboration et l'application des normes de manière à favoriser la production nationale affectent principalement les pays en développement et les petits producteurs, en d'autres termes les acteurs économiquement « faibles » qui ne disposent pas des moyens techniques et financiers de respecter les exigences posées par les normes.

¹² Le Livre vert de la Commission européenne sur la qualité des produits agricoles distingue entre *coûts directs* (cotisations, inspections et certification) et *indirects* (investissements nécessaires aux pour respecter les normes du système de certification ; frais de production. Une Note du Secrétariat de l'OMC publiée en 2007 identifie également deux catégories de problèmes, ceux liés au contenu des « systèmes privés » (qui concernent essentiellement les procédés et méthodes de production) et ceux liés à la capacité des Etat à s'y conformer (coûts de mise en œuvre et frais de démonstration de la conformité). Comité SPS, « Les normes privées et l'Accord SPS », Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/746§12.

nationale décide d'adopter une norme élaborée au niveau international ou que cette entreprise elle-même produise la norme dans l'optique de l'appliquer à ses fournisseurs étrangers. Dans la mesure où ces effets affectent aussi bien les relations entre opérateurs économiques que les relations commerciales interétatiques, il est possible de qualifier les normes privées de phénomène véritablement transnational. Notons qu'ils affectent avant tout les pays en développement qui n'ont souvent pas les moyens techniques ou financiers de respecter les exigences posées par les normes, et se retrouvent de ce fait exclus de certains marchés.

B. L'intérêt juridique

Economiquement, les normes privées posent donc un problème de coût. Juridiquement, ceci se traduit par un problème d'accès aux marchés : une norme privée, plus stricte que les normes internationales en vigueur et entraînant des coûts d'adaptation et de mise en œuvre, freine voire empêche l'accès au marché d'un pays développé par les exportateurs d'un pays en développement. Si ceci s'inscrit dans une démarche stratégique dont le but est de protéger les intérêts des producteurs nationaux, il s'agit un cas de protectionnisme. C'est donc par la porte du commerce international que les normes privées font leur entrée dans la sphère du droit international, à l'initiative des PED durement affectés par les obstacles qu'elles créent à l'entrée de leurs produits sur les marchés occidentaux.

Cependant ce n'est pas, à l'origine, en tant qu'élément de droit, mais en tant qu'élément perturbateur des échanges internationaux que les normes privées ont été prises en compte par le droit international. En d'autres termes, ce n'est pas en raison de leur intérêt en tant qu'instrument normatif qu'elles ont été considérées, mais en raison de leur qualité d'entrave aux relations commerciales internationales.

Considérées dans un premier temps comme un simple fait, les normes privées sont donc avant tout un *objet de raisonnement juridique*¹³, ce raisonnement portant sur la réglementation de leurs effets plus que sur la définition de leur nature et de leur statut.

¹³ Sur cette terminologie, voir S. SUR, « Actes, normes, droit : dix mille signes », in *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1990, pp. 59-62.

Or, il y a, nous semble-t-il, dans ce passage du fait au droit un saut qualitatif quelque peu abrupt, et qui s'accommode mal de la rigueur revendiquée par la science juridique. Car pour réglementer les effets des normes privées, le juriste ne peut faire l'économie de l'irritante question de leur nature juridique. Il nous semble donc nécessaire d'examiner également les normes privées en tant qu'éventuel *objet (ou phénomène) juridique*¹⁴.

Le questionnement sur la possibilité, la nécessité et les modalités d'une réglementation internationale des effets commerciaux des normes privées mène donc à une interrogation sur le statut juridique des normes privées et sur le rôle du droit dans un domaine relevant, à l'origine, de l'autoréglementation. Il soulève la question de l'importance des normes élaborées par les acteurs non-étatiques dans la sphère internationale et celle de leurs rapports avec les règles interétatiques « classiques ».

Dans quelle mesure les normes privées intéressent-elles la sphère juridique, et en particulier celle du droit international des échanges ? Par leur nature privée, les normes en question semblent se situer *a priori* en-dehors du droit¹⁵ et, plus spécifiquement, elles semblent échapper au champ des relations commerciales *interétatiques* qui constituent classiquement l'objet du droit international des échanges. Cependant, nous l'avons vu, leurs effets sur le commerce international sont tels qu'ils appellent une réglementation internationale.

Les normes privées sont un objet juridique encore mal identifié en droit international. Or les incertitudes concernant leur statut ne peuvent qu'être néfastes à la définition d'un régime ; les difficultés rencontrées au sein de l'OMC lorsqu'il s'agit d'envisager la réglementation des effets des normes privées en constituent la preuve concrète¹⁶. Avant de songer à définir les modalités d'une réglementation de leurs effets, il faut

¹⁴ Nous éviterons d'avoir recours à l'expression « fait juridique » pour désigner les normes privées, en raison de sa signification particulière d'une part, et parce qu'elle présuppose la reconnaissance de ce fait par la sphère juridique. « L'expression *fait juridique* doit être évitée, car elle raisonne aux oreilles des juristes avec un sens techniquement précis, pour désigner, par antithèse à l'acte juridique (le contrat, par ex.), les sources non-volontaires d'obligations (délit, quasi-délit, etc.) ». J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 332. Voir également S. SUR, *op. cit.*, pour lequel un fait ne peut acquérir de valeur juridique qu'à travers son insertion dans un acte juridique.

¹⁵ Si l'on adopte la position classique considérant le droit comme une « technique de direction publique des conduites humaines », on soustrait à son domaine toutes les normes non issues de la puissance publiques, c'est-à-dire les normes privées. Voir par exemple P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, vol. 10, 1989, pp. 7-10, qui considère les règles juridiques comme des « outils de commandement ou gouvernement public » (p. 10).

¹⁶ Voir *infra*, Partie A Titre 1.

donc répondre à la question de leur statut juridique¹⁷. Nous tenterons par conséquent de clarifier le statut des normes privées en droit international afin de mettre en lumière – et, éventuellement, de tenter de dépasser – les obstacles théoriques à la définition de leur régime juridique en droit international des échanges.

§ 2. *Questionnement et thèse*

Notre questionnement sur les rapports entre normes privées et droit international part de deux observations empiriques (A) : la diversité des normes privées d'une part, leur ressemblance avec les normes juridiques d'autre part. Deux hypothèses de travail (unité « téléologique » des normes privées et pluralisme juridique, (B)) permettent de répondre aux questions que ces observations soulèvent et de fonder la démarche que nous avons décidé d'adopter (C).

A. *Constats*

1. *Complexité du phénomène*

L'extrême diversité des normes privées s'exprime à plusieurs niveaux. Il est possible de distinguer entre les *sujets* impliqués dans leur élaboration ou auteurs de la norme (entreprises, ONG, associations de consommateurs, organismes hybrides, etc.), l'*objet* ou contenu de la norme (domaines intéressant le producteur, domaines intéressant le consommateur) et les *espaces* qu'elle sollicite (espace national, international, etc.)¹⁸. On peut également choisir de situer les normes sur un axe public – privé (ou *continuum institutionnel*) en fonction du degré d'implication des acteurs publics et privés dans l'élaboration de la norme, et sur un axe physique – sociétal (ou *continuum matériel*) en fonction la nature plus ou moins technique (poids et mesures) ou sociale (santé au travail, protection de l'environnement) du contenu de la norme¹⁹. Enfin, il est possible de distinguer les normes en fonction des procédures de contrôle de l'application qui y sont rattachées (certification ou simple auto-déclaration de

¹⁷ La question du statut juridique des normes privées, donc de leur rapport avec le droit est une question différente de celle de leur juridicité, plus spécifique, qui sera abordée en détails dans la partie 1. La question des rapports avec le droit comprend deux éléments distincts : la question des rapports avec le droit en tant que discipline scientifique (juridicité), mais aussi la question des rapports avec l'élaboration de politiques réglementaires (gouvernance).

¹⁸ La distinction sujet/objet/espace est de J.-C. GRAZ, "Standards and International Relations Devolution of Power in the Global Political Economy", *European Association for the Study of Science and Technology*, Lausanne, 2006, p. 5.

¹⁹ J.-C. GRAZ, « Quand les normes font loi. Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », *Revue Etudes internationales*, vol. 35/2, juin 2004, pp. 233-260, p. 242 s.

conformité par le fabricant) et de la portée de celles-ci (reconnaissance internationale ou reconnaissance limitée à un marché particulier)²⁰.

De cette diversité résulte une *complexité* du phénomène qui devra être prise en compte tout au long de l'étude ; elle implique en effet qu'il ne peut exister de solution, de statut ou de régime unique pour les normes privées, mais que la différenciation en fonction du contexte de la norme est nécessaire à tout niveau.

2. Ressemblance avec le droit

Notre seconde observation porte sur la ressemblance entre les normes privées et les règles juridiques. Il existe en effet trois points communs et rapprochements possibles entre ces deux ensembles normatifs. Tout d'abord, les normes privées se rapprochent des règles de droit par leur forme. Comme elles, elles peuvent énoncer des normes de conduite générales et abstraites ; comme elles également, elles relèvent du devoir-être ou *Sollen* par opposition aux simples faits (être ou *Sein*). La ressemblance formelle s'étend également à leur élaboration : comme nous allons le voir par la suite, le mode d'élaboration des normes privées est de plus en plus démocratique, c'est-à-dire sollicite la participation de l'ensemble des parties concernées, dans une volonté de justice et de transparence. Le deuxième point de contact se situe au niveau de la « rationalité interne » du droit ou des normes privées. De nombreux juristes s'accordent pour faire de la justice la rationalité interne et le but ultime du droit²¹. Or, de plus en plus, les normes privées s'écartent de l'édiction de prescriptions techniques pour se consacrer à la poursuite de *valeurs* communes, dans le souci de promouvoir une forme particulière de justice (environnementale, sociale, etc.)²². Enfin, de cette finalité partagée découle également un contenu commun : de plus en plus souvent, les normes privées se développent dans des domaines naguère réservés

²⁰ *Ibid.*, p. 247 s.

²¹ Si l'on dépasse les critères formels pour « rechercher la rationalité interne qui rend intelligible le phénomène qu'est le droit », (que de nombreux juristes voient dans un certain idéal de justice), on est amené à regarder le droit comme « à la fois une réalité sociale et un rapport à des valeurs ». Or la justice, « cette ambition du droit » n'est pas étrangère au développement des normes privées. Les valeurs d'une société donnée peuvent s'exprimer par des règles qui ne sont pas nécessairement celles de l'Etat ; on ne peut dès lors nier que les normes privées se rapprochent, non plus uniquement par leur forme mais également par leur contenu et leurs aspirations, des règles juridiques. En reprenant à leur compte des valeurs déjà protégées par les règles étatiques, et en cherchant à aller plus loin que celles-ci dans la protection, les normes privées démontrent qu'elles sont, elles aussi, « à la fois une réalité sociale et un rapport à des valeurs ». Voir Ch. LEBEN, « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 35-40 (notamment p. 36).

²² Comme en droit, cette justice concerne à la fois la société dans son ensemble et le cas particulier (environnement global, cas d'un petit producteur dans un PED). La problématique des tensions éventuelles entre justice et désordre y reste la même qu'en droit. Voir F. TERRE, « Une pyramide », *Droits*, 1990, vol. 11, pp. 63-66, p. 63.

à l'Etat et considérés d'intérêt général, tels que la justice sociale ou la protection du consommateur.

Forme, finalité et contenu incitent donc au rapprochement avec le droit ; les normes privées font ainsi partie de ces phénomènes qui « *tirent de leur proximité, de leur ressemblance au droit, une coloration particulière*²³ ». Et n'est-il pas du devoir du juriste de s'intéresser aux « alentours du droit », surtout lorsqu' « *il est permis d'en espérer une lumière analogique sur la genèse des phénomènes proprement juridiques*²⁴ » ?

B. Hypothèses

Pour répondre à ces observations empiriques nous adopterons deux hypothèses de travail qui constitueront le fondement de cette étude :

- la diversité apparente des normes privées est contrebalancée par l'existence d'une finalité commune, la qualité des produits ;
- l'étude des rapports entre normes privées et droit n'est possible que si l'on adopte, au préalable, l'hypothèse du pluralisme juridique.

1. Unité téléologique

Il est nécessaire de prendre en compte une particularité des normes privées dans l'ordre international qui fonde, au sein de cet ordre, leur relative unité : il s'agit de leur gravitation autour de l'exigence de *qualité* des produits, qui se traduit par la poursuite commune (bien que différenciée) d'une finalité « éthique » ou, pour employer des termes plus précis, par l'objectif commun de protéger certaines valeurs présentées comme universellement reconnues²⁵. Cette finalité s'exprime le plus souvent en termes de protection : de la santé des consommateurs, de l'environnement, des travailleurs impliqués dans la fabrication des produits.

La qualité est une notion subjective et évolutive : fondée sur les préférences des consommateurs et par conséquent variable dans le temps et dans l'espace, elle n'en traduit pas moins certaines tendances globales. Ainsi, on observe un glissement récent des préoccupations des consommateurs de la performance des produits

²³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, p. 365.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Nous verrons que cette reconnaissance émane le plus souvent des pays importateurs, en l'occurrence des pays développés. Bien qu'elles ne soient pas réellement contestées, on ne peut donc en aucun cas parler de valeurs « universelles ».

(caractéristiques « physiques ») vers leur impact social et environnemental. Dans la foulée de la tendance récente à la « consommation responsable » on observe donc un élargissement de la notion de qualité ; au-delà des simples caractéristiques physiques d'un produit, elle comprend aujourd'hui également la protection de certaines *valeurs* plus ou moins globalement définies. Bien que ces valeurs soient elles-mêmes variables, elles permettent de désigner le fondement commun des normes privées qu'est la *moralisation* des processus de production et des modes de consommation. C'est en effet cette « demande d'éthique » qui est à l'origine de la multiplication récente des normes privées et qui est, par conséquent, indirectement responsable de leurs effets sur le commerce international. Sur le plan normatif, ceci traduit le passage d'une fonction de *standardisation* (unification des exigences afin de faciliter la production et la commercialisation) à une fonction de *différenciation* (mise en valeur d'une caractéristique particulière qui distingue un produit des produits concurrent).

La diversité des symptômes résulte d'une cause commune ; il est essentiel de reconnaître cela pour pouvoir envisager les normes privées comme un *phénomène* – d'abord social, puis juridique.

2. *Pluralisme et internormativité*

Rechercher en quoi les normes privées peuvent être un phénomène juridique suppose que l'on se place d'emblée non dans le cadre d'une vision positiviste du droit, mais dans une perspective sociologique ou anthropologique²⁶ qui envisage le droit comme un outil de régulation sociale et qui mesure ses implications pour une société donnée – qui n'est pas nécessairement la société étatique. Le droit n'est alors plus défini « de l'intérieur », selon la vision positiviste traditionnelle qui ne le conçoit que dans les limites de l'action étatique, mais « de l'extérieur »²⁷, dans le cadre d'une vision plus large qui reconnaît l'existence de droit d'origine autre qu'étatique²⁸. La perspective

²⁶ Ce sont les anthropologues du droit qui ont en premier adopté une perspective pluraliste, en observant, dans le contexte colonial, la coexistence entre normes locales et normes coloniales (pluralisme ethnique et culturel). Ce sont des sociologues tels que PETRAZYCKI, GURVITCH ou EHRLICH qui ont transposé le pluralisme aux sociétés occidentales. Voir N. ROULAND, « Le pluralisme juridique en anthropologie », *op. cit.*, p. 568-569.

²⁷ Cependant, pour un exemple de pluralisme vu « de l'intérieur », non plus du point de vue de l'Etat mais de celui de l'individu, voir J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993/2, p. 573-590, spéc. p. 582.

²⁸ Voir CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op.cit.* ; G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935, 299 p. ; F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1982/9, pp. 1-61 ; J. GRIFFITH, « What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism*, 1986/2, pp. 1-55 ; N. ROULAND, « Le pluralisme juridique en anthropologie », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993/2, p. 567-571 ; J.

pluraliste pose l'hypothèse qu'il existe des sources de droit distinctes de l'Etat ou, selon la formule du doyen CARBONNIER que « *le droit est plus grand que l'ensemble des sources formelles du droit*²⁹ ». Il apparaît donc que, d'un point de vue sociologique, les normes privées sont un *phénomène juridique*³⁰.

L'hypothèse du pluralisme juridique³¹ permet donc de reconnaître l'existence d'autres « centres générateurs de droit », de « sources autonomes d'où le droit jaillit spontanément³² ». Dans cette hypothèse, « le pouvoir juridique par lequel le droit est créé réside non dans l'Etat, mais dans les faits *normatifs* au cœur de la vie sociale³³ ». L'ordre juridique étatique n'est alors qu'un ordre juridique parmi d'autres ; toute

VANDERLINDEN, « Essai de synthèse » in J. GILISSEN (dir.) *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, pp. 19-56 ; « Return to Legal Pluralism : Twenty Years Later », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1989, n° 28, pp. 149-157 ; « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993/2, p. 573-590 ; J.-G. BELLEY, « Pluralisme juridique » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 446-449 ; N. ROULAND, « Pluralisme juridique (Théorie anthropologique) », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 449-450 ; G.R. WOODMAN, « The Idea of Legal Pluralism », in B. DUPRET, M. BERGER, L. AL-ZWAINI, *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague/Boston, Kluwer International Law, 1999, p. 3-19 ; J. MORET-BAILLY, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 195-206. Egalement B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société* 1988/10, pp. 363-388. J.-G. BELLEY, « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique » *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, 1986, pp. 11-32.

Plus récemment, voir les actes du colloque *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR, (dir.), Larcier, 2011, 526 p.

²⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 333.

³⁰ Dans son ouvrage sur la *Sociologie juridique*, le doyen CARBONNIER a décrit le phénomène juridique comme l'« atome » parmi l'ensemble des composantes du droit ou, en d'autres termes comme le constituant fondamental de tout système juridique, l'échelon le plus bas (la « particule élémentaire » ?) de la sphère juridique.

« (...) Tandis que le droit, tel que l'étudie la théorie dogmatique (malgré les déceptions que lui infligent les faits), se présente comme une entité cohérente et monolithique, la sociologie aime pulvériser ce bloc en une infinité d'atomes aux combinaisons aléatoires. L'atome c'est le *phénomène juridique*, variété du phénomène social. Le mot *phénomène* rappelant que la recherche se situe sur le terrain des apparences, sans prétendre atteindre la réalité ontologique du droit » (p. 331).

Il existerait deux types de phénomènes : les phénomènes juridiques *primaires* d'une part, plus généraux et moins nombreux, font référence à un contenant (loi, prononcé d'un jugement, geste d'un agent de la circulation, pour reprendre les exemples cités par l'auteur) ; d'autre part, les phénomènes juridiques *secondaires* ou *dérivés* désignent le contenu, la concrétisation des phénomènes primaires et sont, par conséquent, plus variés et plus spécifiques (disposition d'une loi, condamnation ou acquittement, arrêt des automobiles). Tous deux sont reliés par une relation de causalité. Si l'on applique ce raisonnement au phénomène de la normalisation privée, il semblerait de prime abord que les normes privées relèvent à la fois, par leur forme, des phénomènes juridiques primaires (codes de conduite, prescriptions, documents normatifs plus ou moins formalisés, voir par exemple les normes de l'ISO) et, par leur contenu, des phénomènes juridiques secondaires (prescriptions en matière de sécurité sanitaire, protection de l'environnement, normes sociales, etc. Cependant, CARBONNIER précise que les phénomènes juridiques primaires sont « des phénomènes d'autorité, de pouvoir ».

Or les normes privées, issues bien souvent d'une autorégulation des acteurs ou alors volontairement adoptées, peuvent-elles être considérées comme des phénomènes d'autorité ? Le fait de se soumettre volontairement à une prescription, élaborée par l'acteur lui-même ou par un acteur tiers³⁰, semble aller à l'encontre de toute implication de pouvoir ou d'autorité. Il semblerait que la question de l'autorité (ou du pouvoir) soit le véritable point d'interrogation et le principal obstacle à l'entrée des normes privées dans le domaine juridique. Ainsi que nous le verrons par la suite, cet obstacle peut être surmonté si l'on considère que l'autorité ou le pouvoir en cause n'est pas nécessairement le pouvoir *étatique*. Voir J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, p. 331.

³¹ Nous faisons référence ici au pluralisme juridique en tant que théorie explicative de la coexistence de divers ordres normatifs, et donc en tant qu'outil d'analyse juridique. Il est à distinguer du pluralisme juridique entendu comme « phénomène social » qui fait l'objet d'une étude essentiellement sociologique. Pour cette dernière acception, voir par exemple G.R. WOODMAN, « The Idea of Legal Pluralism », op. cit., p. 12.

³² Ces expressions sont de J. CARBONNIER, op.cit., p. 357.. Sur le droit spontané, voir P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, 477 p.

³³ J. CARBONNIER, op.cit., p. 357.

société³⁴ peut produire des règles juridiques propres³⁵ ; pour SANTI ROMANO, il existe autant d'ordres juridiques que d'institutions³⁶. Pour le droit international, ceci implique qu'il n'est plus limité au droit interétatique ; aux multiples dimensions d'un pluralisme interétatique³⁷ s'ajoute aujourd'hui l'existence d'ordres juridiques « déterritorialisés », donc transnationaux. En effet, les récentes mutations de la société internationale et en particulier le développement d'une société *civile* internationale conduisent à s'interroger sur l'existence d'un droit propre cette société, dont les contours sont encore mal définis³⁸ (ou, plus exactement, sont partiellement définis³⁹).

Selon le raisonnement de SANTI ROMANO, la théorie pluraliste implique en réalité deux questions : celle de l'existence de systèmes juridiques autonomes d'une part, celle de l'interaction entre les différents systèmes de droit d'autre part⁴⁰. Si l'on transpose cette démarche aux normes privées, il faut s'interroger d'abord sur la possibilité de les considérer comme un système juridique, puis sur leurs relations avec les autres systèmes de normes qui les entourent. Une telle approche internormative permet d'établir d'une part leur statut en droit et d'autre part « *la connexion entre les normes issues de différents sous-systèmes du système social : normes juridiques, normes politiques, normes technologiques, normes culturelles, normes commerciales, normes scientifiques, normes religieuses, normes*

³⁴ La « société des marchands » qui a donné naissance à la *lex mercatoria* dont l'existence est aujourd'hui largement admise, en est sans doute l'exemple le plus important (voir *infra*).

³⁵ A noter toutefois que certaines définitions du pluralisme visent uniquement l'existence de plusieurs corps de règles (et donc de plusieurs normes applicables à une même situation) au sein d'un ordre juridique étatique. Voir la distinction établie par G.R. WOODMAN entre ce cas de figure qu'il nomme 'state law pluralism' et l'hypothèse de la coexistence entre le droit étatique et d'autres ordres normatifs qu'il nomme 'deep legal pluralism'. « The Idea of Legal Pluralism », *op. cit.*, p. 5.

³⁶ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2002, p. 19 : « (...) le concept nécessaire et suffisant à nos yeux pour rendre en termes exacts celui de droit en tant qu'ordre juridique pris dans son ensemble et dont l'unité est le concept d'institution. Tout ordre juridique est une institution et, inversement, toute institution est un ordre juridique : il y a, entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue ». L'institution est définie comme « tout être ou corps social » (p. 25). L'auteur insiste sur le fait que l'institution n'est pas « source de droit » : « nous ne sommes pas de ceux qui croient que l'institution soit source de droit et qu'ainsi ce dernier soit un effet, un produit de la première, mais nous tenons qu'entre le concept d'institution et celui d'ordre juridique, envisagé dans son ensemble comme unité, il existe une identité parfaite » (p. 23).

³⁷ Voir F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *op. cit.*, p. 18 qui distingue « trois variétés de pluralisme » au sein de l'ordre « des relations interétatiques » : « la multiplicité des ordres étatiques et leur reconnaissance réciproque, l'hétéronomie de ces derniers et de l'ordre juridique international, l'institution d'ordres juridiques interétatiques particuliers à vocation restreinte, qu'on peut appeler supranationaux ».

³⁸ Sur la société civile internationale, voir *infra* C.

³⁹ Pour le secteur marchand par exemple (*lex mercatoria*) ou celui du sport (*lex sportiva*). Voir aussi F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 18-19 : « A l'exemple, traditionnel, du droit canonique, et d'autres systèmes d'inspiration religieuse qui transcendent les frontières étatiques s'est ajoutée aujourd'hui une masse très diversifiée de forces transnationales qui construisent, indépendamment des Etats, un réseau de relations juridiques. Ces forces sont issues de milieux très variés : les pouvoirs économiques privés, le sport, la culture, les organisations non gouvernementales humanitaires ou de défense des droits de l'homme ».

⁴⁰ Voir SANTI ROMANO, qui traite d'une part le concept d'ordre juridique et d'autre part les rapports de « relevance » entre les ordres juridiques, *L'ordre juridique*, *op. cit.*

*financières...*⁴¹ », mais aussi, si l'on devait considérer les normes privées comme un système juridique à part entière, leurs relations avec les autres systèmes juridiques.

Afin d'éviter toute confusion, deux remarques s'imposent :

- Une analyse qui adopte l'hypothèse pluraliste comme base de son raisonnement se doit de distinguer entre le droit (l'objet du raisonnement) et la science juridique ou le « discours sur le droit »⁴². La théorie pluraliste, en tant qu'outil d'analyse, relève du second, alors que les normes privées, en tant que phénomène, relèvent du premier. L'étude des normes privées est donc une « étude de cas », une tentative d'établir les applications de la théorie pluraliste dans les faits⁴³.
- Par ailleurs, il est important de préciser que la question du rattachement des normes privées au droit est différente de celle de leur rattachement à la sphère étatique. Cette dernière question a son importance lorsque l'on s'interroge sur la prise en compte des normes privées par le droit international, qui a traditionnellement pour objet la réglementation des relations entre Etats, et par conséquent les règles édictées par les Etats, et non par les acteurs privés. En d'autres termes, l'« objet juridique » réglementé par ce droit devra, d'une manière ou d'une autre, avoir un lien avec l'action étatique sans quoi sa prise en compte serait dépourvue de fondement. C'est précisément à cette étape du raisonnement que la réglementation des effets des normes privées par le droit international des échanges semble problématique : les normes privées n'échappent-elles pas, *par leur nature*⁴⁴, à toute tentative de réglementation juridique internationale ?

C. Thèse

Si la présente étude se donne pour but de clarifier le statut et le régime des normes privées en droit international, elle ne vise pas à donner du premier une définition rigide et du second une description aussi détaillée que péremptoire. En effet, le phénomène des normes privées est encore trop embryonnaire pour pouvoir donner

⁴¹ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au 21^{ème} siècle : quelques propos iconoclastes », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. MEHDI, *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruylant, 2005, p. 20 (cité par E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO « Introduction : Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, 2006, 329 p., pp. 13-42, p. 16).

⁴² Sur cette distinction voir F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *op. cit.*, p. 3. Egalement M. MIAILLE, qui distingue le « droit-système de règles » du « droit-science », « Définir le droit », *Droits*, 1990, vol. 11, pp. 41-46.

⁴³ J. MORET-BAILLY, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 195-206

⁴⁴ La nature étatique ou privée des normes ne doit pas être confondue avec leur caractère volontaire, car si les normes privées sont nécessairement volontaires *de jure*, les Etats aussi peuvent émettre des normes qui non obligatoires (*soft law*).

lieu à des certitudes et à des affirmations – celles-ci seraient bien vite démenties par la complexité d'un réel en constante mutation.

Le but de cette étude est donc de lever une ambiguïté tout en soulignant les mérites de d'une certaine ambivalence.

En premier lieu, nous démontrerons que si les normes privées présentent une certaine ressemblance avec les règles juridiques, elles ne peuvent toutefois pas être assimilées à des règles de droit internationales (interétatiques) car *« entre les deux séries de règles il n'existe qu'une analogie apparente, celle qui résulte de leur contenu, tandis que leurs destinataires, leur force coercitive et le milieu juridique auquel elles s'articulent sont radicalement distincts⁴⁵ »*. Les normes privées sont bien des règles juridiques ; cependant, elles ne s'insèrent pas dans l'ordre juridique international mais font partie d'un système⁴⁶ juridique distinct, transnational. Notons cependant qu'il faut distinguer, sur la question de la nature juridique des normes privées, le point de vue du droit international de celui de la théorie juridique⁴⁷ « pure ». En effet, *« il n'appartient sans doute pas à la science juridique du droit de trancher du caractère juridique de tel ou tel système, mais seulement d'aider à mieux connaître et à mieux comprendre la diversité et la pluralité de tous les systèmes. C'est à ceux-ci, expression du droit vivant, qu'il appartient d'élaborer leurs propres règles de reconnaissance des autres systèmes⁴⁸ »*. C'est cette reconnaissance ou « relevance » des normes privées au regard du droit international que nous nous efforcerons plus spécifiquement d'étudier.

⁴⁵ F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *op. cit.*, p. 40.

⁴⁶ Système et non pas ordre juridique, car ce dernier suppose l'existence de deux éléments qui ne sont pas toujours donnés dans le cas des normes privées : *« l'existence d'une société dont les membres disposent d'un critère de reconnaissance mutuelle et l'adoption par cette société de règles de conduite dont la transgression a des effets sur la vie interne du groupe »*. F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 49. La nature spécifique des normes privées fait qu'elles sont issues non d'une communauté spécifique mais d'acteurs que rassemblent des intérêts ponctuels ; par ailleurs, en raison de la nature volontaire des normes privées, leur transgression ne peut avoir les effets classiquement attribués à la règle de droit (exclusion du groupe ou exécution forcée) qu'une fois la norme adoptée par son destinataire.

Il en va sans doute différemment si l'on adopte la conception de SANTI ROMANO, dans laquelle l'ordre juridique équivaut à l'institution, celle-ci étant définie comme « tout être ou corps social » (voir *supra*, note 28), ce qui *« ne signifie pas que chaque institution ait pour substrat des hommes entre lesquels il existe un lien. Ce dernier n'est nécessairement présent que dans une forme particulière d'institutions (...). Mais il est des institutions dont le substrat est différent. Elles consistent en un ensemble de moyens, matériels ou immatériels, personnels ou réels, patrimoniaux ou non, destinés en permanence à une fin déterminée au bénéfice non de personnes membres des institutions elles-mêmes, mais de destinataires extérieurs. Ces institutions comme toutes les autres, profitent à des hommes, sont administrées et dirigées par des hommes, mais ne sont pas pour autant composées d'hommes »*. L'ordre juridique, *op. cit.*, p. 26-27).

⁴⁷ Alors que, dans le cadre d'une théorie pluraliste du droit, rien ne permet de refuser la juridicité des normes privées, rien ne permet non plus de l'affirmer dans l'absolu ; il faut nécessairement se placer dans la perspective d'un droit particulier, tel qu'un droit étatique ou, comme ici, le droit international.

⁴⁸ F. RIGAUX, *op. cit.*, p 50-51.

En second lieu, nous montrerons que les interactions entre les normes privées et l'ordre juridique international sont multiples et complexes, et doivent être étudiées en termes d'influence réciproque plutôt que de concurrence ou de complémentarité. Il ne s'agit donc pas de démontrer que les normes privées sont « en concurrence » avec les ordres juridiques étatiques et interétatiques, ni d'insister sur une nécessaire complémentarité entre ces divers ensembles normatifs, mais de souligner l'ambivalence de leurs rapports. L'hypothèse pluraliste adoptée ne doit pas se cantonner à un « pluralisme de séparation » - qui se bornerait à constater la multiplicité des règles juridiques sans en examiner les rapports, ni tomber dans le piège d'un « pluralisme de fusion », mais tendre vers la démonstration qu'un « pluralisme ordonné⁴⁹ », c'est-à-dire d'un pluralisme « *qui réussirait à ordonner la complexité sans la supprimer*⁵⁰ ». Elle doit mener au constat d'une ambivalence, et non à un quelconque jugement de valeur. Or, ainsi que le constate M. DELMAS-MARTY, le constat de l'ambivalence semble mettre le juriste mal à l'aise :

*« Mais ces certitudes⁵¹ font partie de la culture juridique et il est bien difficile de considérer les transformations des diverses composantes du droit dans leur ambivalence, à la fois positive et négative. Difficile d'admettre que **l'indétermination des processus d'intégration**, qui risque d'affaiblir l'ordre juridique en réduisant la prévisibilité et en favorisant l'arbitraire, peut aussi contribuer à préserver la diversité. Difficile encore de reconnaître que la **fragmentation de l'espace normatif**, qui a pour effet de dissocier l'espace juridique du territoire étatique, permet sans doute aussi de contourner les obstacles (...). Difficile enfin de considérer que la **variabilité des vitesses d'évolution**, qui déstabilise le temps normatif et conduit à des effets pervers lorsque les écarts sont trop forts (par exemple entre le droit mondial du commerce et celui des droits de l'homme), peut aussi jouer le rôle de correcteur d'erreurs⁵² ».*

C'est cette ambivalence des normes privées que nous nous efforcerons de mettre en évidence ainsi que le fait que, envisagées sous l'angle du pluralisme juridique, elles permettent de :

⁴⁹ Les trois expressions sont de M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, le Seuil, Paris, 2006, 282 p. p. 17 s. et 26 s.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁵¹ Il s'agit des « certitudes encimentées dans leurs intolérances » auquel se heurte celui qui essaye d'ordonner le chaos. L'expression et de E. GLISSANT, *La Cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005, p. 25-26, cité par M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 30.

⁵² M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 30-31. Nous soulignons.

- *Préserver la diversité* des intérêts (publics et privés), mais aussi des espaces normatifs sur le plan international ;
- *Contourner les obstacles* posés par la rigidité du système interétatique sans pour autant remettre en question les règles du droit international classique ;
- *Jouer le rôle de correcteur d'erreurs* là où le droit international n'est pas (ou est trop peu) présent et ne permet pas de prendre en compte les intérêts des éléments les plus faibles du système, tels que les PED.

Sur le plan juridique, cette démarche permettra de démontrer que les normes privées ont une valeur juridique propre tout en demeurant simple objet de réglementation par le droit international des échanges. Sur le plan théorique, l'hypothèse du pluralisme nous conduira à toujours « *privilégie(r) les mouvements, les processus en cours, plutôt que les modèles qui en résultent*⁵³ ».

§ 3. Cadrage du sujet

La délimitation du sujet de l'étude – les normes privées relatives à la qualité des produits – se doit de commencer par quelques précisions terminologiques. Nous l'envisagerons ensuite par rapport au traitement de sujets similaires, d'abord sur un plan historique, puis dans le contexte actuel (des recherches doctrinales).

A. Terminologie

1. Norme

La norme sera envisagée dans sa double dimension évoquée plus haut : à la fois contenant *ou instrument normatif* (outil) et contenu ou *prescription normative* (étalon de mesure) ; mais aussi, selon les mots de C. THIBIERGE, « modèle pour agir » et « modèle pour juger »⁵⁴. Nous étudierons donc aussi bien les implications de la forme des normes privées (code de conduite, norme d'ONG, etc.) que celles de leurs contenus très diversifiés (normes de protection de l'environnement, de la santé, normes sociales, etc.) sur la détermination de leur nature, mais aussi sur la définition d'un régime international.

Par ailleurs, il est utile de distinguer la notion de norme de celle de règle (y compris règle juridique) et de celle de standard.

⁵³ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁴ C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 51, 2008, pp. 341-371.

Norme et règle. Notons que les termes « norme » et « règle » sont souvent considérés comme synonymes⁵⁵, car procédant d'une étymologie commune⁵⁶ ; ils désignent alors l'énoncé d'une ligne de conduite à suivre (un modèle⁵⁷ de conduite), la désignation d'un comportement. Cependant, alors que ces deux termes partagent une même *nature*, il existe semblerait-il entre elles une différence de *degré* qui interdit de les considérer comme des synonymes absolus. En particulier, il convient de distinguer les expressions « normes juridiques » et « règles de droit », la première recouvrant une réalité plus étendue que la seconde. Alors que la règle de droit est générale, obligatoire et, en principe, sanctionnée, elle n'est qu'une norme juridique parmi d'autres – celles-ci pouvant varier dans leur portée (normes individuelles) et leur force (normes souples ou *soft law*)⁵⁸. En ce sens, lorsque nous nous interrogerons sur une éventuelle juridicité des normes privées⁵⁹, nous nous intéresserons à leur qualification en tant que norme juridique – et non en tant que règle de droit.

Norme et standard. Le terme *standards* est souvent utilisé en conjonction avec ou à la place de celui de *normes privées*. Ce rapprochement résulte d'un recours à la terminologie anglo-saxonne, dans laquelle les normes privées sont appelées '*private standards*'. En revanche, dans la langue française, il existe une nuance entre ces deux termes qui fait qu'ils ne sont pas interchangeables. Le standard fait référence à un modèle de conduite, un étalon de mesure par rapport auquel sont évalués (ou sur lequel doivent s'aligner) les autres normes. Parmi les « standards juridiques » les plus connus figurent ainsi le bon père de famille, le raisonnable, etc.⁶⁰

⁵⁵ Même si le choix d'utiliser un terme ou l'autre n'est pas toujours anodin, car « lorsqu'on utilise le terme norme de préférence à règles, lois, etc., c'est parce qu'on a souhaité ajouter une nuance appréciative à l'impératif ». La norme, ce n'est pas seulement ce qui s'impose à nous, c'est aussi ce qui, d'une certaine façon, est apprécié, subjectivement désiré ou jugé légitime ». Voir « Normes et valeurs », in M. CANTO-SPERBER (ed.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, Paris, 1996, p. 1112.

⁵⁶ P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 7. Les expressions latines *norma* et *regula* désignent toutes deux à la fois un étalon de mesure et l'instrument servant à tracer un angle droit dans le premier cas (équerre) une ligne droite dans le second (règle). Par extension, toutes deux sont utilisées pour désigner un principe ou précepte.

⁵⁷ Les normes et règles constituent un modèle à contenu « existentiel », par opposition aux concepts, modèles psychiques à contenu « constitutionnel » ou « structurel ». Les premières concernent l'existence, « l'émergence de choses dans le flux événementiel » alors que les secondes concernent l'essence, « la structure typique ou catégorielle d'une chose ». La distinction est de P. AMSELEK, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, 1980, p. 95.

⁵⁸ Voir à ce sujet C. THIBERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 51, 2008, pp. 341-371.

⁵⁹ *Infra*, Partie, Titre 1.

⁶⁰ Voir par exemple M. STATI, *Le standard juridique*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, Paris, 1927, 398 p. Également A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 22/2, 1970, pp. 247-261. Cet auteur envisage le standard comme une « mesure moyenne de conduite sociale correcte » et une « directive donnée au juge » (p. 255). Il précise également que la notion de standard ne fait pas l'unanimité dans la doctrine

Le terme est également utilisé dans le domaine des normes techniques et de la « standardisation » dont le but est l'unification des produits et de leurs caractéristiques⁶¹. Il relève ici d'une logique commerciale d'uniformisation dans un but de facilitation des relations commerciales⁶². A la différence des standards juridiques évoqués plus haut, qui sont issus de la réglementation étatique ou de la pratique juridictionnelle, les normes techniques peuvent être élaborées par des acteurs privés et en partie recouper le domaine des normes privées. Cependant, les standards au sens de normes techniques faisant partie de la catégorie des normes privées ne seront pas étudiés en priorité, car ils se limitent aux caractéristiques « physiques » du produit et ne concernent pas la qualité des produits dans sa dimension éthique ou « comportementale ». Dans ce cas, pour reprendre la terminologie de C. THIBIERGE, le standard est une sous-catégorie de norme qui fournit uniquement un « instrument de mesure », mais ne permet pas le « tracé », c'est-à-dire la direction des conduites⁶³. Afin d'éviter toute confusion nous éviterons, dans la mesure du possible, d'avoir recours au terme *standards* pour désigner les normes privées. En effet, nous pensons que l'utilisation abusive de ce terme peut conduire à en faire une notion « fourre-tout » qui inclurait toutes les normes *sui generis* ne correspondant pas à l'une des sources classiques du droit international ; or cette imprécision dans les termes serait incompatible avec notre tentative de définir de manière plus précise la nature particulière des normes privées. Pour cela, nous préférons également le terme *normalisation* à celui de *standardisation*.

2. Norme privée

Concernant le caractère privé des normes, celui-ci découle de la nature non-étatique de leur auteur. A ce titre seront prises en compte toutes les normes élaborées par des

et que de nombreux auteurs sont ainsi sceptiques quant à sa valeur. Cependant, il le considère comme utile dans des domaines tels que les droits de l'homme, où des formules trop précises n'obtiendraient pas de consensus.

⁶¹ Sur les standards comme spécifications techniques volontaires, voir J.-C. GRAZ, « Standards and International Relations : Devolution of Power in the Global Political Economy », *European Association for the Study of Science and Technology*, Lausanne, 2006, p. 2, qui les considère comme un instrument (normatif) utilisé dans l'organisation de la production et de l'échange de biens et services.

⁶² A l'inverse, le standard juridique au sens classique permet non l'uniformisation mais « l'individualisation des solutions ». M. STATI, *op. cit.*, p. 47 : « En effet, le standard juridique est un type moyen de conduite sociale correcte, mais non pas un type unique pour tous les domaines de l'activité humaine et pour toutes les personnes agissant dans des circonstances différentes. Il y a, au contraire, pour chaque catégorie de rapports juridiques déterminée et pour chaque circonstance déterminée dans laquelle on agit, un type moyen de conduite sociale correcte, différent des autres ».

⁶³ Nous verrons que les standards ou normes techniques ont pour cela longtemps été assimilés à la catégorie du *Sein* et exclus de celle du *Sollen*. Cependant, cette qualification n'est pas entièrement exacte dans la mesure où les standards contiennent certes un étalon de mesure, mais incitent également à respecter celui-ci. Ils ont donc également pour but d'inciter à un alignement sur cet étalon ; en ce sens, ils relèvent également de la direction des conduites, au-delà du simple fait.

acteurs non-étatiques : entreprises (acteurs économiques), ONG et associations de consommateurs (acteurs « civiques ») ou encore organismes de normalisation⁶⁴. Cependant, en raison de l'interpénétration croissante entre normalisation privée et publique (et particulièrement, en raison de la participation croissante d'acteurs étatiques à l'élaboration des normes privées) seront également prises en compte, dans une certaine mesure, les normes *hybrides* issues d'une collaboration entre les pouvoirs publics et les normalisateurs privés – dans la mesure où la participation privée demeure majoritaire. En effet, cantonner l'analyse à celle des normes purement privées impliquerait de laisser de côté une évolution importante à laquelle celles-ci participent, et qui consiste dans l'essor des techniques de « co-régulation » et des « modes alternatifs de réglementation », à la fois sur le plan interne et sur le plan international. Négliger cette évolution reviendrait à extraire les normes privées de leur contexte et fausserait, à terme, l'analyse de leur nature et de leurs implications en droit international des échanges. Pour cette raison, l'un de nos postulats de départ est que les normes privées ne peuvent se concevoir « en isolement », et qu'elles doivent en permanence être étudiées et situées par rapport aux règles étatiques avec lesquelles elles interagissent.

B. Historique

Si l'on observe le concept de normes privées dans un contexte historique, on se rend compte que plusieurs concepts similaires, se recoupant partiellement avec celui des normes privées, ont déjà été abordés, quoique sous un angle différent en fonction des préoccupations du lieu et de l'époque du débat. Ainsi, sur le plan européen, la discussion sur la normalisation technique ou « standardisation » a essentiellement porté sur la nature juridique de ces normes ; sur le plan international, c'est surtout la question de l'émergence d'un « ordre marchand » qui a fait l'objet d'un questionnement doctrinal. On peut constater que, comme nous nous apprêtons à le faire pour la qualité des produits, la question de leurs rapports avec le droit en général et le droit international en particulier a toujours été soulevée. Revenons brièvement sur ces deux débats en quelque sorte « précurseurs » du nôtre, pour en tirer les enseignements permettant de mieux cerner notre propre sujet.

⁶⁴ Il s'agit d'une définition large de la sphère privée, qui inclut les ONG (à l'origine non impliquées dans le domaine commercial). Voir F. CAFAGGI, 'New Foundations', *op. cit.*, p. 21.

1. Normes privées et normalisation technique (standardisation)

Les normes techniques sont des spécifications relatives aux caractéristiques d'un produit ou d'un mode de production, classiquement présentées comme une « *technique de production méthodique permettant aux producteurs une organisation rationnelle accompagnée de l'accroissement de la production et d'une diminution des coûts de fabrication*⁶⁵ ».

Etroitement liée à la qualité des produits, cette technique normative répond à un souci de prévisibilité et, dans ce but, répond à une fonction de *simplification* (suppression des méthodes superflues pour ne garder que « les plus nécessaires et les meilleures »), *d'unification* (adoption de mesures permettant de rendre les produits interchangeables) et de *spécification* (détermination des matières premières, de la nomenclature des produits, des méthodes d'essai et de contrôle)⁶⁶.

C'est en raison de leur portée concurrentielle que la question de la juridicité des normes techniques a été posée. Traditionnellement considérées comme relevant du fait plus que du droit, et donc du *Sein* plus que du *Sollen*, elles diffèrent du droit tant sur le plan de l'autorité de leur auteur que sur celui de leur exécution⁶⁷. Par conséquent, les normes techniques étaient considérées comme « *dénuées de toute vocation directive et de toute visée de contrôle des accomplissements de la volonté humaine*⁶⁸ ». Cependant, une tendance relativement récente conduit à leur reconnaître sinon un statut, du moins une certaine valeur juridique :

« Longtemps, la norme technique n'a pu être assimilée à la norme juridique, elle appartenait tout au contraire à la catégorie des normes 'a-juridiques'. Elle tend aujourd'hui à devenir une source juridique à part entière qui déclenche des obligations tout à la fois positives et négatives pour ses destinataires et qui, du même coup, est utilisée dans le raisonnement du juge. Longtemps aussi, la norme technique avait prioritairement un rôle économique, celui d'assurer la compatibilité technique des produits entre eux et du même coup une réduction des coûts.

⁶⁵ L. BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », p. 57.

⁶⁶ J. MAILLY, *La normalisation*, Paris, Dunod, 1946, 462 p. (p. 12 et 19). D'après cet auteur, ces fonctions font de la normalisation technique un « facteur de qualité et de moralisation des transactions » (p. 99 s.).

⁶⁷ L. BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique », *op cit.*, p. 59.

⁶⁸ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 9.

Elle est désormais utile dans le domaine juridique puisqu'elle intervient au service de certaines valeurs⁶⁹ ».

Dans le débat sur les normes techniques, la distinction porte essentiellement sur les normes ou spécifications *volontaires* (qui peuvent être d'origine privée ou étatique) et les réglementations étatiques *obligatoires*. Cette distinction a également été retenue par le droit de l'OMC, qui établit une distinction entre *normes*⁷⁰ volontaires et *règlements techniques*⁷¹ obligatoires. Les normes privées sont, par nature, volontaires car leurs auteurs ne disposent pas du pouvoir d'en imposer l'application. Elles sont donc, dans cette typologie, une sous-catégorie des normes techniques volontaires.

La question de la normalisation technique s'est posée avec une acuité particulière à l'occasion de la mise en place de la « nouvelle approche » communautaire en matière d'harmonisation technique et de normalisation⁷², lancée en 1985. Destinée à augmenter l'efficacité et l'harmonisation des politiques européennes⁷³, cette approche prévoit que le législateur européen doit désormais se contenter de définir, par le biais de directives, les « exigences essentielles » telles que les niveaux de protection nécessaires, et délèguer l'élaboration des normes techniques aux organismes européens de normalisation⁷⁴. Le respect des normes produites par ces organismes n'est pas obligatoire, mais entraîne une présomption de conformité avec les exigences essentielles définies par la directive ; les entreprises restent cependant libres de prouver qu'elles respectent les exigences spécifiques par l'application d'autres spécifications techniques équivalentes⁷⁵. La nouvelle approche en matière d'harmonisation est complétée par une « approche globale » en matière de

⁶⁹ E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO, « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, 2006, 329 p., pp. 13-42, p.16.

⁷⁰ « Document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire ». Accord OTC, Annexe 1.2. Nous soulignons.

⁷¹ Document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire ». Annexe 1.1. Nous soulignons.

⁷² Voir la Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, *JOCE C 136/1* du 4.06.1985.

⁷³ La nouvelle approche a permis de faciliter la libre circulation des marchandises au niveau européen et de réduire les entraves aux échanges. Toutefois, il faut noter que l'harmonisation ne concerne pas tous les secteurs et qu'il subsiste des secteurs non harmonisés au sein desquels le principe de reconnaissance mutuelle reste applicable ; or, il existe des domaines (santé, sécurité) dans lesquelles ce principe ne fonctionne pas en raison de trop grandes divergences entre les réglementations nationales.

⁷⁴ CEN (Comité européen de normalisation), CENELEC (Comité européen de normalisation électronique) et ETSI (Institut européen de normalisation de télécommunication).

⁷⁵ Ph. LAVAL, « Normes, marques et marquage CE : libre circulation des produits en Europe ? », *Petites Affiches*, 1998, n° 18, pp. 15-19.

certification. Celle-ci permet au législateur de définir le mode de contrôle approprié au sein d'une directive⁷⁶ ; pour les normes respectant les normes harmonisées, un mode de contrôle léger, tel que l'auto-déclaration par le fabricant, est généralement retenu.

La nouvelle approche est un exemple de complémentarité entre réglementation publique et normes privées car « *la norme publique (...) appelle en complément nécessaire la normalisation privée*⁷⁷ ». Cette « mixité » pose déjà, en toile de fond, la question de l'émergence de nouveaux modes de réglementation ou « régulation » associant acteurs publics et privés.

Le droit de l'OMC, quant à lui, aborde les normes techniques sous l'angle des entraves au commerce ; il cherche par conséquent à les encadrer afin d'éviter qu'elles ne constituent un « obstacle non nécessaire » aux échanges. A cette fin, les accords OTC et SPS « *mettent en avant les principes de reconnaissance mutuelle et d'équivalence, mais prônent aussi et surtout une harmonisation des règles et normes nationales : ils engagent les Etats à fonder règlements et normes nationaux sur des règlements et normes internationalement définis, et donc à développer le corpus des règlements et normes internationaux*⁷⁸ ». Ces dispositions ne visent cependant que les normes techniques étatiques, ainsi que nous le verrons par la suite ; les normes purement privées échappent dans une large mesure à toute réglementation par l'OMC.

Remarque : Les règles de l'OMC font référence aux **normes techniques internationales**, c'est-à-dire aux normes élaborées par des organisations internationales telles que les « trois sœurs⁷⁹ » (expressément reconnues par l'Accord SPS) ou l'ISO (Organisation internationale de standardisation). Les normes internationales sont soit publiques soit mixtes (les organismes membres de l'ISO, par exemple, sont soit privés soit mixtes).

⁷⁶ Le législateur peut choisir le mode de contrôle adapté parmi huit « modules » allant de la simple déclaration de conformité à la vérification par un organisme certifié. *Ibid.*, p. 17.

⁷⁷ L. BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique », *op. cit.*, p. 65. Nous soulignons.

⁷⁸ S. MALJEAN-DUBOIS, « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques », in E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO, *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, 2006, 329 p., pp. 199-231, p. 209.

⁷⁹ Ce sont les trois organisations dont les normes sont expressément reconnues par l'Accord SPS : Commission du *Codex Alimentarius*, Office international des épizooties (OIE) et les organisations opérant dans le cadre de la Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV).

Ces normes sont également des normes « techniques » mais elles bénéficient d'une légitimité particulière en ce qu'elles sont censées refléter un consensus international. Leur reconnaissance par le droit de l'OMC renforce cette légitimité et leur confère un caractère quasi-obligatoire (en particulier la présomption de conformité des articles 3.2 SPS⁸⁰ et 2.5 OTC⁸¹) ; cette reconnaissance leur permet également de prétendre à un certain statut juridique⁸². Tout ceci a conduit certains auteurs à poser la question de leur relation (concurrence, complémentarité ou conflit) avec les normes conventionnelles, en particulier celles de l'OMC⁸³.

Les normes techniques internationales ne sont pas des normes privées au sens strict. En raison de leur légitimité internationale (issue à la fois de leur démarche consensuelle et de leur nature publique), elles ne soulèvent pas les mêmes questions théoriques que les normes privées. Cependant, elles jouent un rôle dans leur étude en tant que modèle que bien des normes privées sont amenées à suivre ou du moins à considérer dans l'élaboration de leur contenu.

L'observation et l'évaluation des normes techniques au sein du droit communautaire et du droit de l'OMC a permis de mettre en lumière trois problèmes que nous retrouverons dans l'étude des normes privées⁸⁴ :

- La difficulté de cerner la nature juridique des normes harmonisées qui semblent réfractaires à toute tentative de « cadrage juridique » ;
- La participation de nouvelles catégories d'acteurs tels que les associations de consommateurs, de protection de l'environnement, les syndicats, etc.) et la persistance d'une asymétrie de la représentation des intérêts en cause au profit des entreprises et au détriment des acteurs sociaux.

⁸⁰ « Les mesures sanitaires ou phytosanitaires 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 ». Nous soulignons.

⁸¹ « Chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, *et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes*, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international ». Nous soulignons.

⁸² « On voit bien que les travaux du *Codex alimentarius* jusqu'alors plutôt obscurs ont acquis, par leur reconnaissance dans le droit de l'OMC, une réelle importance politico-stratégique. Lieu d'émission de standards techniques à l'origine, le *Codex* est devenu un forum de discussion de principes juridiques ». S. MALJEAN-DUBOIS, « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques », in E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO, *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, 2006, 329 p., pp. 199-231, p. 199.

⁸³ S. MALJEAN-DUBOIS, *op. cit.*

⁸⁴ Sur ces trois points, voir Ph. Laval, *op. cit.*, p. 18.

- Le rôle de l'Etat et le degré d'intervention nécessaire dans la définition des mécanismes de contrôle et de surveillance : faut-il déterminer ces mécanismes à l'avance ou au contraire laisser le marché libre de s'auto-contrôler ?

La question des rapports entre normes techniques et règles de droit est sans doute celle qui a fait couler le plus d'encre, sans pour autant être résolue⁸⁵. La question de la nature des normes techniques – être ou devoir-être – se pose toujours, et partant celle de leur juridicité. Par ailleurs, plusieurs types de rapports entre les réglementations étatiques et les normes techniques ont été mis en évidence (indifférence, opposition, incitation, renvoi, etc.), plusieurs types d'« impulsion » de la normalisation technique (démarche spontanée ou au contraire « provoquée ») ainsi que plusieurs modes de réception en droit (délégation ou « juridicisation », notamment)⁸⁶.

Concernant le rapprochement entre normes techniques et normes privées, on constate que la catégorie des normes techniques ne se recoupe que partiellement avec celle des normes privées.

- Sur le plan formel, les normes privées partagent avec une partie des normes techniques leur caractère volontaire ; toutes deux ont une « fonction directive souple⁸⁷ ». Cependant, les normes techniques volontaires peuvent également être étatiques (on pense par exemple aux labels volontaires mis en place par certains Etats). Les normes privées ne recouvrent donc qu'une infime partie du domaine des normes techniques et, de manière générale, des normes volontaires⁸⁸.

⁸⁵ Par exemple : F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la Règle de droit*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et science politique, 2003, 533 p. ; E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, CERIC, La Documentation française, 2006, 329 p. ; F. GAMBELLI, *Aspects juridiques de la normalisation et de la réglementation technique européenne*, Paris Eyrolles, 1994 ; L. BOY « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, Etudes et doctrines « La normativité », 2007 et « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, 2006, 329 p., pp. 57-79 ; S. MALJEAN-DUBOIS, « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques », *op. cit.*

⁸⁶ Sur toutes ces formes de reconnaissance et technique d'intégration, voir E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in E. BROSSET, E. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, 2006, 329 p., pp. 13-42.

⁸⁷ Voir P. AMSELEK, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, 1980, p. 96 s. : la fonction directive souple s'exprime sous la forme de recommandations « lesquelles s'analysent comme des normes directives donnant la mesure des choses qu'il serait souhaitable, opportun, mais non obligatoire, de réaliser. Les intéressés, ceux dont la conduite, les faits et gestes sont dirigés, disposent ici, par hypothèse même, d'une marge d'appréciation qui est au contraire exclue dans le cas des commandements » (p. 101). Egalement F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la Règle de droit*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et science politique, 2003, 533 p.

⁸⁸ Sur la problématique des normes volontaires en droit international, voir D. SHELTON (dir.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, 560 p.

- Sur le plan matériel, les normes techniques partagent avec les normes privées l'ampleur des domaines couverts et la diversité des contenus normatifs. D'abord limité aux domaines techniques, voire scientifiques (calibrage, mesure, définition de seuils), le champ des normes techniques semble s'être étendu progressivement à des préoccupations plus « éthiques », qui tombent sous la définition de la qualité telle que nous l'entendons ici : protection de l'environnement, des droits sociaux, du consommateur, etc. En d'autres termes, il semblerait que les normes techniques aient évolué d'une fonction purement *descriptive* vers une fonction *appréciative* impliquant l'évaluation au regard de certaines valeurs. Cependant, ni normes privées ni normes techniques (du moment qu'elles sont volontaires) ne présentent d'aspect *impératif* ou *prescriptif*⁸⁹.

2. Normes privées et *lex mercatoria* (droit transnational)

Le débat sur la *lex mercatoria* témoigne lui aussi de l'importance des normes privées en droit international. Sans revenir sur les modalités et la genèse de ce débat, ce qui dépasserait les limites de notre sujet⁹⁰, rappelons que la *lex mercatoria* est l'ensemble des règles créées de manière spontanée par les milieux marchands afin de réglementer le commerce international. Issues de la pratique commerciale internationale, ces règles sont à la fois privées et adaptées aux besoins de la pratique. La *lex mercatoria* a été considérée comme un ordre juridique autonome⁹¹, même si certains précisent que cet ordre juridique est « incomplet » ou « en voie de formation »⁹² ; à ce titre il s'agirait d'un « ordre juridique 'ouvert' réclamant au besoin le recours supplétif aux droits étatiques⁹³ ».

L'autonomie de la *lex mercatoria* n'exclut pas tout lien avec les sources publiques du droit. Pour certains, elle intègre certains principes généraux issus des ordres

⁸⁹ Sur ces trois aspects de la norme, voir « Normes et valeurs » in M. CANTO-SPERBER (ed.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, Paris, 1996, p. 1112.

⁹⁰ Voir par exemple M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in P. FOUCHARD, Ph. KAHN, A. LYON-CAEN (eds.), *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Bertold Goldman*, Litec, 1982, 427 p., p. 374 ; A. PELLET, « La *lex mercatoria*, 'un tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche au CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, 728 p. 53 s. ; Ph. KAHN, « Droit international économique, droit international du développement, *lex mercatoria* : concept juridique unique ou pluralité des ordres juridiques ? » in P. FOUCHARD, Ph. KAHN, A. LYON-CAEN (eds.), *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Bertold Goldman*, Litec, 1982, 427 p., p. 102.

⁹¹ Ceci a pour conséquence que la *lex mercatoria* peut être désignée comme droit applicable par les parties à un contrat, par le biais d'une clause d'*electio juris*. J.-B. RACINE, F. SIIRIANEN, *Droit du commerce international*, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2011, 529 p., paragraphe 96

⁹² J.-B. RACINE, F. SIIRIANEN, *Droit du commerce international*, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2011, 529 p., paragraphe 96.

⁹³ *Ibid.* Voir aussi P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*

juridiques étatiques et constitue donc une « forme de droit mixte mi-privé, mi-public⁹⁴ ». D'une part considérée comme une « régulation alternative » à la réglementation étatique, il est également souligné que ces deux ordres juridiques ne s'opposent pas mais se complètent⁹⁵.

La *lex mercatoria* est une forme de *droit transnational*, droit propre aux « sociétés internationales non étatiques » ou « communautés transnationales regroupant des personnes privées »⁹⁶. Ce droit résulte de la reconnaissance de l'importance croissante des acteurs privés sur la scène internationale et a pour conséquence qu'« *il faut renoncer à confondre le système international avec le système interétatique et intégrer dans l'analyse du premier le fait transnational*⁹⁷ ».

La notion de droit transnational repose sur deux présupposés théoriques :

- Le droit ne se limite pas aux ordres juridiques étatiques – c'est l'hypothèse pluraliste décrite plus haut ;
- Il existe des sociétés internationales autres que la société internationale interétatique, composées d'acteurs « transnationaux » tels que « les opérateurs économiques, les organisations de défenses des droits de l'homme ou de l'environnement, les organisations sportives ou religieuses, les réseaux terroristes, même⁹⁸ ». Par conséquent, il existe potentiellement autant d'ordres juridiques transnationaux que de sociétés transnationales⁹⁹.

F. LATTY constate à ce sujet que :

« [...] *Des collectivités humaines organisées existent qui, malgré leur forme juridique de droit étatique, produisent des règles largement autonomes, dont la portée ne s'arrête pas nécessairement aux frontières nationales. Chacun de ces groupements s'organise et fonctionne aussi au moyen de règles, porteuses de prérogatives ou d'obligations pour leurs destinataires, dont le non respect est susceptible d'encourir une sanction*

⁹⁴ J.-B. RACINE et F. SIIRIANENEN, *op.cit.*, paragraphe 106.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 849 p., p. 5.

⁹⁷ M. MERLE, « Le concept de transnationalité » in *Humanité et droit international : mélanges René-Jean. Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 382 p., p. 231 cité par F. LATTY, *op.cit.*, p. 8.

⁹⁸ F. LATTY, *op.cit.*, p. 8.

⁹⁹ « Contrairement au 'droit international', dont il est généralement admis qu'il correspond à l'ordre juridique international, il n'existe pas un ordre juridique transnational que l'expression 'droit transnational' désignerait. Le droit transnational est plutôt un *type de droit*, à l'instar du 'droit national' qui vise de manière générique le droit de l'Etat, sans que cela ait pour sens que tous les droits étatiques s'amalgament en un seul ordre juridique ». F. LATTY, *op. cit.*, p. 18. Voir également Ch. LEBEN, *Le droit international des affaires*, 6^e édition, Que-sais-je ?, Paris, PUF, 2003, p. 51.

(au sens large du terme, c'est-à-dire que les conséquences de leur violation sont organisées). Sans abus de langage, il est permis d'affirmer que toutes ces sociétés non étatiques s'organisent et fonctionnent au moyen de règles de droit¹⁰⁰ ».

Ubi societas, ibi jus, donc, mais l'existence de règles juridiques ne signifie pas nécessairement l'existence d'un *ordre juridique*, qui suppose un certain degré d'organisation et de cohérence ainsi que l'existence d'institutions communes. Ph. JESSUP voyait ainsi dans la '*transnational law*' « un kaléidoscope de règles disparates dont le seul point commun est l'extranéité, et non un corps de règles formant un ordre juridique à part entière¹⁰¹ ».

Les normes privées régissant la qualité des produits partagent avec le droit transnational le caractère transnational de leur portée, car elles ignorent (ou transcendent) les frontières étatiques. Cependant, à la différence de la *lex mercatoria* ou d'autres ensembles normatifs hiérarchisés¹⁰², elles ne peuvent pas prétendre au statut d'ordre juridique en raison de leur caractère éclaté et hétérogène, ainsi que de l'absence de mécanismes de contrôle institutionnalisés (à l'exception peut-être des procédures de certification par un tiers). Par ailleurs, les normes privées n'ont pas été « cré[ées] par des particuliers pour régir des rapports de droit privé¹⁰³ », dans le sens où elle n'ont pas vocation à régir de manière exhaustive et obligatoire les relations entre particuliers (à l'inverse de la *lex mercatoria*, qui peut être choisie comme loi applicable à un contrat). Au contraire, les normes privées sont applicables de manière ponctuelle et volontaire. Elles n'ont pas pour but de réglementer des rapports juridiques, mais plutôt de spécifier un aspect particulier d'un produit ou d'un processus de production. Leur application ne peut être rendue obligatoire *de jure*, mais uniquement *de facto* ; elles ne font pas l'objet d'une sanction juridique (le terme sanction étant entendu au sens de conséquence organisée de la violation) mais d'une

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹⁰¹ F. LATTY, *op. cit.*, p. 10 qui précise que : « le 'droit transnational' ainsi défini embrasse l'ensemble des règles qui dépassent le cadre national, indépendamment de leur origine : outre le droit international public, il englobe les règles de droit interne à portée internationale (...), mais aussi certaines règles appartenant à des catégories mal identifiées, à l'époque du moins, qu'il s'agisse du droit international administratif, des règles applicables aux contrats d'Etat, ou celles résultant de relations juridiques directement nouées par les personnes privées entre elles ».

¹⁰² Sur l'exemple de la *lex sportiva*, voir F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 849 p.

¹⁰³ M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in P. FOUCHARD, Ph. KAHN, A. LYON-CAEN (eds.), *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, 427 p., p. 374 ; voir LATTY, *op. cit.*, p. 17.

sanction économique. Si l'on considère donc les normes privées comme du droit transnational, ce n'est pas de droit « dur » que l'on parle, mais de droit « mou » ou *soft law*.

C. Voisinage

Après l'approche historique *verticale*, examinons à présent, dans une perspective *horizontale*, les recouvrements actuels entre les normes privées et d'autres sujets d'actualité. La réflexion sur les normes privées se situe en effet à la croisée de plusieurs thèmes étudiés par la doctrine internationaliste contemporaine.

1. Normes privées et rôle des acteurs non-étatiques

La doctrine internationaliste s'interroge depuis un certain temps déjà sur le rôle et les modalités d'intervention des acteurs non-étatiques sur la scène internationale et sur l'émergence d'une « autorité privée transnationale »¹⁰⁴. On constate ainsi une présence accrue des acteurs non-étatique sur le plan normatif, c'est-à-dire dans le processus d'élaboration des règles internationales. Cependant, cette participation se limite généralement à la constatation d'un rôle d'« inspirateur », d'« observateur » ou de « partenaire »¹⁰⁵. Souvent, les normes élaborées par ces acteurs ne sont prises en compte que dans leur dimension préparatoire (de nouvelles normes internationales) ; leur principale valeur semble résider dans leur qualité « *d'aiguillon, de relais, de canalisation et d'expression de l'opinion publique*¹⁰⁶ ». La question de leur valeur juridique voire de leur juridicité semble tellement étrangère au domaine du droit international qu'elle doit bien souvent se contenter du constat quelque peu expéditif de leur appartenance au domaine de l'infra-juridique¹⁰⁷. Est uniquement

¹⁰⁴ C. CUTLER, *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003; C. CUTLER, V. HAUFLE, T. PORTER (dir.), *Private Authority and International Affairs*, Suny Press, New York, 1999; R.B. HALL, Th. J. BIERSTECKER (dir.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002; V. HAUFLE, *A Public Role for the Private Sector. Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 2001; J. LAROCHE (dir.), *Mondialisation et gouvernance mondiale*, PUF, Paris, 2003, 264 p. Aussi Ch. CHAVAGNEUX, « La montée en puissance des acteurs non étatiques » in P. JACQUET, J. PISANY-FERRY et L. TUBIANA (dir.), *Gouvernance mondiale. Rapport de synthèse*, La Documentation française/Conseil d'analyse économique, 2002 ; J.C. GRAZ, « Quand les normes font loi. Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », *Revue Etudes internationales*, vol. 35/2, juin 2004, pp. 233-260.

¹⁰⁵ Voir S. MALJEAN-DUBOIS, « Acteurs non étatiques, droit international de la bioéthique et droit international de l'environnement », p. 275 s. in R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (Dir.), *Acteurs non étatiques et droit international*, Colloque des 6, 7 et 8 avril 2006, Pédone, Paris, 2007, 396 p., pp. 273-284.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 284.

¹⁰⁷ « (...) cette *soft law* ou infra-droit foisonnant est bien souvent du pré-droit : elle forme le riche creuset du droit positif et prépare le passage toujours difficile de l'éthique au droit ». *Ibid.* Pour une critique de l'infra-juridique, voir J. VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993/2, p. 573-590, p. 574.

évoquée leur participation à l'élaboration de normes internationales¹⁰⁸, mais non leur existence en tant qu'instruments ayant une valeur juridique¹⁰⁹.

Ainsi que le résume S. MALJEAN-DUBOIS : « les acteurs non étatiques agissent *en fait*, mais sont toujours incapables *en droit*¹¹⁰ ».

Cependant, il existe un courant de pensée qui prend spécifiquement en compte la dimension normative de l'action des acteurs non-étatiques et étudie la manière dont elle s'inscrit dans le cadre de *nouveaux modes (privés) de régulation*¹¹¹.

Historiquement, c'est d'abord à travers le thème de l'autorégulation qu'a été abordée l'action normative des acteurs privés. Cette réflexion s'est d'abord développée sur le plan du droit interne, essentiellement au sein de deux courants de pensée portant respectivement sur l'émergence d'un *droit économique* issu des acteurs privés, et sur les transformations d'un *droit post-moderne*. Tous deux s'inscrivent dans une vision pluraliste du droit.

Pour les partisans du droit économique¹¹², l'autorégulation désigne la régulation par lui-même d'un système « clos et autosuffisant », n'ayant aucun besoin d'une régulation extérieure¹¹³. Des auteurs comme G. FARJAT ont spécifiquement étudié la question des codes d'entreprise et voient dans le développement de ce type d'instruments la naissance d'un droit économique défini comme « *le droit de l'organisation de l'économie qu'elle soit d'initiative publique ou privée*¹¹⁴ ». Ils notent une dimension transnationale croissante de ces normes « *qui fait que l'espace*

¹⁰⁸ Voir par exemple M. BETTATI, « La contribution des ONG à la formation et à l'application des normes internationales. Rapport introductif », in H. GHERARI et S. SZUREK (Dir.), *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, p. 7.

¹⁰⁹ Certains parlent au sujet de la participation des acteurs privés de « démocratisation » de la société civile internationale – vocable que nous contestons car il signifie pour nous l'inclusion du « peuple » dans les processus politiques (notamment les processus décisionnels) *par les règles ou le système juridique lui-même* ; or c'est précisément ce stade d'intégration que les normes élaborées par les acteurs non-étatiques ne peuvent pas, pour l'instant, revendiquer.

¹¹⁰ S. MALJEAN-DUBOIS, « Acteurs non étatiques », *op. cit.*, p. 284. Voir aussi P.-M. DUPUY, « Conclusions », in H. GHERARI et S. SZUREK (Dir.), *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, p. 17. Nous soulignons.

¹¹¹ Sur la définition de ce concept et sa délimitation par rapport à d'autres notions telles que la réglementation, A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, 454 p., pp. 47-72.

¹¹² G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, Paris, 2004, 209 p. Voir également J.-J. SUEUR, « Droit économique et méthodologie du droit », in *Philosophie du Droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges G. FARJAT, Frison-Roche, Paris, 1999, 587 p. pp. 292-308.

¹¹³ A. MEZGHANI, *op. cit.* p. 195.

¹¹⁴ B. REMICHE, « Droit économique, marché et intérêt général », *Mélanges Farjat*, pp. 253-260, p. 260. Sur les limites de ce droit, voir J.-J. SUEUR, « Droit économique et méthodologie du droit », *Mélanges Farjat*, pp. 291-308. Cet auteur souligne l'importance de l'« hypothèse pluraliste » pour la compréhension d'un « droit économique qui ignore le 'clivage' droit public/droit privé », p. 301.

structuré par le droit est de moins en moins un espace 'national étatique' et de plus en plus un espace 'international économique'¹¹⁵».

Les théoriciens du droit (et de l'Etat) post-moderne, eux, voient dans le développement de l'autorégulation le symptôme d'un profond changement dans le rôle de l'Etat, qui n'est plus la source exclusive du droit¹¹⁶. Le droit post-moderne n'est plus imposé mais négocié, ce qui permet d'en accroître l'efficacité ainsi que la légitimité démocratique (en devenant plus « souple », il rejoint l'exigence d'efficacité et le pragmatisme souvent invoquée pour justifier l'existence de la *soft law*).

Plus récemment, s'est développée dans le domaine de l'économie politique une réflexion mettant l'accent sur le niveau transnational de l'action normative des acteurs privés (*'transnational private regulation'*). Cette réflexion a pour but de replacer l'action des acteurs privés au sein des mécanismes mondiaux de gouvernance¹¹⁷. Elle insiste sur la légitimité des normes privées et la nécessaire interaction avec les réglementations étatiques (qui peut conduire, éventuellement, à la mise en place de modes hybrides de gouvernance associant acteurs publics et privés)¹¹⁸.

Sur le plan sociologique, l'émergence des acteurs non-étatiques et l'essor de leur activité normative traduit une évolution de la *société civile internationale*. Les ONG et autres acteurs issus de la société civile peuvent être considérés comme des « relais dont le rôle est appelé à grandir » ; ils sont le véhicule permettant aux préoccupations individuelles de s'exprimer sur la scène internationale. La doctrine s'est par conséquent intéressée à leur rôle dans la formation du droit international¹¹⁹.

Certains auteurs voient dans l'émergence de la société civile internationale une redistribution des pouvoirs en faveur des acteurs privés, à laquelle correspond sur le plan juridique le glissement de la *hard law* vers une *soft law* plus flexible et plus

¹¹⁵ B. REMICHE, *ibid.*

¹¹⁶ Voir J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2008, 266 p.

¹¹⁷ Sur les liens entre normes privées et la gouvernance mondiale, voir A. MARX, M. MAERTENS, J. SWINNEN, J. WOUTERS (eds.), *Private Standards and Global Governance. Economic, Legal and Political Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham UK, Leuven Global Governance Series, 328 p.

¹¹⁸ C. SCOTT, F. CAFAGGI, L. SENDEN (Ed.), *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, Oxford, 2011, 188p. (*Journal of Law and Society*, vol. 38/1). Voir également J.-C. GRAZ, A. NÖLKE, *Transnational Private Governance and its Limits*, Routledge, 2007, 304 p. ; J.-C. GRAZ, « Les hybrides de la mondialisation », *Revue française de science politique*, 2006/5, vol. 56, pp. 765-787.

¹¹⁹ S. SZUREK, « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », dans H. GHERARI et S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international?*, Paris, Pédone, 2003, pp. 49-75, p. 54.

adaptée à la prise en compte des ces nouveaux acteurs¹²⁰. Le raisonnement rejoint également la réflexion sur l'émergence d'une autorité privée (« autorité privée internationale » ou '*private international authority*', voir *supra*), et pose la question suivante :

« *Has the state delegated authority, enabled authority, or simply allowed authority to slip away, and for what purpose?*¹²¹ »

Comme nous le verrons pour les normes privées, cette question ne peut recevoir de réponse qu'au cas par cas, au regard de la situation d'une norme particulière. Notons cependant avec J.C. GRAZ qu'il existe trois espaces ou « niveaux » de transfert d'autorité : un premier niveau dominé par la sphère publique, dans lequel les Etats et organisations intergouvernementales délèguent leurs pouvoirs et reconnaissent de manière formelle l'autorité privée ainsi créée ; un niveau intermédiaire, où pouvoir public et privé se croisent et s'influencent mutuellement (utilisation de normes « publiques » par des acteurs privés ou reconnaissance de normes privées par des acteurs publics) ; enfin, un troisième niveau dominé par les normes privées et modes de régulation informels dans lequel les acteurs privés détiennent un « *pouvoir structurel réel mais limité*¹²² ». Ce sont les deux derniers espaces qui nous intéresseront pour l'étude des normes privées.

2. Responsabilité sociale des entreprises

A la différence des normes techniques étudiées précédemment, les normes de responsabilité sociale des entreprises (RSE) s'inscrivent d'emblée dans une démarche « éthique », dont le but est de restaurer la confiance des consommateurs dans les pratiques sociales des entreprises. La RSE a connu un essor spectaculaire dans la décennie 1990, lorsque de grandes entreprises telles que Nike ou Shell ont adopté des stratégies d'entreprises visant à répondre aux accusations de pratiques sociales contraires aux droits de l'homme (travail des enfants) ou dommageables à l'environnement. A cet emploi « défensif » de la RSE a succédé son utilisation offensive en tant que stratégie de marketing destinée à démarquer l'entreprise et ses

¹²⁰ J.-C. GRAZ, « Standards and International Relations: Devolution of Power in the Global Political Economy », *European Association for the Study of Science and Technology*, Lausanne, 2006, p. 3.

¹²¹ R.B. HALL, Th. J. BIERSTECKER (dir.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002, p. 8, cité par J.C. GRAZ, « Standards and International Relations », *op. cit.*, p. 3.

¹²² '*Real, though limited structural power*', J.-C. GRAZ, « Standards and International Relations Devolution of Power in the Global Political Economy », *European Association for the Study of Science and Technology*, Lausanne, 2006, *op. cit.*, p. 4.

produits de leurs concurrents aux yeux des consommateurs¹²³. La vague d'instruments de RSE qui en a résulté a conduit à une certaine dilution du concept, qui est aujourd'hui utilisé pour désigner la prise en compte de toutes sortes d'intérêts extra-commerciaux par les entreprises¹²⁴.

Les instruments de RSE sont multiples : labels sociaux, engagements publics, code ou chartes « éthiques », tous ayant un contenu et une portée différente¹²⁵. Partis d'initiatives d'autorégulation, les instruments de RSE se sont récemment diversifiés¹²⁶. Cependant, ils sont tous volontaires et relèvent d'un engagement unilatéral de la part de l'entreprise concernée¹²⁷. Ils diffèrent par là des instruments internationaux dont le but est également de moraliser le comportement des entreprises, tels que les *Principes Directeurs à l'intention des entreprises multinationales* de l'OCDE (1976, dernière révision en 2000), la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* (1977) mais aussi le *Global Compact* (Pacte Mondial) de l'ONU lancé en 2000 – instruments également non contraignants mais ne résultant pas d'une initiative des entreprises, c'est-à-dire des acteurs privés eux-mêmes. Les normes de RSE, elles, sont bien des normes privées car elles sont toutes issues d'entreprises; en raison de leur limitation à un type d'acteur (les entreprises) et à un contenu (plus ou moins bien) délimité¹²⁸, elles n'en représentent cependant qu'une fraction particulière.

Comme pour les normes techniques, la question des rapports entre normes de RSE et règles juridiques a été posée, et comme pour les normes techniques ces rapports ne

¹²³ « La RSE correspond à une nouvelle stratégie de positionnement par rapport au marché. Elle s'inscrit dans une conception préventive des externalités négatives du fonctionnement des entreprises, au-delà des situations de crises environnementales et/ou sociales. Cette stratégie cherche à mettre en confiance les parties prenantes. Les entreprises anticipent aujourd'hui dans ces problématiques nouvelles un moyen de développer un avantage concurrentiel ». J. ARNAL et S. LEMIERE « De nouveaux outils de régulation économique : impulsion des entreprises et place de l'Etat », Communication lors du colloque « Etat et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique ? », septembre 2006.

¹²⁴ « A ce jour, l'expression 'responsabilité sociale des entreprises' est à ce point utilisée pour tout et n'importe quoi qu'elle commence à perdre toute signification. Il n'existe pas encore de définition commune de la RSE, qui peut correspondre à beaucoup de choses différentes selon les interlocuteurs choisis », M. SEBASTIAN, éditorial, « La responsabilité sociale des entreprises : mythes et réalités », *Education ouvrière*, 2003/1, n° 130, cité par I. DESBARATS, « Réglementations publiques et RSE : des interactions complexes » in J. KRYNEN (éd.), *Le droit saisi par la morale*, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2005, 352 p., pp. 239-256.

¹²⁵ I. DESBARATS, « Réglementations publiques et RSE », *op. cit.*, p. 240 s.

¹²⁶ J. DILLER, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », *Revue internationale du travail*, vol. 138/2, 1999, pp. 107-139.

¹²⁷ J. ARNAL et S. LEMIERE parlent d'« outils de formalisation éthique » qui véhiculent « des valeurs, des engagements ou des principes éthiques afin de positionner l'entreprise sur les marchés », « De nouveaux outils de régulation économique : impulsion des entreprises et place de l'Etat », Communication lors du colloque « Etat et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique ? », septembre 2006.

¹²⁸ Voir *infra* Partie 1 Titre 2.

sont aujourd'hui pas clairement définis¹²⁹ (voire définissables). Les normes de RSE sont généralement classées dans la catégorie de la *soft law* qui permet de prendre en compte leur caractère volontaire et leur diversité matérielle ; elles constituent donc une « technique de direction souple des conduites ». La *soft law*, en particulier lorsqu'elle émane des acteurs privés, est souvent considérée comme la principale forme de régulation applicable aux entreprises multinationales, qui ne disposent pas d'un statut bien défini en droit international et ne sont donc soumis à aucun régime juridique spécifique¹³⁰. Il s'agit d'une forme d'autorégulation qui pour certains entretient une relation de concurrence avec les règles juridiques ; pour d'autres, il s'agit d'une relation de complémentarité.

Les avis sont également partagés sur la question de la relation entre RSE et réglementation publique non sur le plan juridique, mais sur le plan de la gouvernance. Pour certains, la RSE intervient dans les domaines où les réglementations étatiques sont insuffisantes et constitue donc un élément indispensable de la protection de certaines valeurs; pour d'autres au contraire, elle permettrait aux entreprises de contourner ou du moins de « redéfinir à leur avantage » des notions telles que le travail des enfants¹³¹. Par ailleurs, souvent pure démarche de marketing, la RSE serait alors uniquement destinée à améliorer l'image de l'entreprise sans mettre en place d'obligations véritablement contraignantes (n'allant souvent pas plus loin que la législation nationale que l'entreprise se doit de respecter)¹³².

Remarque : La norme ISO 26000:2010 sur la responsabilité sociétale a conféré une dimension supplémentaire à la RSE, en dégageant un consensus international sur le sujet d'une part, et d'autre part en étendant le champ d'application de la norme

¹²⁹ Par exemple J.-C. JAVILLIER, « Responsabilité sociale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable », in J.-C. JAVILLIER (Dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut International d'Etudes Sociales, Genève, 2007, 134 p.

¹³⁰ I. DAUGAREILH, 'Corporate norms on CSR and International Norms', in J.-C. JAVILLIER (Dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut International d'Etudes Sociales, Genève, 2007, pp. 44-54 (p. 44). Voir aussi, du même auteur "La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes : observation sur une normativité à vocation transnationale" in M.A.MOREAU, F.CAFAGGI, F.FRANCIONI, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, PUAM, Aix-Marseille, 2007, p.275-307.

¹³¹ I. DESBARATS, « Réglementations publiques et RSE », *op. cit.*, p. 249.

¹³² Voir R. BOURQUE « Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises », *Revue de l'IRE*, n° 57, vol. 2008/2, pp. 23-53 ; Egalement, notamment sur les divers degrés d'implication des entreprises, M. CAPRON, « L'économie éthique privée : la responsabilité des entreprises à l'épreuve de l'humanisation de la mondialisation », *Economie Ethique* N°7, SHS-2003/WS/42, UNESCO, 2003 ainsi que E. DUFOURCQ, G. BESSE, *Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises*, Inspection générale des affaires sociales, mars 2004, 170 p., qui parle d'une « efficacité difficile à apprécier ». Voir également I. DESBARATS, « Réglementations publiques et RSE » *op. cit.*, p. 248, pour qui ces normes contentent de se placer dans « l'ombre de la loi » ('*shadow of the law*'), c'est-à-dire de reprendre à leur compte des engagements déjà prévus par les règles et lois existantes.

également à toute entité publique intéressée. La « responsabilité sociétale » pourrait donc en quelque sorte être le successeur de la responsabilité sociale des entreprises sur la scène internationale, où elle prendrait une dimension mixte et non plus exclusivement privée.

L'ensemble des problématiques abordées soulève la question des rapports entre normes publiques et normes privées (du point de vue de la « gouvernance ») et des rapports entre normes privées et règles de droit (d'un point de vue strictement juridique). Cette question sera également le point de départ de cette étude. Nous l'envisagerons sous la double perspective de la définition du statut international des normes privées d'une part, et de la détermination de leur régime en droit international d'autre part.

§ 4. Démarche

L'incertitude qui règne quant au statut (juridique, international) des normes privées ainsi que l'absence de régime (juridique, international) bien défini nous ont amené à croiser les approches empirique et théorique et parfois à déborder du champ du droit pur pour prendre en compte les enseignements de l'économie et de la sociologie¹³³ – sans pour autant perdre de vue l'objectif ultime de cette étude qu'est la clarification de la place des normes privées au sein du droit international des échanges.

A. Champ de l'étude

1. Sur le plan spatial

L'examen portera sur le droit international économique et spécifiquement sur le droit international des échanges. Ce dernier sera étudié dans son ensemble ; l'étude ne sera donc pas limitée au droit du système commercial multilatéral tel qu'il est décrit par les règles émanant de l'Organisation mondiale du commerce, mais prendra également en compte sa dimension régionale et, dans une moindre mesure, bilatérale. Cependant, la prise en compte de ces divers espaces normatifs se fera à titre comparatif, afin de dégager les avantages ou inconvénients du recours à l'un de ces niveaux de réglementation en particulier. Les ordres juridiques régionaux, et en

¹³³ Avant d'être un phénomène juridique, les normes privées sont un fait économique et un fait social. Nous nous devons de prendre en compte ce que la multiplication de ces normes révèle sur l'état actuel d'une société donnée car ces préoccupations seront sans doute celles du droit (national, mais aussi international) de demain.

particulier l'ordre communautaire, ne feront donc pas l'objet d'une étude approfondie mais sera pris en compte dans une optique comparative.

Concernant les normes privées, seront prises en compte aussi bien les normes « nationales » (c'est-à-dire s'appliquant uniquement sur le territoire d'un Etat) – sachant qu'elles ont toujours vocation à devenir transnationales si leur respect est demandé à des fournisseurs étrangers – que les normes dont la portée est transnationale *ab initio* (ces dernières peuvent soit provenir d'une structure internationale regroupant plusieurs organismes privés, soit être élaborées par un organisme local mais avoir vocation à dépasser les frontières étatiques dans leur application – par exemple les normes d'entreprises destinées aux fournisseurs étrangers).

2. Sur le plan matériel

Seules seront étudiées les normes relatives au commerce des marchandises ; les normes relatives aux services seront laissées de côté. Plus précisément, l'étude se concentrera sur les normes privées relatives à la qualité des produits. Celle-ci sera surtout examinée sous son aspect « éthique », c'est-à-dire dans la mesure où elle inclut des préoccupations allant au-delà de la simple performance et conformité technique des produits. Les préoccupations éthiques sont en général liées à la protection de certaines valeurs ou biens : santé du consommateur dans le cas de la sécurité sanitaire, environnement et droit sociaux pour les normes environnementales et sociales. C'est surtout concernant ces dernières que s'exprime l'éthique, sous la forme d'un choix individuel¹³⁴ qui est relatif non au bien-être de l'individu (du consommateur lui-même), mais à la protection de biens ou valeurs externes. Comme nous le verrons plus tard, l'éthique est un gage de crédibilité et de légitimité pour les normes qui s'en prévalent – ce qui n'empêche aucunement l'existence de préoccupations commerciales sous-jacentes.

Les normes ou prescriptions purement « techniques » fixées par les Etats, ou les normes privées fixant les caractéristiques de produits particuliers (jouets, matériel

¹³⁴ Pour A. MEZGHANI, l'éthique ne peut se rapporter qu'à l'individu et non à la société : « L'adresse morale n'est pas destinée à un être social, elle se contente d'un homme seul, isolé. L'ordre éthique n'apparaît en société que si elle (sic) se rapporte à des choix individuels ». *Op. cit.*, p. 202.

médical, cosmétiques, etc.) ou applicables dans les domaines électrique/électronique ne seront pas étudiées.

3. *Sur le plan formel*

Nous étudierons uniquement les normes écrites, et non les usages d'entreprise. Egalement, ne seront prises en compte que les normes produisant des effets commerciaux suffisamment importants pour justifier leur examen au regard du droit international.

B. Méthode

Etant donné les incertitudes qui entourent à la fois le statut et le régime des normes privées, il était inévitable de se livrer en premier lieu à une investigation empirique concernant leur élaboration et leur application. Dans un souci de clarification, une classification extensive (mais non exhaustive, en raison de leur nombre et de leur diversité) des normes privées en fonction de leur s'est avérée nécessaire (voir *infra* chapitre introductif).

Pour répondre à la question « *quelle est la place qu'occupent les normes privées dans la société internationale ?* » les perspectives sociologique et anthropologique (décrites *supra*) se sont révélées particulièrement utiles. La relative rareté des études doctrinales consacrées expressément aux normes privées nous a ainsi conduits à nous intéresser à tous les champs de recherches parallèles, tels que les sciences économiques, l'économie politique internationale ou la sociologie.

Une attention particulière a été accordée aux travaux des organisations internationales qui ont expressément abordé la question des normes privées telles que l'OMC et la CNUCED, en raison de leur proximité avec le débat politique sur les normes internationales et de leur rôle d'impulsion dans la réflexion sur les normes privées.

Sur un plan prospectif, cette analyse nous permettra d'émettre des hypothèses sur la démarche à adopter pour une réglementation efficace des effets des normes privées, au regard des impératifs commerciaux mais aussi des préoccupations développementales des PED.

C. Structure

Il semblerait que l'imprécision du statut des normes privées dans l'ordre international soit en grande partie responsable de l'inefficacité (voire de l'inexistence) de son

régime au sein du système commercial multilatéral. Il est donc nécessaire de clarifier les rapports entre ces deux corps de règles.

La question des rapports entre normes privées et normes publiques doit être examinée sous deux angles différents :

- Celui des rapports entre normes privées et Droit (perspective juridique) ;
- Celui des rapports entre normes privées et politiques réglementaires publiques (politiques législatives (perspective réglementaire/de gouvernance))

Les deux perspectives sont indissociables et seront toutes deux abordées à la fois dans l'étude du statut (en droit international général) et de la réglementation des normes privées (par le droit international des échanges en particulier).

Partie 1: Statut international des normes privées.

Partie 2 : Régime international des normes privées.

Chapitre introductif. Typologie des normes privées

Les normes privées, prises collectivement en tant que phénomène (au sens d' « objet d'expérience¹³⁵ », issu d'une observation des faits) présentent une diversité telle – on pourrait dire un tel foisonnement – que l'on peut s'interroger sur la cohérence et le caractère approprié de l'appellation « normes privées », qui sous-entend l'existence d'une catégorie normative bien définie.

Qu'entend-on exactement par l'expression « normes privées » ? Quelles réalités recouvre-t-elle ? Désigne-t-elle un ensemble uni, cohérent ou s'agit-il au contraire de l'une de ces notions « fourre-tout » dont les contours sont loin d'être clairement délimités ? L'observation de la pratique oblige à constater que c'est le deuxième cas de figure qui est le plus proche de la réalité :

*“Collectively, private standards are remarkably varied with respect to who they are developed by, who adopts them, the issues they address, etc. However, reflecting this diversity, **there has been a lack of clarity about which standards count as ‘private’, the functions they perform and the potential impacts that they have.** There is often also a failure to appreciate the distinctions and inter-relationships between public regulation and private standards. This lack of clarity, we would suggest, has served to ‘cloud’ debates about the impacts of private standards and the trajectory we might expect in their future evolution, and has tended to throw all private standards into the same (often negative) basket¹³⁶”.*

Il est vrai que l'expression « normes privées » est souvent assortie d'une connotation négative, car elle est surtout utilisée dans le contexte de l'examen de ses effets commerciaux (négatifs) ; rappelons qu'à l'OMC le débat a été lancé par les pays en développement critiquant l'impact négatif de ces normes sur leurs producteurs nationaux. Assez paradoxalement donc, on se réfère généralement aux normes privées

¹³⁵ Voir le Petit Robert de la langue française, édition 2009.

¹³⁶ S. HENSON, J. HUMPHREY, Understanding the Complexities of Private Standards in Agri-Food Chains, *The Journal of Development Studies*, Vol. 46/9, 2010, pp. 1628-1646, Egalement disponible sur <http://www.ids.ac.uk/files/dmfile/HensonHumphreyLeuvenOct08.pdf> p. 1. Nous soulignons.

comme si elles constituaient un ensemble, alors que cette référence s'accompagne le plus souvent d'une critique de leur diversité et de leur multiplicité.

Nous pensons qu'il serait faux de les considérer comme un tout homogène, alors que la réalité ne permet que de conclure à leur diversité. En effet, les normes privées ne poursuivent pas toutes le même but, ne possèdent pas toutes la même force normative, et par conséquent ne produisent pas toutes des effets de la même intensité. En un sens, cette diversité est « normale » car les normes privées répondent avant tout à un impératif d'effectivité ; elles ne peuvent par conséquent être élaborées qu'au regard d'une situation particulière (entreprise, secteur d'activité, promotion d'une valeur particulière, etc.). Nous tenterons cependant de démontrer qu'il existe suffisamment d'éléments permettant d'envisager les normes privées dans leur dimension collective sans que cette désignation ne soit incohérente. L'objectif ne sera pas de « définir » les normes privées, car une définition unique nous semble en l'état actuel de la réflexion impossible à établir, mais de mettre en valeur les facteurs d'unité.

Le très grand nombre des normes privées existantes rend quasi-impossible leur recensement exhaustif. C'est donc à un essai de classification des normes que nous allons nous livrer, entendu comme l'étude des différentes catégories de normes et des caractéristiques qui leurs sont inhérentes. Plus exactement, il ne s'agira pas d'établir une typologie unique (à partir de critères dont le choix serait nécessairement arbitraire), mais plutôt de recenser les classifications existantes afin d'établir une « typologie des typologies ». Ceci nous permettra de cerner la consistance des normes privées dans l'ordre juridique international à travers la vision qu'en ont les acteurs impliqués et la doctrine internationale. Conformément à l'objet de notre étude, seront uniquement prises en compte les normes relatives à la qualité des produits, celle-ci étant entendue au sens large (voir *supra*).

C'est surtout aux organisations internationales telles que la FAO, la CNUCED ou encore l'OCDE que l'on doit un effort de recensement et de classification des normes existantes¹³⁷. Devant la multitude des classifications possibles¹³⁸, il est important

¹³⁷Les études (empiriques) sur les normes privées portent surtout sur le domaine agro-alimentaire, mais également. Voir notamment G. SMITH, "Interactions of Public and Private Standards in the Food Chain", *OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Paper* N° 15, OECD Publishing, 2009, 41 p.; S. HENSON, J. HUMPHREY, « Les impacts des normes

d'insister sur le fait qu'elles ne sont pas nécessairement exhaustives, et se recoupent par endroits. Les études des organisations internationales et de la doctrine que nous avons prises en compte permettent de retenir trois critères autour desquels s'articule la classification des normes privées : leur auteur (section 1), leur forme (section 2) et leur contenu (section 3). Précisons d'emblée qu'un autre critère, pourtant très important en pratique du point de vue des '*standard-takers*', ou utilisateurs des normes, ne sera pas pris en compte dans la classification : il s'agit de la nature payante ou gratuite de l'utilisation des normes privées, qui se révèle être en pratique un obstacle potentiel à leur utilisation par les petites entreprises ou les entreprises issues des PED. Certains auteurs de normes, notamment les consortiums ou groupement d'entreprises, ne donnent en effet accès à leurs normes que si celles-ci sont « achetées » par les fournisseurs, alors que les normes d'ONG sont en général mises gratuitement à la disposition des utilisateurs. Cette distinction, qui prend toute sa pertinence en termes d'impact sur le développement, n'affecte cependant pas directement la nature de la norme.

Section 1. Auteur

Il existe plusieurs manières de classer les normes privées en fonction de leur auteur. L'une des plus courantes consiste à distinguer les normes élaborées par une entité isolée de celles élaborées conjointement par un groupe d'acteurs. L'OMC¹³⁹ distingue

privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et sur les processus publics de normalisation », Document de la FAO/OMS, ALINORM 09/32/9D-Partie II, mai 2009, 56 p. Pour le domaine du vêtement, cuir et mobilier, voir UNIDO, « Normes privées : mieux les connaître pour mieux les appliquer. Guide sur les normes privées dans les secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier », Vienne, 2010, 73 p.

¹³⁸ Parmi les classifications que nous ne retiendrons pas :

- La classification qui distingue entre les normes « verticales » qui couvrent toutes les étapes de la vie d'un produit, de la production à la distribution et les normes « horizontales » relatives à l'une de ces étapes uniquement (production, transformation, transport, stockage/conservation, etc.). Voir par exemple M. WILL, D. GUENTHER, *Food Quality and Safety Standards, A Practitioner's Reference Book*, 2^e édition 2007, p. 108. Disponible sous <http://www2.gtz.de/dokumente/bib/07-0800.pdf>
- Un autre critère de classification distingue entre les normes relatives aux conditions de production avant ou après la sortie de l'exploitation ('*pre-* ou '*post-farm gate*'). Voir G/SPS/GEN 746, « Les normes privées et l'accord SPS », Note du Secrétariat, 2007, p. 3.
- Enfin, il est possible de classer les normes privées en fonction de leur contenu est de les classer par domaine. Dans le domaine agro-alimentaire, on distingue ainsi par exemple les normes relatives à la classification des produits, à leur origine et leur traçabilité, à la sécurité sanitaire, aux bonnes pratiques en matière d'agriculture ('*Good Agricultural Practices*' – GAP), à l'environnement, à la production biologique, et en enfin à l'emploi et aux considérations sociales. Ainsi que le note une étude de la FAO pour le domaine des fruits et légumes, il n'existe pas de normes privées en matière sanitaire et phytosanitaire – ce domaine semble demeurer de la compétence exclusive des autorités étatiques. FAO, "Private Standards in the United States and European Markets for Fruits and Vegetables. Implications for Developing Countries", 2007.

¹³⁹ Voir la Note du Secrétariat sur les normes privées, G/SPS/GEN/746, 2007, p. 2. Pour le tableau représentant la classification de l'OMC ainsi que les classifications subséquentement établies sur la base de celle de l'OMC, voir l'Annexe 1.

ainsi entre les normes ou systèmes de normes propres à une entreprise¹⁴⁰, les normes collectives nationales¹⁴¹ et les normes collectives internationales¹⁴². Bien que cette distinction mette en évidence différents niveaux de normalisation, elle ne permet pas de prendre en compte tous les auteurs possibles ; ainsi, elle n'accorde pas de place aux normes élaborées par les ONG alors que celles-ci occupent une place croissante en pratique.

Nous allons par conséquent effectuer une première distinction sur la base de la « forme sociale » de l'auteur de la norme : entreprise, ONG ou encore groupement des deux (1). Un autre critère de distinction pertinent est celui de la nature nationale ou internationale de l'auteur de la norme ; nous verrons qu'elle ne coïncide pas nécessairement avec la portée nationale ou internationale de la norme (2). Enfin, la norme peut être élaborée par un acteur « purement privé » ou au contraire par un ensemble d'acteurs privés et publics (normes hybrides). La multiplication des normes hybrides, que ce soit dans le cadre de partenariats public-privé ou par simple regroupement d'intérêts, mérite que l'on s'y intéresse car ce phénomène ne peut être séparé de celui des normes privées (3). Précisons que ces distinctions ne sont pas mutuellement exclusives. Ainsi, une norme d'entreprise ou d'ONG peut être nationale ou internationale, de même qu'une norme hybride ; une norme mixte peut être, mais n'est pas nécessairement, hybride.

§ 1. Normes d'entreprise / normes d'ONG ; normes mixtes

Les normes privées sont en grande majorité élaborées par des acteurs « économiques » (les entreprises) et des acteurs « civiques » (les organisations non gouvernementales). Cependant, de manière croissante, elles sont issues d'une action concertée à laquelle participent également d'autres acteurs privés. On assiste ainsi de plus en plus souvent au regroupement, autour d'une thématique commune, en plus des

¹⁴⁰ Voir à ce sujet S. HENSON, J. HUMPHREY, « Les impacts des normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et sur les processus publics de normalisation », Document de la FAO/OMS, ALINORM 09/32/9D-Partie II, mai 2009, p. 6.

¹⁴¹ Selon le Rapport du Codex et de la FAO précité, « ces normes sont *établies* par des organisations collectives qui opèrent à l'intérieur des frontières d'un pays ». Elles peuvent être issues d'associations professionnelles et représenter des intérêts commerciaux, ou être élaborées par des ONG et représenter dans ce cas les intérêts de la société civile. Elles peuvent avoir un impact purement national (c'est le cas des normes visant à documenter la provenance particulière d'un produit telles que QC Emilia Romagna en Italie ou *Farm Assured British Beef and Lamb* au Royaume-Uni) mais peuvent également développer un impact international si elle est appliquée à des fournisseurs étrangers (la norme *Global Standard for Food Security* du *British Retail Consortium* – Consortium britannique de la vente au détail). Voir à ce sujet le rapport de la FAO et du Codex, *ibid.*

¹⁴² Ces normes sont « conçues pour être adoptées et appliquées au plan international » ; elles sont élaborées par des organisations ou associations dont les membres proviennent de différents pays. C'est le cas notamment de la norme GlobalGAP, créée sous la forme d'EurepGAP par une coalition de distributeurs européens, ou des normes SQF (*Safe Quality Food*). Ces organisations peuvent regrouper, outre les entreprises, des représentants d'ONG ou des pouvoirs publics.

entreprises et ONG précitées, d'autres acteurs de la société civile tels que les universités ou les associations de consommateurs. Nous parlerons dans ce cas de normes « mixtes ».

Les normes d'entreprises et d'ONG peuvent être soit individuelles, c'est-à-dire élaborées par un auteur unique, soit collectives. Les normes collectives sont élaborées conjointement par plusieurs acteurs en raison d'une communauté de vues ou d'intérêts économiques. Nous envisagerons d'abord le point de vue individuel (A, B) avant d'examiner la dimension collective de certaines normes (C).

A. Normes d'entreprise

On appelle norme d'entreprise toute norme élaborée par une entreprise, seule ou en collaboration avec d'autres entreprises, destinée à son usage interne ou applicable à ses relations avec ses partenaires commerciaux. Il existe plusieurs formes de normes d'entreprise individuelles : les codes de conduite internes à l'entreprise, les codes de conduite applicables (ou imposés) à ses fournisseurs, ou les normes dont le but principal est d'instaurer une « communication » sur le produit avec le consommateur final. Les codes de conduite faisant l'objet de développements ultérieurs (section 1 B.), nous examinerons ici les normes applicables aux relations interentreprises ou normes « B2B » (*business-to-business*) et les normes applicables aux relations entre l'entreprise et les consommateurs ou « B2C » (*business-to-consumer*).

Parmi les normes interentreprises ou B2B on peut citer les normes EurepGAP, applicables dans les relations entre les grandes entreprises de distribution et leurs fournisseurs. Certains codes d'entreprises, comme ceux d'IKEA ou de H&M, destinés non à l'usage interne mais à la réglementation de la conduite des fournisseurs, font également partie de cette catégorie.

Les normes destinées au consommateur (B2C) ont pour objet la différenciation d'un produit par rapport aux produits concurrents dans le but d'exploiter un marché de niche répondant aux attentes précises d'une catégorie spécifique de consommateurs. L'information de ces derniers y joue donc un rôle prépondérant, résultant d'un besoin de visibilité inhérent à ces normes. Les normes donnant lieu à l'attribution d'un label¹⁴³ sont ainsi typiquement des normes B2C car leur but est d'informer le consommateur sur une caractéristique particulière du produit telle que sa provenance,

¹⁴³ Un label est un signe distinctif apposé sur un produit, souvent à l'issue d'un processus de certification, pour attester qu'il respecte une norme donnée (voir *infra*).

son caractère écologique ou encore les conditions de sa production. Des exemples de normes B2C sont la *Filière Qualité* de Carrefour, ou encore le label *Nature's Choice* de la chaîne britannique Tesco¹⁴⁴.

Remarque : Un rapport de l'UNIDO note que de plus en plus, les normes privées s'adressent également à la société en général (*'business-to-society'*), à travers la prise en compte de considérations éthiques qui concernent l'ensemble de la population et non seulement une catégorie bien ciblée de consommateurs¹⁴⁵. Bien que cette catégorie ne soit pas souvent reprise dans les démarches de typologie, cela n'enlève rien à la pertinence de l'observation sur la portée et l'ambition sociale des normes privées.

Les normes de consortium sont un cas particulier de normes d'entreprise. Suivant la définition donnée par J.-C. GRAZ, il s'agit de « *spécifications mises à la disposition de tous, mais développées par un nombre plus ou moins restreint d'industries décidées à donner une réponse collective à un problème donné, en particulier en matière d'innovation dans les technologies de pointe*¹⁴⁶ ». Ainsi que le précise cet auteur, leur champ d'application est vaste :

*« Elles portent principalement sur la compatibilité des différents composants nécessaires au développement d'un nouveau produit (CD-ROM, DVD) ou sur les modes d'interopérabilité dans le domaine des télécommunications et des technologies de l'information (protocole TCP/IP qui permet la mise en réseau des ordinateurs à l'échelle planétaire). Mais elles peuvent aussi porter sur des enjeux sociaux, tels que la responsabilité sociale des entreprises*¹⁴⁷ ».

En dépit de leur structure oligopolistique, les normes de consortium peuvent être établies sur une impulsion étatique. Plus techniques que les autres normes d'entreprises, elles peuvent contenir des séquences protégées par des droits de propriété intellectuelle même si « *pour assurer une diffusion maximale de la technologie qu'elles dominent, les entreprises détentrices de ces droits ne les font pas*

¹⁴⁴ OMC, Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/746, 2007, p. 2.

¹⁴⁵ UNIDO, "Meeting Standards, Winning Markets. Trade Standards Compliance 2010", 2010, 138 p., Tableau 1, p. 12.

¹⁴⁶ J.C. GRAZ, « Quand les normes font loi : Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », *Etudes internationales*, vol. 35/2, 2004, p. 244.

¹⁴⁷ *Ibid.*

*forcément valoir*¹⁴⁸ ». Dans sa forme extrême, cette protection de la propriété intellectuelle permet de contrôler l'ensemble d'une filière à travers un système de brevets. Si les normes de consortium sont un instrument de concurrence comme toutes les normes d'entreprise, la technique est ici différente : elle ne porte pas sur la différenciation des produits et la recherche de niches commerciales, mais sur l'application extensive d'une technologie protégée sur le plan de la propriété intellectuelle au profit de ses auteurs.

D'après J.-C. GRAZ, le succès et la multiplication des normes de consortium aurait conduit à une « privatisation » des normes internationales, les organismes internationaux de normalisation tels que l'ISO ayant cherché à imiter leur modèle fondé sur la rapidité d'élaboration et l'efficacité¹⁴⁹. Ceci est dû à la rapidité de l'innovation technologique à laquelle les normes internationales ont ainsi cherché à s'adapter. En raison de la nature technique des normes de consortium, cette tendance s'exprime plus particulièrement sur le plan électrotechnique et des télécommunications.

De manière générale, il apparaît que les normes élaborées par les entreprises le sont dans un cadre plus « fermé » que les normes d'ONG que nous allons à présent étudier. Obéissant à l'intérêt exclusif de l'entreprise, elles ne font souvent intervenir aucun acteur extérieur. Cependant, pour des raisons de crédibilité, l'entreprise peut avoir intérêt à faire participer des parties prenantes extérieures, ce qui permettra de présenter la norme comme indépendante¹⁵⁰.

B. Normes d'ONG

Les normes produites par les ONG poursuivent en général un but « éthique » : elles visent à promouvoir l'adoption et l'application de certaines valeurs par les entreprises et/ou leur visibilité auprès des consommateurs. Elles ont souvent pour objet des préoccupations sociales et environnementales, mais on les retrouve aussi de plus en plus souvent dans le domaine de la sécurité sanitaire. Bien qu'elles participent en ceci d'une logique légèrement différente de celle des normes d'entreprises, leur

¹⁴⁸J.C. GRAZ, *précité*, p. 245.

¹⁴⁹ Voir les « nouveaux produits » de l'ISO ; « spécifications publiquement disponibles » (PAS), « spécifications techniques » (TS) et procédure de concertation en atelier susceptible de déboucher sur un accord international (procédure accélérée, IWA ou Accord international d'atelier). Voir

http://www.iso.org/iso/fr/standards_development/processes_and_procedures/deliverables/iso_pas_deliverable.htm
http://www.iso.org/iso/fr/standards_development/processes_and_procedures/deliverables/iso_ts_deliverable.htm?=http://www.iso.org/iso/fr/standards_development/processes_and_procedures/deliverables/iso_iwa_deliverable.htm (02.04.2012)

¹⁵⁰ Voir par exemple le « comité technique consultatif » de Tesco auquel participent des producteurs, experts techniques indépendants ainsi que des membres de l'équipe technique de Tesco (cité par S. HENSON, J. HUMPHREY, document FAO, 2009, *précité*, p. 22.

application conduit souvent aux mêmes effets : différenciation des produits et segmentation des marchés.

Dans le domaine de la conservation des ressources naturelles par exemple, les initiatives FSC (*Forest Stewardship Council*) et MSC (*Marine Stewardship Council*) couvrent à la fois la production et la commercialisation des produits.

La première a pour but la gestion durable des forêts ; à cette fin, elle développe des politiques et lignes directrices tout en mettant l'accent sur la certification produits et l'accréditation des organismes certificateurs. Elle accorde également de l'importance à la surveillance de la mise en œuvre et à l'évaluation des résultats concrets de l'application des normes¹⁵¹.

La deuxième initiative, nommée *Marine Stewardship Council* (MSC) a pour but de promouvoir les pratiques de pêche durables à travers l'élaboration de normes et la mise en place d'un éco-label¹⁵². Issu à l'origine d'un partenariat entre une ONG (le WWF) et une entreprise (Unilever), le MSC est aujourd'hui une ONG indépendante à vocation internationale¹⁵³. Il a développé un référentiel sur la pêche durable fondé sur les normes internationales existantes (notamment celles de la FAO) ainsi que des exigences en matière de certification. L'écolabel MSC est une partie importante de son action. Un second référentiel, nommé « Chaîne de garantie d'origine », permet de garantir la traçabilité des produits certifiés et, de ce fait, l'effectivité de la certification¹⁵⁴.

Il est intéressant de noter que ce sont en général les normes d'ONG qui donnent lieu à la mise en place de régimes sectoriels (voir *infra*, le Titre 2 de cette partie). Ceci provient de leur portée générale, non confinée à une entreprise ou un groupe d'entreprises, à une ou plusieurs transactions. Dans certains cas, les organisations collaborent avec d'autres ONG sur certains aspects de leur action. Ainsi, le *Forest Stewardship Council* collabore avec ISEAL (*International Social and Environmental Labelling*) pour la mise en place de son système de surveillance. En tant que membre

¹⁵¹ Monitoring and evaluation program.

¹⁵² « [...] le MSC utilise son programme d'éco-étiquetage et de certification pour mettre en avant les pêcheries durables et bien gérées auprès des consommateurs. » <http://www.msc.org/a-propos-du-msc/vision>

¹⁵³ Son « Conseil des parties prenantes » (*Stakeholder Council*), organe consultatif chargé de transmettre la vision de l'ensemble des acteurs intéressés, regroupe cependant aussi bien des acteurs issus de la société civile (ONG, universités) que du monde de l'entreprise.

¹⁵⁴ <http://www.msc.org/a-propos-du-msc/referentiels/chaine-de-garantie> (06.01.2012)

de cette alliance, il a contribué à l'élaboration d'un Code sur l'évaluation de l'impact de systèmes de normes et s'est engagé à le mettre en œuvre (ceci comprend notamment l'obligation de produire des rapports annuels sur l'impact des normes). En plus de favoriser l'auto-évaluation de leur effectivité par les différents systèmes de normes, ce genre de collaborations favorise l'apparition de liens entre les différentes ONG qui peuvent donner lieu, à terme, à de véritables systèmes de mise en œuvre allant au-delà des simples systèmes de normes. Un exemple en est fourni par le projet conjoint de plusieurs membres d'ISEAL, dont le FSC, qui a pour but de démontrer l'impact positif des normes privées sur les petits producteurs dans les domaines de l'agriculture et des forêts¹⁵⁵.

De manière générale, on remarque que les régimes issus d'ONG sont souvent axés sur la mise en œuvre de la norme et mettent en place, à cette fin, des mécanismes de certification¹⁵⁶, alors que les normes d'entreprise ont plutôt recours à des mécanismes de surveillance internes. Ceci vient sans doute du fait que les ONG ont une vision plus globale des normes, du contexte de leur application, et de leur effectivité réelle.

C. Normes collectives, normes mixtes

Les normes privées peuvent ne pas être issues d'un acteur isolé mais d'un groupe d'acteurs, ONG ou entreprises, agissant en fonction d'un intérêt commun. De manière générale, il est intéressant de noter que les normes individuelles sont plus fréquentes dans le domaine de l'entreprise que dans celui des ONG.

Il existe des regroupements « purs » d'entreprises (tels que GlobalGAP ou BRC) ou d'ONG (tels qu'ISEAL), mais il est important de noter que la majorité des regroupements d'acteurs sont de nature mixte et réunissent à la fois des ONG, des entreprises et d'autres acteurs issus de la société civile, tels que des universités ou des groupements de consommateurs. Ainsi, les normes AA1000 de AccountAbility¹⁵⁷ sont élaborées par deux comités techniques en collaboration avec un comité intérimaire (*'Interim Standards Board'*), qui comprennent tous deux des acteurs issus du monde

¹⁵⁵The ISEAL Impacts Project, <http://community.isealalliance.org/content/the-iseal-impacts-project> (06.01.2012).

¹⁵⁶F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", in C. SCOTT, in F. CAFAGGI, L. SENDEN (Eds.), *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, Wiley-Blackwell, Malden USA/Oxford UK, 2011, pp. 20-49, p. 31. L'auteur précise que la « gouvernance » des normes compte autant, pour les ONG, que leur « procédure » et « fonction ».

¹⁵⁷ Ces normes visent à assurer la qualité et la crédibilité du *'reporting'* des entreprises sur leurs performances environnementales, sociales et économiques. Elles participent d'une logique de transparence, le contenu des rapports des entreprises étant évalué par une partie tierce.

de l'entreprise, des gouvernements et de la société civile¹⁵⁸. De la même façon, la *Global Reporting Initiative* (GRI) est une ONG qui s'appuie sur un réseau d'acteurs et sur des partenariats avec certains organismes ou programmes internationaux, tels que le PNUE, l'OCDE, le Pacte Mondial ('Global Compact') ou l'ISO. Les normes y sont élaborées par un comité technique ('*Technical Advisory Committee*') sur avis du Conseil des parties prenantes ('*Stakeholder Council*'), au sein duquel sont représentés tous les intérêts en présence : entreprises, société civile, syndicats et '*mediating institutions*' (institutions « médiatrices »). Elles doivent ensuite être approuvées par le '*Board of Directors*' où tous les intérêts sont également représentés. Les normes de GRI sont des normes mixtes mais purement privées, à la différence des normes d'AccountAbility qui impliquent des acteurs publics dans leur processus d'élaboration. Lorsque des organismes gouvernementaux participent à l'élaboration des normes, nous parlerons de normes hybrides (voir *infra*).

§ 2. Normes nationales / normes internationales

Le regroupement des ONG ou des entreprises peut être national mais aussi international.

A. Normes nationales

Dans le contexte des normes privées, le terme *national* n'est pas à comprendre au sens d'*étatique* mais de *territorial*, même si ce terme doit lui aussi être nuancé. Le champ d'application territorial d'une norme privée n'est en effet jamais expressément défini par la norme elle-même. Le caractère territorial de son application découle de la sphère des relations commerciales de l'entreprise ou plus généralement de l'acteur civil qui en est l'auteur. En réalité, le terme « national » permet plutôt de distinguer les normes privées dont le champ d'application est réduit du domaine des normes d'application internationale.

La nature nationale ou internationale d'une norme ne dépend donc pas uniquement de son auteur. Une norme peut être nationale ou internationale aussi bien par sa nature (regroupement d'ONG ou d'entreprises au niveau international) que par sa portée (norme d'une seule entreprise produisant des effets internationaux, en général sur des exportateurs ou producteurs étrangers).

¹⁵⁸ Cependant, à la lecture des listes, les représentants des gouvernements semblent peu nombreux par rapports aux représentants des autres acteurs.

Il existe certaines exceptions à l'absence de rattachement territorial exprès des normes privées ; ainsi on a vu récemment se multiplier, essentiellement dans le domaine des bonnes pratiques agricoles, des initiatives soutenant la création de normes privées ou mixtes au niveau national, en vue de prendre en compte et de préserver les spécificités locales. Les normes KenyaGAP, lancées en 2007 et issues d'un partenariat public-privé¹⁵⁹, sont une adaptation aux conditions locales de la norme EurepGAP, aujourd'hui GlobalGAP : des lignes directrices pour une interprétation nationale y ont été incluses afin de prendre en compte les conditions de travail des producteurs locaux¹⁶⁰. Considérée équivalente¹⁶¹ aux normes EurepGAP, la norme KenyaGAP facilite la conformité des produits locaux aux conditions exigées par les entreprises européennes, notamment les limites de résidus, et partant les exportations kenyanes. D'autres pays, tels que le Chili, la Thaïlande et la Chine ont mis en place des normes similaires (voir Partie 2 Titre 2).

D'autres normes sont nationales par leur portée, car conçues à l'intention des producteurs nationaux. C'est le cas du « label Rouge » français ou de l'« ange bleu » allemand, toutes deux faisant référence à des conditions de production spécifiques liées à une image de « grande qualité ».

Certaines normes, à l'image de celles du *British Retail Consortium BRC*, conçues d'abord pour l'industrie nationale, acquièrent avec le temps une portée plus globale

¹⁵⁹ Soucieux de permettre l'accès des entreprises nationales aux marchés internationaux, notamment européens, et de promouvoir les bonnes pratiques sociales et environnementales, le gouvernement kenyan a activement soutenu la création de la norme KenyaGAP. Ce soutien s'est traduit notamment par la mise en place d'une '*National Task Force on Horticulture*', organisme mixte composé d'acteurs publics, d'exportateurs, d'associations de producteurs et des organisations internationales impliquées dans le financement de l'opération. Voir Ch. CAREY, "Kenya and the KenyaGAP Standard for Good Agricultural Practices", *Governmental Use of Voluntary Standards Case Study 6*, 2008, p. 16, étude menée dans le cadre d'un projet conjoint entre l'alliance ISEAL et le *Trade Standards Practitioners Network*, disponible sur le site d'ISEAL, http://www.isealliance.org/sites/default/files/E051_Kenya_KenyaGAP.pdf Cet auteur souligne le rôle positif joué par la participation de l'Etat dans l'élaboration de la norme, en ce qu'elle a facilité le regroupement des acteurs et amélioré la collaboration avec le secteur privé, notamment en raison de la structure de la '*Task Force*', fondée sur la consultation et le consensus (p. 19).

¹⁶⁰ Voir la présentation de N. GARBUTT, Chairman EurepGAP, "Food Quality Schemes in the International Context: KenyaGAP Experiences and Lessons learnt", *Conference on Food Quality Certification*, Bruxelles, 5-6 février 2007, http://ec.europa.eu/agriculture/events/qualityconference/garbutt_en.pdf

¹⁶¹ C'est-à-dire reconnue dans le cadre du processus de '*benchmarking*' de GlobalGAP. Les producteurs kenyans ont désormais le choix faire certifier leurs produits en fonction de la norme KenyaGAP (bien que cette option soit réservée aux producteurs membre de FPEAK – *Fresh Produce Exporters Association of Kenya*, l'association des producteurs de produits frais, qui a été l'un des acteurs déterminants dans l'élaboration de la norme) ou bien directement auprès de GlobalGAP. Dans les deux cas, une certification de groupe est possible, ce qui permet de réduire les frais de certification supportés par les entreprises. Trois organismes de certification sont accrédités auprès de KenyaGAP et peuvent délivrer les certificats de conformité : AfriCert, Bureau Veritas Kenya Limited et Société générale de surveillance.

Il est cependant important de noter que KenyaGAP fait partie des normes approuvées « de manière conditionnelle » ('*provisionally approved*'). Cette distinction opérée par GlobalGAP avec les normes « pleinement approuvées » ('*fully approved*') réside dans l'accréditation des organismes de certification : celle-ci n'a pas encore été établie pour les approbations conditionnelles, alors même que l'accord de reconnaissance de l'équivalence a été signé.

dans la mesure où elles sont non seulement imposées à des fournisseurs étrangers mais aussi appliquées par des distributeurs dans d'autres pays que le pays d'origine. Les '*BRC Global Standards*' comprennent aujourd'hui quatre schémas normatifs relatifs aux produits alimentaires, aux produits non-alimentaires, à l'emballage et au stockage des produits, et enfin à leur distribution. Ces normes s'accompagnent de lignes directrices ('*guidelines*') relatives aux bonnes pratiques de mise en œuvre. Créées en 1996, les normes du BRC sont sans doute une réponse des distributeurs à la politique législative consistant à faire peser sur le distributeur la responsabilité de la sécurité sanitaire des produits¹⁶². Elles ont été les premières normes reconnues équivalentes par l'évaluation comparative effectuée dans le cadre de la *Global Food Safety Initiative* (GFSI, voir *infra*). Ceci a sans doute contribué à leur reconnaissance internationale et à leur diffusion à des acteurs hors du Royaume-Uni. Elles comptent aujourd'hui plus de 17000 fournisseurs certifiés dans 90 pays¹⁶³.

B. Normes internationales

Sur le plan international il peut y avoir matière à confusion, le terme « normes internationales » désignant en général (et plus spécialement dans le langage de l'OMC) les normes issues d'organismes internationaux de normalisation, donc intergouvernementales. Les exemples-types en sont les normes des « trois sœurs » : *Codex Alimentarius*, OIE et CIPV. Les normes de l'ISO, bien qu'hybrides, font également partie des normes internationales.

Les normes purement privées à portée internationale sont en revanche plus rares, et ne sont pas explicitement nommées ainsi. Elles peuvent être internationales par l'envergure de leur auteur s'il s'agit d'une entreprise multinationale et que la norme est applicable à ses fournisseurs étrangers (IKEA, H&M). Elles peuvent également être internationales car élaborées par un groupement international d'acteurs.

Les normes EurepGAP, élaborées à l'origine par un groupement de distributeurs européens et aujourd'hui devenues GlobalGAP, sont l'un des rares exemples où une référence à la portée territoriale de la norme est explicitement incorporée dans sa dénomination. Pour les normes d'ONG, l'exemple de l'Alliance ISEAL montre la

¹⁶² Législation britannique mais aussi communautaire. Le distributeur doit prouver qu'il a fait preuve de '*due diligence*' pour assurer la qualité des produits. L'exigence d'une certification des produits qui lui sont fournis lui permet de se décharger de la responsabilité sur le fournisseur.

¹⁶³ Chiffres fournis par le site internet du BRC, <http://www.brcglobalstandards.com/GlobalStandards/Home.aspx> (consulté le 13.01.2012).

volonté d'élaborer au niveau international des normes sociales et environnementales destinées à servir des lignes directrices à l'élaboration de nouveaux standards et capables d'augmenter l'impact et l'effectivité des schémas élaborés par les ONG participantes. Dans certains cas, les normes à portée internationale ont expressément pour vocation d'harmoniser au niveau international les normes existantes. Cette harmonisation concerne en général les normes et procédures de certification d'un secteur particulier ; ainsi IFOAM¹⁶⁴, la *Fédération internationale des mouvements d'agriculture biologique*, a-t-elle pour but d'harmoniser les normes dans le domaine de l'agriculture biologique¹⁶⁵.

§ 3. Normes privées / normes hybrides

Souvent, la frontière entre normes privées et normes étatiques n'est pas clairement tracée, et l'élaboration de la norme résulte d'interactions complexes entre plusieurs catégories d'acteurs¹⁶⁶.

Ainsi, il est de plus en plus fréquent, dans le domaine de l'environnement et dans celui de la responsabilité sociale des entreprises, que les normes naissent d'un partenariat entre des acteurs privés et des représentants d'un gouvernement. L'implication étatique peut également prendre la forme, plus légère, d'une simple participation à l'élaboration des normes, telle qu'une consultation au titre de partie prenante ('*stakeholder*'). Dans les deux cas, nous parlerons de normes « hybrides » car elles intègrent à une perspective privée le point de vue étatique. Celui-ci est à distinguer de l'« intérêt public » qui peut également être présent dans les normes d'ONG (car elles intègrent de manière croissante des considérations d'intérêt général), par opposition à l'intérêt purement économique qui est en œuvre dans certaines normes d'entreprise. L'implication de l'Etat dans l'élaboration d'une norme peut viser à introduire une autre perspective sur une considération spécifique d'intérêt général, qui découlerait de la volonté de promouvoir une politique (réglementaire) particulière/spécifique.

¹⁶⁴*International Federation of Organic Agriculture Movements*. Elle regroupe à la fois des organismes gouvernementaux et des ONG.

¹⁶⁵ Voir la Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 pour une étude détaillée.

¹⁶⁶ Pour un exemple des interactions publiques/privées dans le domaine des normes alimentaires, voir l'Annexe 2.

Faut-il considérer comme des normes hybrides les normes élaborées suite à l'incitation par un Etat, ou élaborées grâce au soutien financier de celui-ci ? Dans la mesure où il s'agit ici d'établir une typologie des normes privées en fonction de leur auteur (et non de définir leur statut juridique, hypothèse dans laquelle l'implication étatique est un élément important de qualification, voir *infra* Partie 1, Titre 1), nous adopterons une position strictement formaliste et donc une conception restreinte des effets de la participation étatique. Par conséquent, nous appellerons « hybride » une norme uniquement lorsque l'Etat aura sous une forme ou une autre *directement* participé à son élaboration, c'est-à-dire aura participé au processus consultatif menant à l'adoption de la norme.

Section 2. Forme

La désignation *normes privées* regroupe en réalité plusieurs instruments normatifs. A côté de la « norme » elle-même, prescription substantielle qui peut être plus ou moins détaillée (A), il existe des instruments normatifs plus complexes qui associent à la norme au sens strict des mécanismes de contrôle et d'évaluation de la conformité (B).

Remarque : De manière générale, il apparaît que les normes « simples » sont plus fréquentes dans le domaine des entreprises (qui se concentrent sur le '*rule-making*') alors que les ONG ont plus souvent recours aux instruments complexes et méta-normes.

§ 1. Normes

La norme n'est pas ici synonyme de règle de droit au sens de proposition abstraite et générale qui aurait valeur obligatoire. Il s'agit certes d'une règle de conduite, mais celle-ci est toujours volontaire et peut présenter certaines particularités, comme celle d'avoir parfois pour but une standardisation au sens des normes techniques (A). Le terme peut également désigner non des règles de conduite, mais des « normes relatives aux normes », que nous appellerons *méta-normes*, d'apparition plus récente dans le domaine de la qualité des produits (B).

A. Normes substantielles

Au sens strict, la norme est l'ensemble des prescriptions relatives à un produit, un procédé de production ou une méthode de gestion (2). Le processus de normalisation

consiste par conséquent à définir un ensemble de caractéristiques communes à un bien ou un service¹⁶⁷. Mais la norme peut également désigner l'instrument qui contient ces prescriptions (1).

1. La norme comme contenant

Dans un premier sens, la norme est en quelque sorte le « contenant » qu'il est nécessaire de distinguer d'une part des exigences substantielles qu'elle véhicule (le contenu) et d'autre part d'ensembles normatifs plus complexes tels que les codes de conduite. Dans les faits cependant, règne une certaine imprécision terminologique. En effet, l'expression « normes privées » est souvent utilisée pour désigner indistinctement plusieurs types d'instruments normatifs complexes :

« Il est presque impossible de définir une 'norme privée' car il existe une multitude de normes, directives, codes et initiatives dotées de différents types de mécanismes de communication et de vérification qui sont collectivement considérées comme étant des normes privées. En fait, la plupart des normes privées ne sont pas des « normes » au sens strict du terme. Outre ces divers types de normes, il existe des différences en ce qui concerne les modes d'application et de gouvernance requis, leur domaine d'intérêt, le degré de rigueur et les processus de vérification¹⁶⁸ ».

On parle ainsi souvent d' « une » norme pour désigner un instrument contenant en réalité un faisceau de spécifications : norme EurepGAP, norme IFOAM, norme ISO, etc. (c'est la norme au sens large). Il serait plus correct dans ce cas de parler de *schémas*¹⁶⁹ de normes ou d'*initiatives*¹⁷⁰ privées.

La « norme » est à distinguer du « standard » qui désigne d'une part un contenu, au sens de « niveau moyen d'exigence » ou « standard de référence », et d'autre part un instrument normatif ; il est alors l'équivalent de la norme technique, sous-catégorie des normes privées. Notons que dans la terminologie anglo-saxonne le terme '*standard*' est synonyme de *norme* et que l'on retrouve parfois son usage dans ce sens dans des textes francophones.

¹⁶⁷OCDE 2011, DAF/COMP(2010)33, « Standard Setting », p. 57. Dans le cadre de cette étude, seules les normes relatives aux produits sont prises en compte.

¹⁶⁸ UNIDO, « Normes privées : mieux les connaître pour mieux les appliquer. Guide sur les normes privées dans les secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier », Vienne, 2010, p. 19 (nous soulignons).

¹⁶⁹ OMC, Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/746, 2007.

¹⁷⁰«Private standards initiatives », A. TALLONTIRE, M. OPONDO, V. NELSON, A. MARTIN, "Beyond the vertical? Using value chains and governance as a framework to analyse private standards initiatives in agri-food chains" in *Agriculture and Human Values*, vol. 28/3, 2011, pp. 427-441.

2. La norme comme contenu

Mais la norme peut désigner également un contenu ou *référentiel* ; le terme désigne alors les prescriptions ou exigences que met en place l'instrument normatif. Les différents types de normes au sens substantiel sont décrits dans un document de l'OCDE :

« Une norme est un ensemble de caractéristiques d'un bien ou d'un service donné. Le terme norme désigne une catégorie générale qui comprend (i) les normes de qualité qui définissent les caractéristiques d'un produit relatives à la sécurité, la performance ou l'efficacité ; (ii) les normes d'information qui établissent les paramètres régissant les informations à fournir concernant un produit, comme les normes d'étiquetage ; (iii) les normes d'uniformité destinées à réduire le nombre de catégories de produits, par exemple en fixant la taille minimale d'un fruit ; (iv) les normes de déontologie et de certification qui définissent des critères pour l'exercice d'une profession ; et (v) les normes d'interopérabilité qui visent à faire en sorte que deux produits ou processus associés ou plus soient compatibles et fonctionnent ensemble¹⁷¹ ».

En pratique, une norme au sens formel (contenant) peut contenir plusieurs normes au sens substantiel : elle peut définir ainsi les caractéristiques d'un produit, les modalités du label dont ce produit pourra faire l'objet et le processus de certification pouvant mener à l'octroi du label.

Remarque : les normes privées sont parfois appelés normes « *de facto* » ou *informelles* par opposition aux normes « institutionnelles » élaborées par les acteurs classiques (Etats et organismes de normalisation)¹⁷². Cette distinction ne sera pas retenue ici, car elle ne recouvre pas exactement le champ des normes privées tel que nous l'entendons, qui est plus large que la catégorie des normes '*de facto*'. En effet, celle-ci ne recouvre pas les normes hybrides, telles que celles de l'ISO, que nous avons choisi d'inclure dans le champ de l'étude.

B. Méta-normes et méta-systèmes

¹⁷¹Voir OCDE 2011, DAF/COMP(2010)33, « Standard Setting », p. 13.

¹⁷² OMC, *Rapport sur le commerce mondial* de 2005, p. 83. Les normes institutionnelles sont « celles qui sont définies par des comités et formellement adoptées » alors que les normes privées « correspondent à des modèles de marques qui occupent une place dominante sur le marché ». Voir également la publication de l'ISO, « International Standards and 'Private Standards' », 2010, p. 6 qui distingue les organisations « formelles » de normalisation des « autres » normes privées.

Le terme *méta-normes* implique l'existence d'un « second degré » de normativité qui se manifeste par la formulation de « normes relatives aux normes », c'est-à-dire de normes qui ont pour objet d'encadrer l'élaboration de normes spécifiques (normes-cadres). Par opposition aux normes substantielles « classiques », qui posent par exemple les conditions à remplir pour l'obtention d'une certification, les méta-normes ont pour objet la réglementation du processus de normalisation lui-même, et non son contenu. Le *'Standard-Setting Code'* d'ISEAL¹⁷³ ainsi que la norme *"ISEAL Code Development Procedure"*¹⁷⁴ sont des exemples de méta-normes ; la première est applicable aux normes sociales et environnementales élaborées par les membres d'ISEAL, la seconde décrit les conditions d'élaboration des codes de l'alliance ISEAL elle-même.

Le terme « méta-système » peut être employé si les normes en question ont une vocation systémique, à l'instar des systèmes de gestion. Ce dernier terme doit cependant être utilisé avec prudence, car il peut également revêtir un sens différent. G. SMITH l'emploie ainsi pour désigner certains types de normes ou de prescriptions tels que « *les procédures d'analyse des risques-points critiques pour leur maîtrise (HACCP), les bonnes pratiques de fabrication (BPF) ou les bonnes pratiques agricoles (BPA)* »¹⁷⁵. Dans la terminologie utilisée ici, ces types de normes seront plutôt qualifiés de normes au sens substantiel, car elles portent sur le processus de fabrication du produit et non sur la production des normes.

La FAO, dans une étude de 2003, appelle les méta-normes des « standards normatifs » et en donne la définition suivante :

*« Les standards normatifs sont des normes ou directives génériques (générales ou non spécifiques) à utiliser comme cadre par les organes locaux d'élaboration de normes ou de certification lorsqu'ils formulent une norme spécifique pour leur programme de certification. Les standards normatifs sont également appelés **Normes relatives aux normes**, comme par ex. les Règles de base IFOAM et les Directives FAO/OMC du Codex Alimentarius*¹⁷⁶ ».

¹⁷³ Voir Annexe 4.

¹⁷⁴ Voir *infra* p. 108.

¹⁷⁵ G. SMITH, OCDE, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁶ FAO, « Normes environnementales et sociales, certification et labellisation des cultures commerciales », Rome 2003, p. xv. Nous soulignons.

Dans le cadre de l'évaluation de conformité et notamment de la certification, un méta-système serait « *l'application d'une structure de gouvernance et d'un système de soutien garantissant que ce système de certification tierce partie fonctionne de manière efficace*¹⁷⁷ ». Ces mesures comprennent par exemple l'approbation du certificateur ou la surveillance de l'application des normes.

§ 2. Instruments complexes : codes et labels

Parmi les instruments complexes, les deux éléments les plus courants en pratique sont les codes d'entreprise (A) ainsi que les labels – ou, plus exactement, les schémas normatifs aboutissant à l'attribution d'un label de qualité (B).

A. Codes

Les codes sont des instruments complexes définissant, plus que les spécifications techniques relatives à un produit, une stratégie globale ou les orientations « idéologiques » d'une entreprise. Parfois appelés *codes d'éthique* ou *codes de conduite*, ils ont souvent pour objet d'améliorer l'image de l'entreprise au regard des consommateurs, en montrant qu'elle agit de manière « socialement responsable ». Ces codes sont ainsi souvent liés à la notion de responsabilité sociale des entreprises, vaste courant disparate regroupant des mesures très diverses, mais dont l'objectif commun est de limiter les effets négatifs des activités de l'entreprise sur son environnement social, voire « sociétal »¹⁷⁸.

Ainsi que le remarque C. GENDRON, l'expression « code d'éthique » peut porter à confusion, car ce ne sont pas des obligations morales que mettent en place ces codes, mais bien des obligations « quasi-juridiques » :

« Comme on l'a vu, le caractère proprement 'éthique' des codes promulgués par les entreprises est pour le moins discutable et leur proximité avec la règle de droit, tant par leur contenu (référence à des législations existantes) que par leur formulation (obligations sanctionnables), est manifeste. Bref, les codes de conduite ne correspondent pas, en ce sens, à une nouvelle régulation « morale » par

¹⁷⁷S. HENSON, J. HUMPHREY, *précité*, 2009, p. 14.

¹⁷⁸ Voir *infra*, Ethique et RSE (Partie 1, Titre 2).

*opposition à une réglementation juridique, et peuvent même être appréhendés comme des **documents quasi-juridiques** dans la mesure où ils sont susceptibles de participer à la constitution d'un véritable droit coutumier international ».*¹⁷⁹

Il manque cependant à ces normes ce qui est généralement considéré comme le fondement de la juridicité des normes, à savoir leur appartenance à la sphère des normes étatiques, (voir *infra* les développements sur la juridicité des normes privées).

Les codes de conduite peuvent être développés par les entreprises (« codes d'entreprise ») ou par des groupes d'intérêt tels qu'IFOAM¹⁸⁰. Leur domaine d'application concerne en général, pour les acteurs économiques, tout ce qui relève de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), et pour les acteurs civiques la protection de l'environnement ou des droits des travailleurs. Une étude de l'UNIDO souligne l'importance de la portée pratique de ces codes, mais aussi l'absence d'analyses spécifiques les concernant :

*« Ces codes comprennent le plus grand groupe de normes privées recensées pendant les enquêtes sur les exportateurs et sont aussi le groupe de normes connaissant l'évolution la plus rapide, de plus en plus de sociétés mettant au point leur propres code de conduite. Toutefois, elles sont aussi les moins connues et analysées, ce qui est peut-être dû au fait que chaque code a une portée limitée : c'est un pacte entre la société qui achète et sa chaîne d'approvisionnement. Néanmoins, ensemble tous ces codes ont une énorme portée [...] »*¹⁸¹.

Les codes de conduite (codes d'entreprise) constituent un moyen pour les entreprises de se doter auprès des consommateurs d'une image responsable, « éthique », soucieuse des conditions dans lesquelles ses produits sont fabriqués. L'explosion de leur nombre fait suite à certains mouvements de consommateurs accusant une entreprise de ne pas se soucier des conditions de travail pratiquées par ses fournisseurs dans les pays en développement. Le cas de l'entreprise Nike est à cet

¹⁷⁹ C. GENDRON, « Codes d'éthique et nouveaux mouvements sociaux économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation », *Les Cahiers de la Chaire* – collection recherche, ESG-UQAM, n° 09-2006, p. 28. Nous soulignons.

¹⁸⁰ Voir FAO, « Normes environnementales et sociales, certification et labellisation des cultures commerciales », Rome 2003, p. 15.

¹⁸¹ UNIDO, « Normes privées : mieux les connaître pour mieux les appliquer. Guide sur les normes privées dans les secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier », *précité*, p. 33.

égard emblématique : dans le collimateur de plusieurs ONG dans les années 1990 à cause des conditions de travail dans les usines de ses fournisseurs asiatiques, l'entreprise a été confrontée à une médiatisation importante de ces accusations. En réaction, elle a en 1998 décidé de modifier les règles de son code de conduite, allant par exemple plus loin que les conventions de l'OIT en ce qui concerne l'âge minimum des travailleurs (fixé à 18 ans) ; par la suite, en 2001, Nike a financé un rapport sur les conditions de travail dans les usines de ses fournisseurs en Indonésie et ouvertement reconnu les manquements existants aux droits du travail. L'entreprise a pris des mesures correctives telles que la création d'un département d'audit, et le déplacement de la responsabilité vers les responsables des usines¹⁸².

La norme IWAY d'IKEA est un exemple de code d'entreprise dont la portée n'est pas limitée à l'entreprise elle-même¹⁸³. Le code s'adresse en effet à l'ensemble des fournisseurs de l'entreprise et contient des critères sociaux et environnementaux. Le respect de six de ces critères constitue une condition formelle à l'établissement d'une relation commerciale avec IKEA (à la signature d'un contrat). D'après le rapport de l'UNIDO, ces critères « *portent sur la prévention du travail des enfants, le travail forcé et servile, la pollution grave de l'environnement, les risques graves de sécurité, la tenue de dossiers sur les heures de travail et les salaires et la prestation d'une assurance accidents pour les travailleurs*¹⁸⁴ ». Pour les autres critères, acceptés lors de la signature du contrat et relatifs notamment à la protection de l'environnement et aux conditions de travail, le fournisseur dispose de 12 mois afin de se mettre en conformité¹⁸⁵.

Le code de conduite de H&M¹⁸⁶, dans le domaine des vêtements, contient des exigences similaires en matière d'interdiction du travail des enfants, de la sécurité du lieu de travail, de droits des travailleurs et de respect de l'environnement ; il est applicable à tous les fournisseurs, sous-traitants et autres partenaires commerciaux de

¹⁸² UNIDO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸³ Voir Annexe 3.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁸⁵ Le respect des critères est vérifié par des audits menés par IKEA : avant la première livraison pour les six critères « fondamentaux », au bout d'un an pour les autres critères. Par la suite un audit est réalisé tous les 24 mois, avec la possibilité d'audits futurs. Même si ces conditions sont inscrites dans le contrat au titre d'obligations du fournisseur, un délai de mise en conformité peut lui être accordé avant qu'il ne soit mis fin aux livraisons. De plus, un audit interne doit être réalisé au moins tous les ans ; ses résultats doivent être fournis à IKEA sur demande. Voir UNIDO, *précité*, p. 24 et http://www.ikea.com/ms/fr_CH/about_ikea/pdf/SCGlobal_IWAYSTDVers4.pdf.

¹⁸⁶ Ce code est disponible sous :

http://about.hm.com/filearea/corporate/fileobjects/pdf/en/RM_DOWNLOAD_CODEOFCONDUCT_PDF_FRENCH_1150269896256.pdf (dernière visite le 10.09.2011).

H&M. Le respect des critères est en principe une condition à l'établissement d'une relation d'affaire ; cependant, comme chez IKEA, un délai de mise en conformité peut être accordé au fournisseur. L'application des critères est contrôlée par des audits effectués soit par les auditeurs internes, soit par des contrôles inopinés menés pour le compte de H&M par la FLA (*Fair Labour Association*) dont H&M est membre.

Comme le montrent ces deux exemples, les codes de conduite (codes d'entreprise) contiennent en règle générale des dispositions sur le travail des enfants, le travail forcé, l'absence de discrimination dans le recrutement et la rémunération, les salaires, les heures de travail, la liberté d'association, la santé des travailleurs et la sûreté (sécurité) du lieu de travail, l'interdiction de harcèlement, l'existence d'un contrat (pour certains codes), les conditions de logement, le respect de certaines règles environnementales (respect de la législation nationale ou politique propre à l'entreprise)¹⁸⁷. Cependant, les différences de degré parmi ces obligations auto-imposées (qui peuvent être plus ou moins strictes), le nombre des obligations incorporées dans les codes de conduite ainsi que l'existence de critères parfois contradictoires¹⁸⁸ mènent à des difficultés considérables de mise en œuvre pour les entreprises qui se voient contraintes, par différents partenaires commerciaux, de se conformer simultanément à plusieurs codes.

Comme nous l'avons vu pour les codes d'IKEA et H&M, le respect des obligations par les fournisseurs est contrôlé à la fois par des auditeurs internes et par des acteurs tiers, tels que des ONG, mais aussi des syndicats ou des autorités gouvernementales, si ces acteurs ont un intérêt au respect des dispositions sociales et environnementales des codes. Par opposition à la vérification interne, l'évaluation par un tiers garantit une vérification indépendante de l'application des codes. Les organismes se chargeant de cette vérification sont souvent des associations de différents acteurs de la société civile telles que la '*Fair Labour Association*' (FLA, composée d'entreprises, ONG et

¹⁸⁷ Pour une typologie détaillée, voir UNIDO, *précité*, p. 34-35.

¹⁸⁸ Voir UNIDO, *précité*, p. 36.

universités/institutions académiques¹⁸⁹) ou de la ‘*Ethical Trading Initiative*’¹⁹⁰ (ETI, composée d’ONG, entreprises et syndicats).

B. Labels

Le label n’est pas à proprement parler un instrument normatif, mais un signe distinctif (nom, logo, etc.) qui établit la conformité d’un produit¹⁹¹ ou d’une entreprise¹⁹² à une norme donnée. Souvent appelé « label de qualité », il a pour but de rendre visibles, aux yeux du consommateur, certaines caractéristiques du produit ou de l’entreprise, afin de les différencier des produits ou des entreprises concurrents¹⁹³.

Le label est généralement¹⁹⁴ – mais pas nécessairement – attribué au terme d’une procédure de certification ; cependant, toute procédure de certification ne donne pas lieu à l’attribution d’un label. Comme le souligne un rapport de la FAO, le label est « *une forme de communication avec le consommateur final* » par opposition au « *certificat* » (résultat du processus de certification) qui concerne uniquement la relation entre le fournisseur ou le producteur d’une part et l’acheteur d’autre part, et qui constitue une « *forme de communication le long de filière d’approvisionnement* »¹⁹⁵. Alors que le premier est avant tout un gage de visibilité face au consommateur, le second est un moyen pour le fabricant ou producteur

¹⁸⁹ Les entreprises membres adhèrent à un code de conduite fondé sur les conventions de l’OIT et s’engagent à mettre en place un système de contrôle interne afin de s’assurer que les conditions posées par le code soient respectées. Parallèlement, la FLA a créé un système de contrôle « externe » dans lequel des auditeurs indépendants sont accrédités et engagés afin de contrôler les conditions de travail chez les fournisseurs des entreprises membres. Le résultat de ces audits est publié sur le site de la FLA (la FLA est la seule organisation menant cette politique de transparence). La FLA a également mis en place un mécanisme de plainte par les tiers en vertu duquel tout individu ou entreprise peut contacter la FLA afin de signaler des abus des droits des travailleurs chez l’un des fournisseurs d’un membre. La plainte en elle-même est confidentielle, mais est rendue publique si une violation est avérée après examen. Voir UNIDO p. 39 et <http://www.fairlabor.org/fla/go.asp?u=/pub/mp&Page=WWD> (site consulté le 11.09.2011).

¹⁹⁰ ETI est une initiative de la société civile visant essentiellement les entreprises britanniques, mais ouverte à toute autre entreprise intéressée. Son code de base est fondé sur les conventions de l’OIT. Les entreprises souhaitant devenir membres adhèrent à ce code ainsi qu’aux « Principes de mise en œuvre ». Le secrétariat d’ETI ainsi que des représentants des ONG et syndicats effectuent alors annuellement des visites inopinées dans au moins 20% des membres afin de vérifier la fiabilité des rapports que ceux-ci effectuent (méthodes de collecte des données, qualité des systèmes de gestion, etc.). Voir UNIDO p. 38 et <http://www.ethicaltrade.org/about-eti/what-companies-sign-up-to> (site visité le 11.09.2011).

¹⁹¹ C’est le cas le plus fréquent : voir les normes d’agriculture biologique, de commerce équitable, de respect des droits sociaux, etc.

¹⁹² Par exemple la norme ISO 9000 et plus généralement toutes les normes relatives aux systèmes de gestion.

¹⁹³ L. LINNEMER et A. PERROT soutiennent cependant, au sujet des labels étatiques, qu’ils ne sont pas un instrument de différenciation, mais un simple indicateur du respect d’une qualité minimale. In « Une analyse économique des ‘signes de qualité’. Labels et certification des produits », *Revue économique*, 2000, vol. 51/6, pp. 1397-1418.

¹⁹⁴ Il n’existe pratiquement pas de label qui ne soit issu d’une certification préalable. Voir notamment UNIDO, *précité*, p. 20.

¹⁹⁵ Beaucoup de certificats n’apparaissent jamais sur le produit final et ne font donc l’objet d’aucune visibilité pour le consommateur. La certification peut ainsi être une exigence interne à la chaîne d’approvisionnement (exigence posée par le distributeur à l’égard du producteur).

d'accroître sa crédibilité sur les caractéristiques alléguées du produit face à son partenaire commercial¹⁹⁶.

L'importance d'un label apposé sur le produit final ne doit pas être sous-estimée : les producteurs considèrent que les efforts accomplis en vue du respect d'une norme privée doivent être rendus visibles aux yeux du consommateur, afin de leur procurer, si ce n'est un avantage concurrentiel, du moins un argument de marketing¹⁹⁷. Notons cependant que la présence d'un label n'entraîne pas nécessairement des gains supplémentaires pour l'entreprise certifiée (la possibilité de vendre le produit à un prix plus élevé ou '*price premium*'), en dépit des investissements qu'elle a pu effectuer dans ce but¹⁹⁸.

Section 3. Contenu

Il existe plusieurs façons de classer les normes en fonction de leur contenu. Elles se distinguent tout d'abord par leur objet, c'est-à-dire l'aspect de la qualité d'un produit qu'elles entendent réglementer (§ 1) ; elles diffèrent ensuite par leurs objectifs, c'est-à-dire l'ensemble de valeurs ou intérêts qu'elles entendent promouvoir (§ 2). Enfin, on peut distinguer les normes en fonction de leur étendue, qui peut être générale limitée à la réglementation d'un secteur d'activité spécifique (§ 3)¹⁹⁹.

§1. Objet

Une norme ayant vocation à réglementer les caractéristiques du produit final est appelée norme de produit (A) ; en revanche si elle porte sur son mode de fabrication, elle sera appelée norme de procédé (ou de processus) (B). Notons que cette distinction peut ne pas être aussi nette en pratique, car de nombreuses normes portent à la fois sur le produit et sur le site de production (essentiellement les normes sociales et environnementales)²⁰⁰.

¹⁹⁶ Voir FAO, Normes environnementales et sociales, certification et labellisation des cultures commerciales, Rome 2003, p. 8-9.

¹⁹⁷ Voir le rapport sur les réponses aux questionnaires distribués dans le cadre du comité SPS, « Effects of SPS-related private standards – Descriptive Report », Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/932, 2009, p. 5.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹⁹⁹ **Remarque** : certaines normes privées font référence aux normes internationales, mais cette référence est souvent d'inégale ampleur : « *Les unes exigent le respect des dispositions exactes de clauses ou conventions particulières de ces normes internationales tandis que les autres indiquent tout simplement qu'elles se fondent sur une ou plusieurs normes internationales* ». UNIDO, *précité*, p. 26.

²⁰⁰ Voir UNIDO, *précité*, p. 25, qui cite les normes Fairtrade, Oeko-Tex, GOTS (Global Organic Textile Standard) et FSC.

A. Normes de produit

Dans le premier cas, une norme peut porter sur la forme d'un produit, sa taille, son poids, la sécurité de son utilisation²⁰¹, son authenticité et, pour les produits agroalimentaires, leur contenu nutritionnel ou énergétique ou encore leurs qualités organoleptiques telles que couleur, texture, goût ou apparence²⁰².

À l'origine destinées à faciliter la commercialisation des produits en réduisant les coûts de transaction (leur rôle était de « standardiser » les produits en unifiant leurs caractéristiques), le rôle des normes de produit se déplace progressivement vers le domaine de la concurrence²⁰³. Aujourd'hui, elles sont essentiellement utilisées comme outil stratégique permettant à l'entreprise de se positionner dans un marché de niche : le contenu de la norme, souvent plus strict que le minimum réglementaire, est destiné à donner au consommateur l'impression d'acheter un produit de meilleure qualité que les produits concurrents qui ne peuvent démontrer le respect de cette norme.

Ce rôle de différenciation des produits s'exerce uniquement pour les produits susceptibles d'être classés en plusieurs niveaux sur une échelle de qualité verticale concernant l'une des caractéristiques du produit, telle que sa valeur nutritionnelle ou sa teneur en pesticides. La différenciation en fonction des caractéristiques du produit ne peut ici être que verticale (classement des produits identiques en fonction d'une qualité supérieure ou inférieure) et non horizontale (absence ou existence d'une caractéristique donnée par rapport à un produit différent). En d'autres termes :

« Les normes de produits, par nature, jouent un rôle sur les marchés de produits différenciés verticalement, c'est-à-dire existant en différentes variétés et pouvant être classés selon une échelle objective donnée (classement du lait en fonction de la teneur en matière grasse, par exemple). La notion de norme minimale, utilisée pour des biens différenciés verticalement, signifie que seuls les produits atteignant ou

²⁰¹Dans le domaine du vêtement, le label Oeko-Tex certifie par exemple l'absence de nocivité des textiles pour la peau (la sûreté de leur utilisation).

²⁰²G. SMITH, "Interactions of Public and Private Standards in the Food Chain", OCDE, *Food, Agriculture and Fisheries Working Paper N° 15*, OECD Publishing, 2009, p. 12.

²⁰³*Ibid.* p. 13.

dépassant un certain niveau de qualité sont réputés satisfaire à la norme²⁰⁴ ».

Il est souvent observé que les normes privées exigent un niveau de qualité supérieur à celui de la réglementation nationale ou internationale. Ceci s'explique par le caractère stratégique de l'utilisation des normes privées. A la différence des normes étatiques dont le but est d'instaurer une protection minimale de certains intérêts, les normes privées permettent surtout à celui qui les utilise de se démarquer des produits concurrents, même et surtout si cela se fait par l'instauration d'un niveau de protection supérieur à celui des normes étatiques.

B. Normes de procédé ou de processus

Les normes de procédé définissent les exigences liées à l'*élaboration* d'un produit, du stade de la production à celui de la distribution, en passant par les stades de transformation et d'emballage. Elles s'appliquent à l'ensemble d'un site de production, et non à un produit particulier. Elles ont notamment pour objet la production selon les principes de l'agriculture biologique, l'emploi de méthodes respectueuses de l'environnement et du bien-être animal, le respect des droits des travailleurs ou l'application des règles du commerce équitable. La norme SA 8000, par exemple, contient des exigences quant à la sécurité et à la santé des travailleurs ainsi que l'exigence d'un salaire décent²⁰⁵. Les normes d'IFOAM ou les codes de conduite d'entreprises telles qu'IKEA sont également des normes de procédé.

Ainsi que le fait remarquer G. SMITH dans une étude menée pour l'OCDE, les normes de procédé ont plusieurs fonctions : elles affectent d'une part le produit final (en termes d'hygiène au cours de la production, par exemple) et d'autre part l'efficacité des procédés utilisés; par ailleurs, elles influencent l'impact environnemental du processus de production²⁰⁶.

A côté des *normes de performance* que nous venons de décrire, les normes relatives aux systèmes de management (normes de gestion) sont un type particulier de normes

²⁰⁴*Ibid.* p. 13.

²⁰⁵ Pour qu'une entreprise soit certifiée SA 8000, il faut que l'ensemble de son fonctionnement, y compris les chaînes de production soient certifiées, cf. UNIDO, p. 23.

²⁰⁶ G. SMITH, OCDE, *précité*, p. 13.

de procédé qui décrivent les critères applicables aux méthodes de gestion de l'entreprise concernée²⁰⁷. Un rapport de la FAO précise que :

« Les normes de processus peuvent encore se décomposer en normes de système de gestion et normes de performance. Les normes de système de gestion posent des critères pour les procédures de gestion, par exemple pour la documentation ou pour les procédures de suivi et d'évaluation. Elles ne posent pas de critères pour la performance du système de gestion en termes de ce qui se passe effectivement sur le terrain ou dans l'usine d'emballage. Inversement, les normes de performance posent des exigences vérifiables pour les facteurs tels que la non utilisation de certains pesticides, ou la disponibilité des services sanitaires²⁰⁸ ».

Les normes ISO 9000 et ISO 14000 (management international) ou ISO 26000 (responsabilité sociale) sont des exemples de normes internationales de gestion²⁰⁹. Ces référentiels sont généralement adoptés au niveau international, que ce soit par des organisations internationales de normalisation telles que l'ISO ou par des partenariats plus informels tels que le Pacte Mondial.

Les normes de gestion sont à distinguer des autres normes de procédé relatives à la performance, également appelées « normes de résultat ». Une norme de performance concerne par exemple l'absence de résidu de pesticides sur les fruits et légumes, contrôlée au stade de l'achat du produit par le distributeur.

§2. Objectif

Les objectifs poursuivis par les normes privées sont multiples²¹⁰. Ils relèvent de ce que l'on peut appeler la qualité au sens large (voir *infra*, Partie 1, Titre 2): protection de l'environnement, des travailleurs, de la santé publique, du consommateur. Bien entendu, il existe également des normes privées dont le seul but est de faciliter les transactions commerciales (normes comptables, normes de calibrage, etc.). Il s'agit de normes purement techniques, moins pertinentes pour notre étude que les normes dites « éthiques » car elles ne sont pas considérées comme des obstacles techniques au commerce (élaborées dans le seul but de « standardisation », c'est-à-dire

²⁰⁷ FAO, 2007, *précité*, p. xv.

²⁰⁸ FAO, « Normes environnementales et sociales, certification et labellisation des cultures commerciales », Rome 2003, p. 7. Nous soulignons.

²⁰⁹ UNIDO, p. 64. A la différence des normes ISO 9000 et ISO 14000, la norme ISO 26000 n'est pas certifiable.

²¹⁰ Les objectifs sont à distinguer des secteurs, tels que la pêche, la protection des forêts, la production de biens spécifiques (café, cacao, bananes, etc.) dont il sera question ultérieurement.

d'unification des produits et procédés, elles peuvent être nationales ou internationales mais n'entravent pas les échanges internationaux²¹¹, ou alors sont acceptées en tant qu' « exceptions historiques²¹² »).

Nous nous intéresserons ici uniquement aux objectifs « déclarés » c'est-à-dire affichés vis-à-vis du consommateur (en général la protection d'un bien ou la promotion de certaines valeurs) et non aux objectifs implicites ou sous-jacents tels que la différenciation des produits ou la poursuite d'un avantage économique. (Il serait d'ailleurs impossible d'effectuer une distinction tranchée entre les normes « économiques » d'une part et les normes « purement éthiques » d'autre part ; en effet, même les normes élaborées par les ONG, qui ne poursuivent pas, en principe, de but économique, sont (plus ou moins) formulées dans une optique de concurrence avec les produits qui ne s'y conforment pas). En d'autres termes, la différenciation des produits semble, à un degré divers, être un but poursuivi par toutes les normes privées. Elle ne peut donc être retenue comme critère de distinction dans le cadre d'une typologie des normes en fonction de leurs objectifs.

Remarque: il est possible qu'une norme poursuive simultanément plusieurs objectifs, il est donc impossible de cantonner certaines normes à une catégorie spécifique. C'est le cas par exemple des normes d'agriculture biologique ou des bonnes pratiques agricoles, qui relèvent à la fois de la protection de l'environnement et de la protection sociale²¹³. De même, la catégorie de la responsabilité sociale des entreprises englobe est en réalité plus vaste que les seules préoccupations sociales.

A. Responsabilité sociale des entreprises

La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est l'un des objectifs le plus souvent poursuivis par les normes privées, que ce soit par auto-régulation des entreprises (codes de conduite) ou par le recours à des normes d'ONG plus générales. La notion est étroitement liée à celle de développement durable et à ses trois piliers que sont l'environnement, la justice sociale, et le développement économique. Sans prétendre

²¹¹ Normes DIN, normes électrotechniques, etc.

²¹² Voir conduite à droite/gauche, etc.

²¹³ UNIDO, p. 22 cite le code de conduite de la BSCI essentiellement consacré aux conditions de travail, mais aussi à l'environnement.

à l'exhaustivité, nous évoquerons quelques exemples de normes de RSE, allant de la plus générale (le Pacte Mondial des Nations Unies) aux normes d'ONG relatives à des techniques de *'reporting'* qui portent plus sur la transparence des méthodes employées que sur les techniques de RSE elles-mêmes.

1. *Global Compact (Pacte Mondial)*

Le *'Global Compact'* ou « Pacte Mondial », mis en place en 2000 à l'initiative du Secrétaire Général des Nations Unies de l'époque, Kofi Annan, est un exemple de partenariat public-privé : alors que les dix principes qui le composent ont été élaborés par les Nations Unies, il s'adresse aux entreprises et doit notamment faire l'objet d'un engagement de ses dirigeants²¹⁴. Le Pacte est également ouvert à l'acceptation par des ONG ou associations²¹⁵. Il compte donc à la fois des participants issus de la société civile, des universités, des syndicats et des agences publiques nationales ou internationales (sept agences de l'ONU participent ainsi au Pacte Mondial²¹⁶).

Depuis 2005, la structure modifiée du Pacte Mondial prévoit l'existence d'un *'Leaders Summit'* se réunissant tous les trois ans et, au niveau national ou régional, de « réseaux locaux » qui se réunissent à l'occasion d'un forum annuel. Le Conseil du Pacte Mondial est un organe consultatif qui formule des recommandations sur les politiques à adopter ; y sont représentés les entreprises, la société civile, le monde du travail ainsi que les Nations Unies. Le Pacte Mondial dispose enfin d'un bureau (secrétariat), situé à New York et chargé de la gestion quotidienne de l'initiative.

Le but du Pacte est d'encourager les entreprises à adopter, de manière volontaire, dix principes « universellement reconnus » en matière de droits de l'homme, normes de travail, protection de l'environnement et lutte contre la corruption²¹⁷. Les Nations Unies espèrent ainsi promouvoir « la légitimité sociale des entreprises et des marchés ».

Le caractère général des normes qui le composent (il s'agit de principes généraux et non d'exigences spécifiques) explique sans doute le succès du Pacte. Il a en effet été adopté par plus de 6000 entreprises dans plus de 130 pays ; en tout, on dénombre plus

²¹⁴ Acceptation par le Directeur général et l'organe de direction hiérarchiquement le plus élevé, Conseil d'administration ou équivalent

²¹⁵ <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html> (17.11.2011).

²¹⁶ OHCHR, ILO, UNEP, UNODC, UNDP, UNIDO, UNIFEM.

²¹⁷ Ces principes s'appuient sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention de l'OIT sur les principes fondamentaux et droits au travail, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et la Convention des Nations Unies contre la corruption.

de 8000 participants²¹⁸. Ce succès doit cependant être relativisé, car les entreprises participantes ne respectent pas toujours l'obligation de transparence qui leur est imposée. En effet, elles doivent en principe rendre publics, de manière annuelle, les progrès effectués dans la poursuite des objectifs du Pacte dans un document appelé '*Communication on Progress*' (COP)²¹⁹. Ce document doit être publié sur le site internet du Pacte Mondial. Or dans les faits, seul un nombre réduit d'entreprises a donné suite à cette exigence²²⁰. Pour certaines entreprises, la participation est donc purement formelle, car ineffective dans les faits.

Le Pacte Mondial met l'accent sur « l'importance du volontarisme » et se conçoit lui-même comme un complément aux régimes juridiques existants²²¹. En réalité, il se place plus dans l'optique du développement d'outils de référence devant servir à une auto-évaluation des entreprises que dans une optique de normes directement applicables²²². Il met en place une approche progressive qui table sur l'incitation des entreprises à augmenter chaque année leurs engagements au titre du Pacte Mondial.

2. *Global Reporting Initiative (GRI)*

La '*Global Reporting Initiative*' ou « initiative globale de reporting » est un réseau né en 1997 à l'initiative de deux instituts américains impliqués dans la recherche sur le

²¹⁸ <http://www.unglobalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/index.html> (18.11.2011).

²¹⁹ Le processus de communication a été révisé en février 2011. Un système de différenciation a été établi entre les entreprises dont le COP respecte les exigences minimales pour les communications (« niveau GC Actif ») et les entreprises qui s'engagent dans leur déclaration (ou déclarent respecter) une liste de 24 critères supplémentaires (« niveau GC Avancé »). Voir les « Directives sur la communication sur le progrès du Pacte Mondial des Nations Unies », Pacte Mondial, 25 février 2011, p. 2. http://www.unglobalcompact.org/docs/communication_on_progress/translations/COP_Policy_FR.pdf Il s'agit au niveau avancé d'un processus d'évaluation des pratiques de l'entreprise avec les « meilleures pratiques » en matière de gouvernance et de management. Ces bonnes pratiques sont définies dans le cadre de deux documents du Pacte Mondial, le '*Blueprint for Corporate Sustainability Leadership*' et le '*UN Global Compact management Model*'. L'accent est mis ici sur la gouvernance et les systèmes de gestion. Pour les deux niveaux, le Pacte Mondial recommande le recours aux lignes directrices du GRI (GRI G3 niveau A ou B pour le premier degré et niveau A+ pour la catégorie avancée). La possibilité de mettre en place un système de « pré-qualification » pour les normes conformes au plus haut niveau des normes GRI est actuellement en cours d'étude.

Un délai de grâce de 12 mois est institué pour les entreprises dont la déclaration ne respecte pas les exigences minimales ou aux entreprises non-communicantes. En principe, une entreprise n'ayant pas rendu publique de déclaration après expiration du délai de grâce est expulsée du Pacte Mondial (donc au total deux ans après le début de sa participation au Pacte, car c'est au bout d'un an qu'une entreprise est considérée « non-communicante » si elle ne soumet pas de COP ou si sa déclaration n'est pas conforme aux critères établis). Le nom des entreprises expulsées est publié sur le site du Pacte. Toutefois, les entreprises peuvent postuler à nouveau pour participer à l'initiative.

²²⁰ Notre recherche sur le site du Pacte Mondial n'a permis d'obtenir que 882 résultats de COPs pour l'année 2010, alors qu'il existe plus de 7700 entreprises participantes.

²²¹ <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/index.html> Voir également le document '*The Importance of Voluntarism*' préparé en 2010 par Latham & Watkins LLP pour le Pacte Mondial, http://www.unglobalcompact.org/docs/about_the_gc/Voluntarism_Importance.pdf, p. 4 :

“At the same time, voluntary initiatives—which by definition are not legally binding—should never be a substitute for effective regulation. Rather, they can be its powerful complement. (...) Companies must, of course, comply with the law, whether or not it can be enforced. But voluntary initiatives have the unique potential to become corporate drivers. They can lead companies to strive to be better than the law requires and, in this way, move beyond lowest-common-denominator standards or rules”.

²²² Voir ce chapitre, section 2 (remèdes à la diversité).

développement durable²²³. C'est aujourd'hui un forum qui rassemble 3000 acteurs dans 70 pays, représentants d'entreprises, mais aussi investisseurs et ONG. Partant du constat que le marché américain n'était pas réceptif aux considérations environnementales, le but des fondateurs était de créer un cadre dans lequel les entreprises pourraient rendre compte de leurs engagements sociaux et environnementaux en facilitant les initiatives de '*reporting*' (ou auto-évaluations, auto-déclarations). C'est donc la transparence, de la part des acteurs engagés dans la promotion du développement durable, que cette initiative vise à encourager.

En 2001, la GRI devient indépendante du CERES, institut de recherche auquel elle était jusque là rattachée. En 2002, elle relocalise son Secrétariat aux Pays-Bas, où elle prend le statut de fondation. La GRI acquiert progressivement une dimension internationale à travers des partenariats avec des organisations internationales intergouvernementales (le PNUE dès 1999, l'OCDE et le Pacte Mondial²²⁴ en 2010) et non-gouvernementales²²⁵, ou la mise en place d'antennes (*'focal points'*) au Brésil (2007), en Australie (2008), en Chine (2009), en Inde et aux Etats-Unis (2010). En plus des partenariats précités, GRI a mis en place des « synergies » avec l'ISO, *The Earth Charter Initiative*²²⁶, l'IFC (*International Finance Corporation* du Groupe de la Banque mondiale) et la CNUCED²²⁷. Par ailleurs, un accord de financement a été conclu avec l'agence suédoise pour le développement (*Swedish International Development Cooperation Agency*) en 2010.

En 2000 la GRI élabore les premières 'Lignes directrices en matière de reporting' (*'Sustainability Reporting Guidelines'*), destinées à guider les entreprises dans l'établissement d'un rapport sur leurs progrès en matière de développement durable. Ce document met en place une méthode pour définir le contenu des rapports et décrire la stratégie de l'entreprise en matière de développement durable (secteurs visés,

²²³ Il s'agit du CERES (une ONG basée à Boston rassemblant des intérêts publics et privés qui se donne pour but de sensibiliser les entreprises aux enjeux du développement durable) et Tellus Institute (un institut de recherche à but non lucratif, également basé à Boston, qui a pour vision la transition vers un mode de vie plus « soutenable »).

²²⁴ Le partenariat avec le Pacte Mondial a été mis en place dès 2008, cependant un Mémoire d'accord n'a été signé entre les deux organisations qu'en 2010. Voir <http://www.globalreporting.org/AboutGRI/WhatIsGRI/History/>

²²⁵ GRI a conclu en 2008 un partenariat avec 'Realizing Rights: The Ethical Globalization Initiative', une ONG créée en 2002 par Marie Robinson, ancienne Présidente d'Irlande et Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme. Cette organisation a cessé ses activités en décembre 2010 (<http://www.realizingrights.org/>).

²²⁶ Lancée en 2000, *The Earth Charter* est une initiative de promotion du développement durable à travers une Charte posant des « principes éthiques fondamentaux » dont le but est la transition vers des modes de vie et de développement « soutenables ». Voir <http://www.earthcharterinaction.org/content/>

²²⁷ Il s'agit de Mémoires d'accords qui mettent en place une coopération entre la GRI et l'institution concernée : échange d'information, institution d'un dialogue sur des points d'intérêt communs, etc. et définissent les rôles respectifs de chaque initiative.

étendue des engagements, etc.). Des protocoles techniques sur des indicateurs spécifiques de performance font également partie de la norme²²⁸ ; ils concernent les aspects économiques, environnementaux et sociaux, ainsi que les droits de l'homme, l'impact sur les communautés (la société en général) des activités de la société et la responsabilité pour les produits. La norme actuellement en vigueur est issue de la troisième génération (GRI G3). Elle a été remaniée et complétée en mars 2011 (version G3.1)²²⁹ par l'adjonction de dispositions en matière de droits de l'homme, genre et impact sur les communautés. La quatrième génération des lignes directrices doit être lancée en 2013.

Plusieurs groupes de travail chargés d'élaborer des « suppléments sectoriels » ont été mis en place ; ils concernent notamment les télécommunications (2003), les services financiers et le secteur minier (2004), la logistique et le transport (2005), les agences publiques (2005), les aéroports, la transformation des aliments et les ONG (2006), la construction et l'immobilier (2007), ou les médias (2009). Seules certaines de ces normes ont été adoptées (aéroports, construction et immobilier, services publics d'électricité, services financiers, transformation des aliments, secteur minier, ONG), d'autres existent sous forme de version pilote, d'autres encore sont en cours de développement²³⁰. Avec les Lignes directrices et un « Protocole technique » définissant les aspects procéduraux du 'reporting', les suppléments sectoriels forment un cadre global dont le but est de permettre aux entreprises et à tous les acteurs intéressés, publics ou privés, de rendre publics leurs efforts en matière de développement durable.

Enfin, l'élaboration d' « annexes nationales » est prévue. Ces annexes devront permettre de prendre en compte les enjeux nationaux et régionaux en matière de développement durable. Elles ne sont pas opérationnelles à ce jour, mais un projet pilote est actuellement en cours au Brésil (le processus de consultations publiques sur la première version du texte est actuellement en cours)²³¹.

²²⁸ Ces protocoles proposent des définitions et procédures permettant d'assurer un usage cohérent à travers les différents rapports. Voir FAO, 2007, *précité*, p. 12.

²²⁹ Disponible sous <https://www.globalreporting.org/reporting/latest-guidelines/g3-1-guidelines/Pages/default.aspx>
²³⁰ <http://www.globalreporting.org/ReportingFramework/SectorSupplements/>

²³¹ Jusqu'à décembre 2011. Voir <http://www.globalreporting.org/ReportingFramework/NationalAnnexes/NationalAnnexDevelopmentProcess.htm> (21.11.2011)

La GRI n'a pas mis en place de programme de certification, mais certains organismes de certification tels que SGS et BVQI proposent de certifier la conformité de produits avec les Lignes directrices en matière de durabilité²³². Les normes de la GRI sont disponibles publiquement et sans frais.

3. *Accountability*

AccountAbility est une organisation à vocation internationale créée en 1995 dans le but d'introduire les pratiques de développement durable au sein des stratégies d'entreprise. L'organisation rassemble des entreprises, ONG, fournisseurs de services et chercheurs. Ses activités s'articulent autour de trois axes :

- La recherche, à travers le « *AccountAbility Institute* », organisme qui comprend à la fois du personnel interne et des chercheurs indépendants ;
- Le conseil aux entreprises en matière de RSE et de gouvernance, à travers l'évaluation de leur situation actuelle et la définition d'une stratégie visant à améliorer leurs techniques de gestion (y compris de gestion des risques) et leurs bénéfices économiques. AccountAbility assiste également les entreprises en matière de reporting.
- La création de normes visant à soutenir les entreprises souhaitant intégrer à leur gestion des considérations de développement durable, en particulier la série AA 1000 ; c'est cette dimension qui nous intéresse ici, en relation avec les normes privées.

La série AA1000 comprend trois normes, concernant respectivement la mise en place d'une politique de RSE (norme de fond), l'évaluation de la conformité de cette politique à la norme de fond et enfin la participation des acteurs intéressés à la mise en place de la politique. Les deuxième et troisième normes constituent en quelque sorte des compléments de la première norme, sur le plan de sa mise en œuvre d'une part et de l'amélioration de son caractère démocratique d'autre part. Notons cependant que la troisième norme peut également être utilisée de manière indépendante.

La norme *AA 1000 AccountAbility Principles Standard* ou AA1000APS, créée en 2008, fournit un cadre pour l'identification et la mise en œuvre de politiques d'entreprise relatives au développement durable et à la RSE. Elle a été conçue pour

²³²FAO, « *Private Standards in the United States and European Markets for Fruits and Vegetables. Implications for Developing Countries* », 2007, p. 13.

guider les entreprises souhaitant mettre en œuvre ce type de stratégies. Pour cela, elle s'appuie sur trois principes : l' « inclusion » (*'inclusivity'*), la « matérialité » (*'materiality'*) et la « réactivité » (*'responsiveness'*). Le premier principe, qualifié de « fondamental », dispose qu' « une organisation doit inclure ses parties prenantes²³³ » ; cela signifie que les parties prenantes doivent participer à l'élaboration des stratégies de développement durable. Ce principe forme le fondement d'une responsabilité de l'organisation envers ceux sur lesquels elle a un impact :

« L'inclusion va au-delà d'un processus d'implication des parties prenantes. C'est un engagement à rendre compte à ceux sur lesquels l'organisation a un impact ou qui ont un impact sur elle et à permettre leur participation à l'identification des enjeux et à la recherche de solutions. L'inclusion prévoit une collaboration à tous les niveaux, dont la gouvernance, pour parvenir à de meilleurs résultats²³⁴ ».

Selon le principe de matérialité, « une organisation doit identifier les enjeux matériels auxquels elle est confrontée » à travers un « processus de détermination du seuil de matérialité²³⁵ ». Ce principe vise à garantir la pertinence des enjeux identifiés et la prise en compte de tous les intérêts en cause²³⁶. Enfin, le principe de réactivité prévoit qu' « une organisation doit réagir aux enjeux avancés par les parties prenantes qui affectent ses performances²³⁷ ». Il s'agit de rendre des comptes aux parties prenantes à travers la définition d'objectifs, la mise en place de structures de gouvernance, de systèmes de gestion, de plans d'action, etc., les réponses devant être équilibrées et hiérarchisées. Les parties prenantes doivent être informées de ces réponses.

A l'origine, ces principes étaient incorporés dans une norme-cadre publiée en 1999, le 'AA1000 AccountAbility Framework Standard', qui mentionnait un quatrième principe de d'exhaustivité (*'completeness'*). C'est en 2008, lors de la révision de la norme sur les missions d'assurance, qu'il a été décidé que les principes

²³³ Article 2.1 de la norme AA1000APS.

²³⁴ Norme sur les principes d'Accountability AA1000, AA1000APS, 2008, <http://www.accountability.org/images/content/3/4/345.pdf> p. 10

²³⁵ *Ibid.*, p. 12 (article 2.2 de la norme).

²³⁶ *Ibid.*, Article 2.2 de la norme.

²³⁷ *Ibid.*, Article 2.3.

d'AccountAbility devaient faire l'objet d'une norme distincte. Celle-ci annule et remplace les versions antérieures.

L'« universalité » et la « souplesse d'action » des principes a été privilégiée afin de ne pas limiter les entreprises dans l'élaboration de leurs stratégies²³⁸. Il est d'ailleurs précisé que ces principes sont « compatibles » avec les principes du Pacte mondial et avec les normes GRI et ISO 26000.

La norme *AA 1000 Assurance Standard* ou AA1000AS²³⁹, élaborée en 2008, concerne les missions d'assurance²⁴⁰. Elle fournit aux organismes de certification une méthodologie permettant d'évaluer dans quelle mesure une entreprise se conforme à la norme AA1000APS. La fonction de cette norme est décrite dans son préambule :

« L'AA1000AS (2008) constitue une plate-forme qui permet d'aligner les aspects non-financiers du développement durable sur le reporting et la certification de l'information financière. Elle permet aux organismes délivrant des attestations d'assurance d'aller au-delà de la simple vérification de données, d'évaluer la manière dont les organisations gèrent le développement durable et de refléter cette gestion et les performances qui en découlent dans leurs attestations d'assurance ».

En pratique, cette norme se place dans une logique de crédibilité des informations fournies au titre du reporting, car elle implique leur vérification par un tiers indépendant. Il ne s'agit pas, cependant, d'une norme de certification. Son objet est de fournir des lignes directrices permettant de délimiter les contours des missions d'assurance (périmètre de la mission, compétence du vérificateur, etc.) et leur réalisation (planification, déroulement, techniques d'évaluation, etc.). Les missions d'assurances réalisées au titre de cette norme fournissent des informations sur « la nature et le degré d'adhésion de l'organisation concernée aux principes

²³⁸ « Privilégier des principes plutôt que des règles prescriptives permet à l'organisation de se concentrer sur ce qui est pertinent à ses yeux et lui fournit un cadre pour identifier et exploiter des opportunités, mais aussi pour gérer la conformité et les risques non-financiers ». Introduction de la norme AA1000APS, p. 7.

²³⁹ Voir le texte de la norme sous : <http://www.accountability.org/images/content/3/5/355.pdf> (en français). La première édition de cette norme a été publiée en 2003 ; elle a remplacé les dispositions en matière d'assurance de la norme-cadre datant de 1999 (*AA 1000 Framework Standard*).

²⁴⁰ L'assurance est définie comme suit par la norme AA1000AS (article 5 – définitions) :

« Terme désignant généralement les méthodes et processus utilisés par un vérificateur pour évaluer les informations fournies au public par une organisation sur ses performances, ainsi que sur les systèmes, données et processus qui les sous-tendent en les rapportant à des critères et normes appropriés afin de renforcer la crédibilité des informations ainsi fournies au public. Les résultats du processus d'assurance sont communiqués dans une attestation d'assurance ».

d'AccountAbility AA1000 et le cas échéant, sur la qualité des informations fournies au public au sujet de ses performances en matière de développement durable²⁴¹ ».

Enfin, la norme *AA 1000 Stakeholder Engagement Standard* ou AA1000SES, élaborée en 2011²⁴², définit les conditions optimales pour la participation des parties prenantes²⁴³. Elle met en œuvre le « principe d'inclusion » décrit par la norme AA1000APS et qui requiert la participation de toutes les parties intéressées dans la mise en place d'une stratégie de développement durable. Elle définit toutes les étapes du processus de participation : identification des parties prenantes, du niveau d'engagement, des techniques de participation (sondages, négociations, colloques et ateliers, etc.). Elle demande à l'organisation qui cherche à instaurer cette participation de s'engager préalablement à respecter la norme AA1000APS. Cette norme peut être utilisée de manière autonome, mais aussi dans le cadre de normes extérieures à AccountAbility, telles que GRI G3 ou ISO 26000. Elle n'est pas spécifique aux préoccupations de développement durable. Cette norme s'adresse à tous les acteurs, qu'ils soient publics ou privés : entreprises, ONG, société civile, agences publiques et partenariats public-privé²⁴⁴.

De manière générale, les normes AA 1000 s'adressent à la fois aux entreprises, aux gouvernements et aux acteurs de la société civile. Elles sont élaborées par un processus de consultation des acteurs concernés²⁴⁵. Une structure spéciale de gouvernance leur est consacrée : deux comités techniques sont chargés d'élaborer les normes alors qu'un '*Interim Standards Board*' définit les stratégies et les orientations d'ensemble. Cet organe est également chargé de la diffusion des normes.

B. Protection des travailleurs

Il existe peu de normes « purement privées » en matière de droits sociaux et de conditions de travail – si l'on excepte le cas particulier des normes de commerce

²⁴¹ Introduction à la norme AA1000AS, document précité, p. 8.

²⁴² D'abord élaborée en 2005, la version actuelle de la norme date de 2011 (deuxième génération). Le texte est disponible sous :

<http://www.accountability.org/images/content/3/6/362/AA1000SES%202010%20PRINT.PDF>

²⁴³ Le terme « parties prenantes » ('*stakeholders*') est défini comme l'ensemble des individus, groupes d'individus ou organisations qui influencent ou sont affectés par les activités, produits ou services d'une organisation (entreprise, ONG, organisme public, etc.). Le terme « engagement » désigne les processus par lesquels cette organisation implique les acteurs concernés ; cette participation doit se faire « dans un but clairement défini afin de réaliser des objectifs reconnus » ('*for a clear purpose to achieve accepted outcomes*'). Voir l'introduction à la norme AA1000SES, p. 6 du document précité.

²⁴⁴ Voir <http://www.accountability.org/standards/aa1000ses/index.html>

²⁴⁵ <http://www.accountability.org/standards/index.html> (19.11.2011).

équitable. Ce sont donc essentiellement de normes « hybrides » que nous traiterons dans un premier temps.

1. Normes sociales

Social Accountability International (SAI)

Social Accountability International (SAI) est une organisation non-gouvernementale internationale composée de représentants de syndicats, d'entreprises et d'ONG dont le siège est à New York²⁴⁶. Son but est d'améliorer les conditions de travail à travers le développement de normes sur la responsabilité sociale. En plus de l'élaboration de normes, SAI accrédite des auditeurs, fournit de l'assistance technique, conduit des recherches en matière de coûts et bénéfiques, et assiste les entreprises pour la mise en œuvre des normes sociales tout au long de la chaîne d'approvisionnement²⁴⁷.

SAI a élaboré en 1997 la norme *SA8000* (Social Accountability 8000) dans le but de promouvoir les droits sociaux. Cette norme fonde son contenu sur les normes internationales : sur les conventions de l'OIT et de l'ONU²⁴⁸ d'une part, en ce qui concerne pour les exigences matérielles, et d'autre part sur la méthodologie établie par l'ISO concernant le système de vérification. Les principes qu'elle promeut sont entre autres l'interdiction du travail forcé, l'interdiction du travail des enfants ou la liberté syndicale. Il s'agit d' « *une norme intersectorielle pour l'audit et la certification de la responsabilité sociale des entreprises*²⁴⁹ ». Conçue tout d'abord pour le secteur de l'industrie, la norme est également applicable au domaine de l'agriculture depuis 2000. Elle peut être utilisée par les entreprises aussi bien que par les gouvernements. Un guide pour la mise en œuvre de la norme (*'Guidance Document'*) a été élaboré en 1998 puis révisé en 2001 et 2008. Il contient des définitions, exemples et informations supplémentaires à destination des utilisateurs de la norme. Il ne crée pas d'engagements supplémentaires.

Dès 1997, SAI a également développé une activité d'accréditation d'organismes de certification (certification des normes ISO 9000 et 14000, FSC, et normes

²⁴⁶ SAI a été créée en 1996 à l'initiative d'un groupe d'acteurs en partenariat avec le CEP (*Council on Economic Priorities*), une organisation américaine à but non lucratif axée sur la recherche en matière de RSE. Son but est de rendre accessible l'information sur les pratiques des entreprises en matière de RSE au plus grand nombre (consommateurs, entreprises, investisseurs). Son siège est à New York, mais elle possède des programmes dans plusieurs autres pays occidentaux.

²⁴⁷ <http://www.sa-intl.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage&pageId=490&parentID=472&nodeID=1> (20.11.2011)

²⁴⁸ DUDH et autres conventions pertinentes de l'ONU..

²⁴⁹ UNIDO, *op. cit.*, p. 31.

biologiques). En 2007, cette branche d'accréditation a été transformée en agence indépendante (organisation à but non lucratif), nommée *Social Accountability Accreditation Services* (SAAS). Toute entreprise souhaitant obtenir la certification SA8000 doit s'adresser à l'un des organismes de certification accrédités par SAAS²⁵⁰. Des auditeurs de l'organisme désigné se rendent sur le site et vérifient la conformité des conditions de travail à la norme SA8000. Si celle-ci est respectée ou, le cas échéant lorsque les aménagements nécessaires sont effectués, la certification est accordée pour 3 ans, durant lesquels des audits de contrôle sont régulièrement effectués. La certification ne donne pas lieu à la possibilité d'utiliser un label ; demeurant ainsi « invisible » aux yeux du consommateur, le « marché » principal de cette norme concerne surtout les entreprises de distribution qui cherchent à pousser leurs fournisseurs à l'adoption de la norme²⁵¹.

SAI a également mis en place un programme nommé '*Corporate involvement programme*' instaurant plusieurs degrés de participation des entreprises. Il existe ainsi trois niveaux d'engagement croissant : « supporter », « explorateur » ('*explorer*') et « signataire » ('*signatory*'). L'engagement va du simple intérêt pour la RSE à l'évaluation complète des pratiques de RSE par SAI et de la définition d'une stratégie d'entreprise. Seul ce dernier niveau donne droit à l'utilisation du logo SA8000 dans les communications de l'entreprise (après approbation par SAI). Ceci permet notamment aux fournisseurs de rendre visible auprès des acheteurs (qui peuvent être des entreprises certifiées SA8000 et cherchant à étendre leurs engagements à l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement) leur engagement en matière de RSE.

OHSAS

Les normes OHSAS 18000 ('*Occupational Health and Safety Assessment Series*') ont à l'origine été élaborées par l'organisme britannique de normalisation, *British Standards Institution* (BSI)²⁵², mais ont progressivement acquis une portée internationale. Il s'agit d'un système de gestion de la santé et de la sécurité au travail

²⁵⁰ Liste sous <http://www.saasaccreditation.org/accredcertbodies.htm> (20.11.2011).

²⁵¹ Voir FAO 2007, *précité*, p. 71.

²⁵² Aujourd'hui renommé BSI Group, il s'agit d'un groupe institutionnel composé de quatre branches, dont un organisme de normalisation (*BSI British Standards*) et de certification (*BSI Management Systems*). Les deux autres branches sont dédiées respectivement au soutien des entreprises (et délivre notamment un label national, 'Kitemark' et les certifications CE ; *BSI Product Services*) et à l'inspection (*BSI Inspectorate*). BSI Group est une société à caractère commercial, mais sans redistribution des profits ; elle est donc indépendante du gouvernement, même si BSI est considéré comme l'organisme national de certification.

conçu pour être compatible avec les normes de gestion ISO 9001 et ISO 14001 (OHSAS 18001). Sa dernière révision date de 2007. Cette norme s'accompagne de lignes directrices pour sa mise en œuvre (OHSAS 18002:2008) et d'un guide de mise en œuvre (OHSAS 18004:2008).

La norme OHSAS 18001 se veut la seule norme certifiable à portée internationale dans le domaine de la sécurité au travail :

« OHSAS 18001 est le référentiel reconnu mondialement pour les systèmes de gestion de la santé et de la sécurité au travail. Il a été conçu par les représentants des principaux organismes commerciaux et des organismes de certification et de normalisation internationaux pour remédier à l'absence de référence internationale pouvant être certifiée par un tiers²⁵³ ».

La norme porte sur la gestion des risques de santé et de sécurité et la préparation aux situations d'urgence. Elle prévoit également la mesure, le suivi et l'amélioration des performances (cette approche par l'amélioration continue est commune aux normes ISO 9001 et 14001).

2. Commerce équitable et commerce éthique

Concernant plus spécifiquement les conditions de travail dans les pays en développement, les dernières années ont vu se multiplier les normes de commerce équitable qui visent à assurer des conditions de travail justes et une rémunération équitable aux petits producteurs du Sud. Plus que les autres normes sociales, les normes de commerce équitable s'inscrivent dans une stratégie de différenciation des produits et font l'objet de labels destinés à l'information du consommateur.

Fairtrade Labelling Organizations International

Les normes de commerce équitable ont pour but de faciliter l'accès au marché des petits producteurs tout en assurant de meilleures conditions de travail aux ouvriers. La FLO (*Fairtrade Labelling Organizations International*) est un regroupement de 25 initiatives nationales de commerce équitable fondé en 1997. Celui-ci réunit des labels utilisés simultanément dans plusieurs pays, tels que « Max Havelaar » (utilisé en France, en Suisse, en Belgique, en Norvège et au Danemark) ou « Transfair »

²⁵³ <http://www.bsigroup.ca/fr-ca/audit-et-certification/systemes-de-gestion/normes-et-programmes/ohsas18001/> (18.01.2012).

(Allemagne, Italie, Autriche, Luxembourg, Canada, Etats-Unis, Japon) mais aussi des labels purement nationaux tels que la « Fairtrade Mark » du Royaume-Uni.

A côté du soutien aux petits producteurs et de la coordination des labels de commerce équitable au niveau international, l'élaboration de normes est l'une des activités principales de la FLO. Un organisme de certification, FLO-CERT²⁵⁴, inspecte et certifie les producteurs par rapport à ces normes. Les normes sont élaborées conformément au Code de pratique d'ISEAL en matière de normalisation, ce qui garantit une participation de toutes les parties concernées à leur création²⁵⁵. Le processus d'élaboration est géré par une « unité » particulière de FLO (*'standards unit'*) et les décisions d'adoption sont prises par un comité spécifique (*Fairtrade International's Standards Committee*) composé de représentants des producteurs, des commerçants, des initiatives de labellisation et d'experts indépendants²⁵⁶. Les normes font l'objet d'une révision tous les cinq ans au moins.

Les normes produites par la FLO ont pour but d'assurer une rémunération équitable des producteurs et de promouvoir les méthodes de production socialement responsables et respectueuses de l'environnement. La FLO développe à la fois des normes générales pour plusieurs catégories d'utilisateurs et des normes spécifiques à certaines catégories de produits.

Les normes générales « *s'appliquent à toutes les situations dans les limites de la portée géographique de la certification Fairtrade International, quel que soit le produit à certifier, sauf mention contraire dans les Standards spécifiques Fairtrade de Produits en particulier*²⁵⁷ ». Elles sont au nombre de trois : elles sont applicables respectivement aux petits producteurs²⁵⁸, aux organisations employant des travailleurs salariés²⁵⁹ et aux commerçants souhaitant vendre des produits issus du commerce

²⁵⁴ Auparavant une branche de la FLO, FLO-CERT est depuis 2003 un organisme juridiquement indépendant afin d'assurer l'impartialité des évaluations. FLO-CERT est accréditée ISO Guide 65. L'accès aux certifications est payant pour les producteurs et entreprises intéressés depuis 2003.

²⁵⁵ http://www.fairtrade.net/setting_the_standards.html (18.01.2012).

²⁵⁶ Voir le document de la FLO, *Standard Operating Procedure – Development of Fairtrade Standards*, 2011, en particulier p. 4. Document disponible sur le site de FLO, http://www.fairtrade.net/setting_the_standards.html (18.01.2012).

²⁵⁷ « Standard du Commerce Equitable Fairtrade pour les organisations dépendant d'une main d'œuvre salariée », version du 01.05.2011, p. 3. http://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2011-12-29_FR_HL.pdf

²⁵⁸ « Standard Générique Fairtrade pour les Organisations de Petits Producteurs ». Cette expression désigne les petites exploitations familiales n'employant pas de travailleurs salariés sur une base régulière.

²⁵⁹ « Standard du Commerce Equitable Fairtrade pour les organisations dépendant d'une main d'œuvre salariée ». Elle est applicable à **toutes les entreprises** employant une main d'oeuvre salariée (fermes, plantations, usines, industries de fabrication, etc.).

équitable²⁶⁰. Elles contiennent des « critères centraux » (exigences minimales qu'une entreprise doit obligatoirement remplir afin d'obtenir la certification) ainsi que des « critères de développement », qui encouragent les producteurs à investir continuellement dans l'amélioration de leurs méthodes de production²⁶¹. Afin d'être en conformité avec la norme, l'utilisateur doit respecter tous les critères centraux et un « noyau minimum » concernant les critères de développement, qui est déterminé par l'organisme de certification.

Les normes relatives aux petits producteurs réglementent la production (protection de l'environnement, conditions de travail) ainsi que les activités commerciales (transparence de l'organisation, non-discrimination, mise en place des conditions d'une autonomisation durable et du développement des producteurs). Pour les organisations employant du personnel salarié, elles insistent particulièrement sur certains droits sociaux tels que la liberté d'association et de négociation collective²⁶².

La norme générale relative au commerce définit les conditions d'utilisation du logo *Fairtrade*, pose des exigences en matière de traçabilité des produits équitables et réglemente les contrats entre acheteurs (commerçants) et producteurs. Les commerçants souhaitant vendre des produits du commerce équitable doivent s'enregistrer auprès de la FLO et payer le prix minimum qu'elle définit. Ils doivent également faire rapport de leur chiffre de vente à la FLO, qui vérifie leur conformité aux chiffres fournis par les producteurs.

Toutes les normes générales imposent aux utilisateurs de respecter la législation nationale en vigueur, notamment lorsque celle-ci est plus exigeante que la norme. Ceci vaut également pour les pratiques sectorielles et régionales. De même, lorsqu'une norme générale est plus stricte qu'une norme de produit applicable simultanément, son application prévaudra.

²⁶⁰ « Standard Générique Commercial Fairtrade », voir Annexe 5. Il est applicable à « tous les opérateurs qui commercialisent des produits certifiés ». La norme précise également que « *tout opérateur achetant ou vendant des produits certifiés, et ceci jusqu'au point où le produit certifié est sous sa forme finale d'emballage pour le consommateur, doivent être en conformité avec ce Standard. Tous les payeurs Fairtrade (opérateurs responsables du paiement du prix Fairtrade) et les convoyeurs (opérateurs qui reçoivent ou transfèrent le prix Fairtrade), doivent être en conformité avec ce Standard* ».

²⁶¹ Les progrès effectués sur ces critères doivent faire l'objet d'un rapport annuel remis à l'organisme de certification.

²⁶² Le volet social des normes de la FLO est fondé sur les normes de l'OIT.

Il existe également une norme permettant aux producteurs qui ne disposent pas d'une structure d'entreprise organisée de participer au commerce équitable (*'Fairtrade Standard for Contract Production'*), à condition qu'ils soient soutenus par une organisation intermédiaire (exportateur, entreprise, ONG, etc.) qui les aidera à obtenir le statut de « petit producteur »²⁶³. Cette norme régleme donc une situation provisoire, les producteurs étant encouragés, une fois autonomes, à appliquer la norme sur les petits producteurs. Son champ d'application se limite aujourd'hui à des contrats relatifs au coton et fruits secs issus du Pakistan, et au le coton et riz issus d'Inde.

FLO est également à l'origine de plusieurs normes spécifiques à certains produits (bananes, café, cacao, coton, etc.) ; certaines d'entre elles sont destinées aux petites exploitations, d'autres aux travailleurs salariés. Elles sont applicables en même temps que les normes générales, mais en cas de conflit, leurs dispositions prévalent.

Enfin, un document spécifique fixe le « prix minimum du commerce équitable »²⁶⁴, prix minimum devant être payé au producteur pour obtenir la certification, ainsi que la « prime du commerce équitable », une somme payée aux producteurs en plus du prix des produits et destinée à l'investissement dans leur activité ou communauté (pour les producteurs) ou à l'amélioration de la situation socio-économiques des travailleurs et de leurs communautés (pour les organisations employant une main d'œuvre salariée).

En termes de certification, le certificat international introduit par la FLO, appelé *'International Fairtrade Certification Mark'*, a supplanté la majorité des labels nationaux existants, ce qui a permis de réduire les coûts logistiques des entreprises, celles-ci ne devant plus produire d'emballage spécifique pour chaque pays d'exportation²⁶⁵.

A côté de la certification des *produits* du commerce équitable, il existe également un logo ayant pour objet l'accréditation des *organismes* appliquant les principes du commerce équitable. Ce logo, appelé *'Fair Trade Organization Mark'*, a été créé en 2004 par l'organisation mondiale du commerce équitable, OMCE (ou WFTO, *World*

²⁶³ La norme définit à la fois les obligations de ces organisations « intermédiaires » et celles des producteurs.

²⁶⁴ Correspondant à un coût de production soutenable ajouté au coût de vie soutenable, tous deux calculés séparément pour chaque produit et chaque région.

²⁶⁵ FAO, 2007, *précité*, p. 71.

*Fair Trade Organisation*²⁶⁶ ; anciennement IFAT, *International Forum for Alternative Trade*). Il a pour but de permettre aux petites structures n'ayant pas les moyens de financer la certification de leurs produits ou alors pour celles fabriquant des produits artisanaux²⁶⁷ de faire reconnaître leur participation au commerce équitable. Seuls des organismes respectant les 10 principes du commerce équitable définis par l'OMCE et ayant fait l'objet d'un contrôle sont autorisés à user de ce logo²⁶⁸.

Ethical Trading Initiative (ETI)

La '*Ethical Trading Initiative*' (ETI) est une alliance d'entreprises, de syndicats et d'ONG créée en 1998 dans le but d'améliorer les conditions de travail des travailleurs pauvres dans le domaine de la production de biens de consommation. Elle est née en réaction à plusieurs campagnes médiatiques dénonçant l'exploitation des travailleurs dans les pays en développement par de grandes entreprises occidentales, ainsi qu'en raison du manque de crédibilité des codes existant à l'époque, pour la plupart mis en place unilatéralement par les entreprises. Créée par un petit groupe d'acteurs, l'initiative compte aujourd'hui plus de 70 entreprises membres²⁶⁹, trois syndicats²⁷⁰ et 15 ONG.

L'alliance qui fonde la ETI est de nature hybride, car soutenue financièrement depuis sa création par le gouvernement britannique²⁷¹. Son but est de promouvoir une chaîne de production et d'approvisionnement « éthique ». En dépit de ses origines nationales, son impact est aujourd'hui international²⁷² ; ETI déclare en effet que ses

²⁶⁶ Elle possède aujourd'hui des bureaux dans cinq régions du monde : Europe (*WFTO-Europe*), Asie (*WFTO Asia*), Amérique latine (*WFTO-Latin America*), Amérique du Nord et Pacifique (*WFTO – Pacific*) et Afrique (*Cooperation for Fair Trade in Africa*, COFTA).

²⁶⁷ Pour lesquels il n'existe pas de standards internationaux étant donné leur diversité et la multiplicité des méthodes de production.

²⁶⁸ L'OMCE développe également un « système » de commerce équitable (*WFTO Fair Trade System*) destiné aux producteurs marginalisés dans le cadre du système de certification « classique » des produits du commerce équitable. Elle travaillerait également sur une norme de gestion spécifique aux entreprises relevant du commerce équitable (*Sustainable Fair Trade Management System*). Voir

http://www.wfto.com/index.php?option=com_content&task=view&id=912&Itemid=316 (08.02.2012).

²⁶⁹ Parmi elles de grandes entreprises britanniques de distribution telles que Tesco, Mark's and Spencer et Sainsbury's, mais aussi des multinationales telles que Chiquita International.

²⁷⁰ Trade Union Congress (union de syndicats britannique), International Trade Union Federation (ITUC) et Council of Global Unions. Ces unions de syndicats couvrent à elles seules 160 millions de travailleurs à l'échelle de la planète.

²⁷¹ Le DFID (*Department for International Development*) lui a ainsi accordé 1,3 millions de livres pour la période 2011-2014. ETI se finance également par les contributions de ses membres (qui constituent environ la moitié de son budget) et la vente de certains services, tels que des programmes de cours sur le commerce éthique. <http://www.ethicaltrade.org/about-eti/funding>

²⁷² FAO, 2007, *précité*, p. 72.

actions touchent aujourd'hui 9,8 millions de travailleurs²⁷³. Sa structure tripartite comprenant des représentants des entreprises, des syndicats et d'ONG confère aux normes qu'elle élabore une légitimité importante.

ETI a publié en 1998 un *Code de conduite*²⁷⁴ (ou '*Base Code*') fondé sur les conventions de l'OIT. Il s'agit d'un code de référence qui énonce des droits fondamentaux en matière de conditions de travail : sécurité et santé, salaire minimum, liberté d'association, interdiction du travail des enfants, etc. En 2005, ce code a été complété par des *Lignes directrices*²⁷⁵ à l'intention des petites entreprises en matière de mise en œuvre. Les entreprises membres d'ETI s'engagent à adopter ces deux instruments et à soumettre un rapport annuel à ETI sur les progrès de la mise en œuvre. Pour ce faire, elles s'engagent à mettre en œuvre des programmes d'évaluation internes. Des vérifications sur place sont également effectuées annuellement par le Secrétariat d'ETI. Il n'existe ni certification ni label pour les normes d'ETI.

En dépit de son appellation '*ethical trading*', cette initiative est moins complète, du moins du point de vue normatif²⁷⁶, que celle de la FLO car elle se limite à l'énoncé général de certains droits sociaux. Alors que la démarche de la FLO est fondée sur une constante amélioration et prend en compte le développement à la fois social, économique et environnemental des communautés concernées, ETI reste centrée sur l'aspect social. De plus, la FLO est une initiative directement issue des petits producteurs, alors qu'ETI repose surtout sur la prise de responsabilité des distributeurs et revendeurs. C'est d'ailleurs par cette différence de perspective (petits producteurs issus de pays en développement/larges groupes de distributeurs) qu'ETI justifie l'existence de deux courants distincts, le « commerce éthique » et le « commerce équitable ». Elle leur reconnaît néanmoins une certaine complémentarité :

“The ethical trade movement originated the 1990s when campaigns and media exposés brought attention to the harsh conditions of workers

²⁷³ <http://www.ethicaltrade.org/about-eti/our-impact-on-workers> (19.11.2011).

²⁷⁴ <http://www.ethicaltrade.org/sites/default/files/resources/ETI%20Base%20code%20-%20French.pdf>

²⁷⁵ <http://www.ethicaltrade.org/sites/default/files/resources/Principles%20of%20Implementation.%20ENG.pdf>

²⁷⁶ ETI met notamment en place des programmes nationaux visant à améliorer les conditions de travail sur place, dans certains secteurs d'activité. Ces programmes, ou projets pilotes, sont cependant indépendants du volet normatif de l'initiative.

producing clothes, shoes, toys, food and other consumables for multinational companies. Ethical trade involves large buying companies taking a series of recognised steps to improve the conditions of the workers throughout their supply chains, wherever they are in the world. The fairtrade movement originated in the 1980s to protect poor developing country farmers from low international market prices of commodities such as coffee, cocoa and tea. Products carrying the FAIRTRADE Mark help address the injustice of low prices by guaranteeing that producers receive fair terms of trade and fair prices - whatever the conventional market is. Producer organisations also receive a small premium for business or social development projects²⁷⁷”.

Ceci permet de souligner deux autres divergences : le commerce éthique est fondé sur le comportement des entreprises d’achat et de distribution alors que le commerce équitable adopte une approche centrée sur le produit ; par ailleurs, le commerce équitable accorde beaucoup d’importance à la visibilité de la démarche équitable par le consommateur, alors que ce n’est pas le cas d’ETI (absence de label et de certification).

C. Protection de l’environnement

Les normes de protection de l’environnement sont de nature très diverse. Elles peuvent être spécifiques à un secteur d’activité (protection des forêts, de l’environnement marin), propres à la stratégie commerciale d’une entreprise (*Nature’s Choice*) ou encore relatives à la gestion environnementale des entreprises (ISO 14000). Ici aussi, la liste des normes citées ne prétend pas à l’exhaustivité, mais à l’exemplification des principaux types de normes privées environnementales.

Remarque : de nombreuses normes mêlent protection sociale et protection de l’environnement, à tel point qu’elles ne peuvent réellement être attribuées à l’une de ces catégories en particulier. Un rapport de la FAO²⁷⁸ précise ainsi qu’il n’existe pas de normes d’ONG purement environnementales ; elles contiennent toutes soit des dispositions sociales soit des spécifications en matière d’agriculture biologique et sont pour cette raison traitées sous ces rubriques. Nous verrons deux exemples de ces

²⁷⁷ <http://www.ethicaltrade.org/faqs>(20.01.2011).

²⁷⁸ FAO, “Private Standards in the United States and European Markets for Fruits and Vegetables. Implications for Developing Countries”, 2007, *précité*.

normes combinant plusieurs exigences : la Filière Qualité de Carrefour au niveau de l'entreprise, et les normes de l'alliance ISEAL au niveau d'une ONG à portée internationale.

1. *Forest Stewardship Council (FSC)*

Dans le domaine de la gestion durable des forêts, le *Forest Stewardship Council* (FSC) est une initiative à but non-lucratif réunissant des membres issus d'organisations sociales et environnementales, des entreprises du secteur forestier ainsi que de tous les acteurs intéressés. La norme FSC repose sur dix principes ayant trait à la protection de l'environnement, au bien-être des travailleurs et à la bonne gestion des forêts.

Sur le plan de la gouvernance, une Assemblée générale composée de trois chambres (sociale, environnementale et économique) représente les différents intérêts ; ces intérêts sont également représentés au sein d'un Conseil des directeurs²⁷⁹.

Il existe deux schémas de certification FSC : la certification de la gestion des forêts et la certification de la chaîne de distribution ('*chain of custody*' qui couvre toute la vie du produit, de la forêt d'où il est issu à sa transformation et distribution²⁸⁰). Le FSC n'accorde pas lui-même de certification, mais accrédite les organismes certificateurs.

2. *Marine Stewardship Council (MSC)*

Le *Marine Stewardship Council* (MSC) est né d'un partenariat entre le WWF et Unilever en 1997 ; il est devenu une organisation indépendante en 1999. Son objectif est de promouvoir les pratiques de pêche durable à travers le monde. Il s'agit d'une association à but non-lucratif, financée essentiellement par des dons et par les revenus de 'MSC International', sa branche commerciale, qui administre notamment les droits d'utilisation de l'écolabel MSC²⁸¹. L'organisation est dirigée par un '*Board of Trustees*' (Conseil des directeurs) conseillé par un Conseil consultatif technique ('*Technical Advisory Board*') et d'un '*Stakeholder Council*' (composé d'une chambre commerciale et d'une chambre d'« intérêt public »). Des représentants de l'industrie, des intérêts environnementaux et de la science, issus de différentes zones

²⁷⁹ Voir <http://www.fsc.org/governance.html> (31.08.2011).

²⁸⁰ Voir UNIDO, précité, p. 27.

²⁸¹ Voir <http://www.msc.org/a-propos-du-msc/21-facts#2-le-msc-est> (31.08.2011).

géographiques, sont présents dans chacun de ces organes. Des comités et groupes de travail sont mis en place pour des questions spécifiques²⁸².

Le MSC cherche à valoriser la pêche durable à travers un programme de certification qui il peut donner lieu à l'apposition de l'écolabel MSC. Les pêcheries doivent se conformer au « référentiel MSC pour une pêche durable²⁸³ » pour être certifiées. Seuls les produits d'une pêcherie certifiée pourront porter le label MSC. Le référentiel a été élaboré en prenant en compte les intérêts de tous les acteurs concernés :

*« Ce référentiel est le fruit d'un processus de consultation international qui s'est déroulé sous la forme de huit ateliers régionaux et deux sessions de rédaction par des experts. Plus de 300 organisations et experts du monde entier y ont participé. Le référentiel est basé sur le Code de Conduite de la FAO pour une pêche responsable, et sur d'autres outils internationaux de préservation de l'environnement²⁸⁴ ».**

Il repose sur trois principes que les pêcheries concernées doivent respecter : pérenniser les stocks de poisson, minimiser l'impact environnemental et mettre en place un système de gestion efficace.

Les organismes qui certifient la conformité à ce référentiel appliquent les *Exigences générales pour tout organisme de certification* et les *Exigences de certification des Pêcheries* mises en place par le MSC. La certification est valable cinq ans, et les entreprises sont soumises à un audit annuel.

Afin de pouvoir apposer le label MSC sur le produit final, toutes les entreprises de la chaîne d'approvisionnement (transformateurs, fournisseurs, restaurateurs, etc.) doivent obtenir la certification *Chaîne de Garantie d'Origine* du MSC²⁸⁵.

Le MSC a mis en place un programme pour les pays en développement. Un *Groupe de travail sur les PED* aborde ainsi des problématiques telles que la création de partenariats pour l'engagement des pêcheries dans le programme MSC, le financement des coûts de certification ou la représentation des PED au sein du MSC. La dernière réunion du Groupe s'est tenue en mai 2011²⁸⁶.

²⁸² <http://www.msc.org/about-us/governance/structure>

²⁸³ <http://www.msc.org/a-propos-du-msc/referentiels/referentiel-pecheries> (14.09.2012)

²⁸⁴ <http://www.msc.org/a-propos-du-msc/referentiels/referentiel-pecheries>

²⁸⁵ <http://www.msc.org/documentation/guides-pratiques-certification/certification-msc-chaine-de-garantie-d-origine/certification-msc-chaine-de-garantie-d-origine.pdf/view>

²⁸⁶ <http://www.msc.org/a-propos-du-msc/msc-dans-pays-voie-developpement/groupe-travail-msc-pays-voie-developpement>

3. ISO 14000 – Systèmes de management environnemental

Un exemple de norme de gestion environnementale d'origine internationale est la norme ISO 14001:2004 « *Systèmes de management environnemental – Exigences et lignes directrices pour son utilisation* »²⁸⁷. Comme la série ISO 9000 relative à la gestion de la qualité, cette norme vise à la mise en place d'un système de gestion ; elle ne concerne pas directement les caractéristiques d'un produit, mais les conditions de travail dans l'entreprise qui le fabrique.

La norme ISO 14001 exige des entreprises la mise en place d'une politique environnementale incluant par exemple la définition de responsabilités, la formation du personnel ou l'élaboration d'un système de contrôle. Elle repose sur le principe de l'amélioration continue des performances environnementales des entreprises et leur impose le respect de la réglementation environnementale existante. Il s'agit d'une norme-cadre définissant les critères généraux pour la mise en place d'un système de management environnemental ; elle n'est pas spécifique à un secteur d'activité. Elle est ainsi applicable à des acteurs très divers du secteur public et privé (entreprises, administrations, services publics). Pour satisfaire à cette norme, il faut « apporter les preuves objectives, pouvant être soumises à un audit, que le système de management fonctionne efficacement et en conformité à la norme²⁸⁸ ».

La norme ISO 14001 est accompagnée de la norme ISO 14004:2004 intitulée « *Systèmes de management environnemental – Lignes directrices générales concernant les principes, les systèmes et les techniques de mises en œuvre* »²⁸⁹.

La norme ISO 14001 jouit d'une popularité croissante²⁹⁰, au point de devenir une « certification par défaut » pour les grandes entreprises alimentaires. Elle est

²⁸⁷ Elle est issue de la famille ISO 14000, qui est née de l'engagement de l'ISO à respecter l'objectif de développement durable fixé par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 1992). Les normes sont élaborées par le Comité ISO/TC 207 « Management environnemental », créé en 1993. Ce comité compte aujourd'hui des délégations d'experts issues de 75 pays, 26 délégations au titre d'observateur et 41 organisations régionales ou internationales telles que la CNUCED, le PNUE, l'OMS et l'OMC.

http://www.iso.org/iso/fr/iso_catalogue/management_and_leadership_standards/environmental_management/origins_and_iso_tc207.htm

La famille ISO 14000 compte également des normes non directement relatives aux systèmes de management, par exemple les normes ISO 14064 et ISO 14065 pour la quantification et la vérification des gaz à effet de serre.

²⁸⁸ http://www.iso.org/iso/fr/iso_catalogue/management_standards/iso_9000_iso_14000/iso_14000_essentials.htm (20.01.2012)

²⁸⁹ Il existe également des normes plus spécifiques relatives à la mise en œuvre des systèmes de management environnemental : ISO 14005:2010 « Systèmes de management environnemental -- Lignes directrices pour la mise en application par phases d'un système de management environnemental, incluant l'utilisation d'une évaluation de performance environnementale », ISO 14006:2011 « Systèmes de management environnemental -- Lignes directrices pour intégrer l'éco-conception », mais aussi des normes relatives à des aspects particuliers du management environnemental tels que l'analyse du cycle de vie (normes ISO 14040:2006 et 14044:2006) ou les communications environnementales (ISO 14063:2006), etc.

cependant moins répandue auprès des PME, pour lesquelles les coûts de certification peuvent être élevés. L'ISO a par conséquent mis en place un outil d'aide aux PME, sous la forme d'une liste de référence qui doit leur permettre d'évaluer leurs performances environnementales et d'identifier les domaines où une amélioration est possible.

Il n'existe pas de label pour la norme ISO 14001 ; les entreprises qui l'appliquent ne peuvent donc appliquer le logo de l'ISO sur leurs communications ou leurs produits²⁹¹. Les certifications ainsi que les évaluations de conformité (audits) ne sont pas effectuées par l'ISO mais par des organismes indépendants. La certification n'est cependant pas une exigence de la norme ; une entreprise peut ainsi appliquer les normes ISO 14000 sans chercher à se faire certifier.

4. *Nature's Choice (Tesco)*

Parmi les normes d'entreprise, la norme 'Nature's Choice' de la chaîne de supermarchés Tesco (Royaume-Uni) est l'une des plus connues. Née en 1991 sous la forme d'un code d'entreprise, elle est devenue avec les années une norme à dimension véritablement internationale, car son respect est demandé par Tesco à l'ensemble de ses fournisseurs de fruits, légumes et produits frais, locaux et étrangers. Il s'agit d'une norme '*business-to-business*', avec la particularité toutefois que les spécifications concernent les méthodes de production et non le produit lui-même. La norme Nature's Choice fait aujourd'hui l'objet de vérifications indépendantes, sous la forme d'audits.

Bien qu'elle recouvre aujourd'hui également les bonnes pratiques agricoles, la santé et la sécurité des travailleurs, elle était à l'origine conçue comme une norme purement environnementale. Elle a ainsi été introduite dans le but de contrôler

²⁹⁰ D'après les chiffres indiqués par l'ISO, la norme 14001/2004 serait appliquée par environ 200 000 organismes dans 155 pays.

http://www.iso.org/iso/fr/iso_catalogue/management_and_leadership_standards/environmental_management.htm
(20.01.2012)

²⁹¹ Le logo de l'ISO est en effet une marque déposée. Son utilisation sur les produits ou toute autre communication donnerait l'impression que l'ISO effectue elle-même les certifications ou autorise les organismes qui utilisent son logo ; toute utilisation est donc interdite par l'organisation. Voir

http://www.iso.org/iso/fr/iso_catalogue/management_and_leadership_standards/certification/iso_s_logo_not_for_use.htm

Une indication du respect de la norme ISO 14001 par le fabricant est cependant permise, à condition que le logo ISO ne soit pas utilisé. FAO, 2007, *précité*, p. 56.

l'usage des pesticides par les fournisseurs et de promouvoir les pratiques d'agriculture durable. Elle est fondée sur une politique d'encouragement d'une amélioration constante des performances. Pour cela, elle met en place plusieurs catégories (allant de « bronze » à « or ») dans lesquelles sont classés les producteurs et en fonction desquelles ils sont invités à évoluer²⁹².

La norme 'Nature's Choice' concerne les méthodes de production plutôt que les produits et demande aux entreprises d'introduire un plan de conservation ou '*farm conservation plan*' afin de protéger les ressources naturelles et les espèces en danger. L'accent est mis sur la gestion de l'eau, le recyclage ainsi que l'usage d'insectes spécifiques à la place de certains pesticides.

Les révisions de la norme sont menées par un « comité technique consultatif » composé de membres de l'équipe technique de Tesco, de producteurs, d'experts techniques indépendants ainsi que de membres de CMi²⁹³, une entreprise extérieure devenue par contrat le « registraire » ('*registrar*') de la norme²⁹⁴. La participation de parties prenantes, assez rare pour une norme d'entreprise, a pour but de garantir une certaine indépendance de la norme par rapport aux intérêts de l'entreprise.

La vérification de la conformité avec la norme (certification et enregistrement des producteurs) est gérée par CMi, ce qui permet de garantir l'indépendance de l'évaluation de conformité. CMi fait appel à des vérificateurs issus de son propre personnel de vérification ainsi qu'à des auditeurs indépendants issus d'organismes nationaux de certification²⁹⁵. Les producteurs sont contrôlés de manière annuelle.

5. ISEAL

Les normes élaborées par l'Alliance ISEAL ('*International Social and Environmental Accreditation and Labelling Alliance*') ou « Alliance internationale pour l'accréditation et la labellisation sociale et environnementale » comportent à la fois des aspects sociaux et environnementaux. Elles ont pour spécificité de traiter plus particulièrement de l'élaboration et de l'application des normes privées de

²⁹² Voir par exemple la présentation de S. COX, directeur de produit à CMi Certification, à l'OMC : "Tesco Nature's Choice. An Example of a Private Scheme", www.wto.org/english/tratop_e/.../tesco_e.ppt, 25 juin 2007.

²⁹³ <http://www.nsf-cmi.com/about.asp?content=about> (09.09.2012)

²⁹⁴ S. HENSON, J. HUMPHREY, « Les impacts de normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et les processus publics de normalisation », FAO/OMS, mai 2009, p. 24.

²⁹⁵ S. HENSON, J. HUMPHREY, Document FAO, *précité*, 2009, p. 23.

développement durable (*'sustainability standards'*). Elles définissent les bonnes pratiques en matière de création des normes et constituent donc des méta-normes ou « normes relatives aux normes » (voir *supra*).

ISEAL est née dès 1999 sous la forme d'une alliance informelle de quatre organismes de certification issus de secteurs différents²⁹⁶ mais ayant constaté que leurs normes se recouvraient en partie ; afin de remédier à cela, ils ont signé un Accord de principe posant les bases de leur coopération. Depuis 2002, en raison du succès de l'initiative et de l'augmentation du nombre de ses membres (passé de quatre à huit²⁹⁷), elle prend le nom d'ISEAL et se donne pour forme juridique celle d'une société à but non lucratif (*'not-for-profit company'*) de droit anglais²⁹⁸. Aujourd'hui ISEAL compte 12 membres à part entière²⁹⁹ et 7 membres associés³⁰⁰.

Le but d'ISEAL n'est pas d'harmoniser le contenu des normes (car ses membres sont issus de domaines d'activité différents) mais d'harmoniser les *pratiques* relatives à l'élaboration des normes et à leur suivi. A cette fin, l'alliance a élaboré deux Codes de bonnes pratiques, relatifs respectivement à l'élaboration des normes et à leur impact. Ces codes s'inscrivent dans une logique de « crédibilité³⁰¹ », car ils visent à conférer aux normes élaborées selon leurs critères une légitimité procédurale particulière (à travers la participation de multiples parties prenantes, la transparence des mécanismes de création et d'application des normes, et l'action en faveur d'une harmonisation des normes de développement durable). Ils ne sont pas directement applicables aux produits, mais constituent des outils de référence à la disposition des

²⁹⁶ FSC (gestion durable des forêts), IFOAM (agriculture biologique), Fair Trade (commerce équitable), MSC (gestion durable des ressources marines).

²⁹⁷ Les organismes fondateurs sont : *Fairtrade Labelling Organizations (FLO)*, *Forest Stewardship Council (FSC)*, *Fédération internationale des mouvements d'agriculture biologique (IFOAM)*, *International Organic Accreditation Service (IOAS)*, *Marine Aquarium Council (MAC)*, *Marine Stewardship Council (MSC)*, *Rainforest Alliance* et *Social Accountability International (SAI)*.

²⁹⁸ <http://www.isealalliance.org/content/about-us> (19.11.2011).

²⁹⁹ Selon les informations données par le site d'ISEAL le 07.11.2011.

³⁰⁰ Ces derniers ont accepté le Code d'éthique d'ISEAL et s'engagent à respecter les bonnes pratiques en matière d'élaboration de normes ou d'accréditation internationale dans le délai d'un an.

³⁰¹ <http://www.isealalliance.org/about-standards/what-are-credible-standards> (09.09.2012) ISEAL est d'ailleurs en train d'élaborer une liste de « Critères de crédibilité » (*'Credibility Principles'*) ayant vocation à devenir une référence internationale dans le domaine des bonnes pratiques, dans le but d'accroître l'effectivité des normes de développement durable. La période de consultation des membres se déroule du 3 septembre au 7 décembre 2012. Voir <http://www.isealalliance.org/our-work/defining-credibility/our-credibility-principles> (09.09.2012). Parallèlement, afin d'accroître la transparence sur les labels et mentions existantes, ISEAL s'efforce d'en établir une taxinomie (*'taxonomy of claims'*), <http://www.isealalliance.org/our-work/defining-credibility/making-accurate-claims> (09.09.2012).

entreprises, ou plus généralement de tout organisme public ou privé dont l'activité est d'élaborer des normes sociales ou environnementales ou de contrôler leur application.

Le premier code (*'Standard-Setting Code'*) a pour but de promouvoir une production « transparente et responsable » des normes sociales et environnementales³⁰². Il contient des dispositions relatives aux consultations publiques (art. 5.6) ou au consensus lors de la prise de décision (art. 5.9.1). Il s'inscrit expressément dans une logique commerciale (les normes doivent être élaborées de manière à constituer la mesure la moins restrictive pour le commerce³⁰³) et se veut un complément à l'Annexe 3 de l'Accord OTC et au Guide 59 de l'ISO³⁰⁴. Ainsi, les notes relatives au champ d'application du code (qui en font partie intégrante) précisent que son application est subsidiaire à celle de l'Accord OTC, lorsque celui-ci est applicable³⁰⁵. Les normes doivent également prendre en compte les normes internationales existantes sauf lorsque celles-ci sont inefficaces ou inexistantes (art. 6.5.1).

Le second code (*'Impacts Code'*)³⁰⁶ définit les principes permettant d'évaluer l'impact des normes (champ d'application, participation, etc.) mais aussi les méthodes de contrôle et d'évaluation. Il doit permettre à ses usagers de mesurer les effets des normes sur le moyen et long terme afin de les inciter à améliorer leurs résultats et à définir leur politique normative future. Ce code a également pour but d'instaurer une certaine forme de responsabilité (*'accountability'*) vis-à-vis des bénéficiaires de la norme (société civile, consommateurs)³⁰⁷.

Un troisième code, relatif aux bonnes pratiques permettant d'évaluer (d' « assurer ») la conformité aux normes environnementales et sociales (*'Assurance Code'*), est en

³⁰² Voir Annexe 4 En particulier: article 1.1, "*This Standard-Setting Code specifies general requirements for transparent and accountable preparation, adoption and revision of standards that address social and environmental practices*". Il s'agit de la version v5.0 de juin 2010. Le code fait l'objet d'une révision tous les quatre ans.

³⁰³ L'article 6.1.2 précise que la norme ne doit pas être plus restrictive au commerce que nécessaire à la réalisation de son objectif légitime.

³⁰⁴ Voir les notes relatives à l'article 1.2 (en italique dans le texte original):

"This Standard-Setting Code has been developed to fill a void in existing guidance to standard-setting organisations. While most product-related standards are adequately addressed by the TBT Agreement Annex 3 and ISO Guide 59, these reference documents are not relevant in their entirety to social and environmental standards, which are covered by this Code.

This Code is meant to complement and coexist with these two normative documents. To the extent that the TBT Agreement Annex 3 is relevant, it is recommended that standard-setting organisations comply with its criteria".

³⁰⁵ Le but d'ISEAL serait d'adapter les procédures internationalement reconnues d'élaboration des normes aux normes volontaires des PMP (procédés et méthodes de production – qui sont en général considérées comme tombant hors du champ d'application des accords OMC, voir infra PARTIE 2). Voir FAO, « Normes environnementales et sociales, certification et labellisation des cultures commerciales », Rome, 2003, 111 p., p. 29.

³⁰⁶ Version v1.0 d'octobre 2010.

³⁰⁷ Voir l'introduction au Code, http://www.isealliance.org/sites/default/files/P041_ISEAL

cours d'élaboration³⁰⁸. Ses dispositions porteront sur les bonnes pratiques à destination des organismes d'audit, de certification et d'accréditation afin de promouvoir leur accessibilité et leur crédibilité³⁰⁹.

La procédure d'élaboration des codes est réglementée par un document qui s'inspire du code sur l'élaboration des normes (*'Standard-Setting Code'*). Ce document, intitulé *"ISEAL Code Development Procedure"*³¹⁰, exige entre autres que soit préalablement justifiée la nécessité de la norme (ou, en l'occurrence, du code) et que le processus inclue deux périodes de consultation publique, les commentaires devant être incorporés dans une version révisée du code.

L'élaboration d'un code dure en moyenne deux ans ; après cela, une procédure de révision doit avoir lieu tous les quatre ans³¹¹. Par ailleurs, le respect des codes est une condition nécessaire à l'adhésion à ISEAL.

6. Filière qualité de Carrefour

La « Filière Qualité » mise en place par Carrefour est un exemple de norme privée en matière de développement durable mise en œuvre par une entreprise au niveau national. La filière qualité prévoit une norme spécifique pour chaque chaîne de production (viande bovine, crevettes, fruits et légumes, etc.), mais toutes sont fondées sur des principes communs tels que l'« authenticité » des produits, des prix équitables, et le respect de l'environnement. La plupart de ces chaînes d'approvisionnement ont été développées en France pour les consommateurs français, mais il existe également des chaînes à l'étranger qui approvisionnent soit le marché français (par exemple pour les ananas en provenance de Côte d'Ivoire) soit leur marché national (au Brésil³¹²). Selon les indications de Carrefour, le Groupe comptait, en 2010, 395 filières qualité dans 14 pays³¹³.

Les critères mis en œuvre dans le cadre des filières qualité ne semblent pas faire l'objet d'une certification. Cependant, des tests de conformité sont effectués par des

³⁰⁸ Le processus a débuté en janvier 2011 et l'adoption du code est prévue pour juin 2012. Le premier cycle de consultations sur la version initiale du texte s'est déroulé du 1^{er} novembre au 31 décembre 2011. Voir <http://www.isealalliance.org/code> (19.11.2011).

³⁰⁹ <http://www.isealalliance.org/our-work/codes-of-good-practice/assurance-code> (09.09.2012)

³¹⁰ "ISEAL Code Development Procedure", P045, Version 1.0, Janvier 2010, <http://www.isealalliance.org/sites/default/files/P045%20ISEAL%20Code%20Development%20Procedure%20v1.0%20Jan10.pdf> (09.09.2012)

³¹¹ <http://www.isealalliance.org/content/code-development>

³¹² Voir à ce sujet la présentation du groupe Carrefour sur « 30 ans de présence de Carrefour au Brésil : le cas des filières de qualité », Institut de l'entreprise, Université d'automne 2003, http://www.institut-entreprise.fr/fileadmin/Docs_PDF/travaux_reflexions/Mondialisation/20_etudes_de_cas/CARREFOUR.pdf (09.09.2012)

³¹³ <http://www.carrefour.com/cdc/commerce-responsable/securite-et-qualite-des-produits/> (09.09.2012).

organismes indépendants³¹⁴. Pour certains référentiels autonomes, qui seront ensuite commercialisés dans le cadre de la démarche qualité de Carrefour³¹⁵, le respect de la norme est contrôlé par un organisme certificateur indépendant. C'est par exemple le cas de la « Filière qualité race normande » dans le domaine de la viande bovine³¹⁶.

D. Agriculture

L'agriculture « durable », dont le but est de promouvoir les pratiques environnementalement et socialement responsables, fait l'objet de normes isolées, issues de groupements d'entreprises ou d'ONG, mais aussi de véritables régimes, qui se développent dans les secteurs extrêmement réglementés que sont l'agriculture biologique et les bonnes pratiques agricoles. Toutes ces normes s'inscrivent dans une démarche de développement durable, mais la spécificité de l'objet des secondes justifie qu'ils fassent l'objet de développements séparés. Ces normes sont en général beaucoup plus détaillées et spécifiques que les normes générales de développement durable. On peut donc supposer que leur impact concret sur les conditions de vie des producteurs et la qualité des produits, et donc leur efficacité, est plus important. Nous examinerons d'abord les normes générales relatives à une agriculture responsable, avant d'envisager le cas particulier de l'agriculture biologique.

1. Agriculture responsable

Les normes d'agriculture responsable sont issues aussi bien d'entreprises et d'ONG que d'initiatives régionales hybrides.

Sustainable Agriculture Initiative

Sur le plan des normes d'entreprises, trois multinationales majeures de l'agroalimentaire – Nestlé, Unilever et Danone – ont fondé en 2002 la plateforme 'Sustainable Agriculture Initiative' (SAI) en vue de promouvoir les principes d'une agriculture durable et de partager leurs connaissances dans ce domaine. En 2005, la plateforme regroupait déjà 19 entreprises et elle en compte aujourd'hui plus de trente³¹⁷. L'initiative s'adresse à des entreprises de l'agriculture conventionnelle et ne vise pas des marchés de niche³¹⁸.

³¹⁴ « Un organisme de contrôle indépendant inspecte les produits pour s'assurer de leur conformité en termes de sécurité et de qualité ». Voir <http://www.carrefour.com/cdc/commerce-responsable/securete-et-qualite-des-produits/> (09.09.2012).

³¹⁵ Ces produits porteront par la suite le logo « engagement qualité » de Carrefour.

³¹⁶ <http://www.fqrn.fr/filiere.asp> (09.09.2012)

³¹⁷ <http://www.saiplatform.org/about-us/who-we-are-2> (02.04.2012)

³¹⁸ FAO, 2007, *précité*, p. 49.

La plateforme a mis en place plusieurs groupes de travail sur des produits ou groupes de produits spécifiques (céréales, produits laitiers, fruits, etc.). Ceux-ci élaborent des projets de lignes directrices sur la base de projets pilotes préalablement effectués et de consultations avec les parties prenantes. Les membres de la plateforme sont libres de participer au processus d'élaboration des normes ou à leur mise en œuvre.

Les normes (nommées '*draft principles*') portent sur l'agriculture durable (sélection du site, etc.), la « durabilité » économique (résidus maximums fixés en-dessous des seuils légaux, structure financière, transparence, etc.), sociale (conditions de travail, renforcement des économies locales) et environnementale (conservation des sols, des ressources en eau, de la biodiversité, gestion des déchets, etc.). On peut noter que les dispositions sociales sont fortement inspirées des conventions internationales de l'OIT. En revanche, aucune référence n'est faite à la norme HACCP. Cette dernière ne faisant pas partie des normes internationales reconnues par l'OMC, cette démarche révèle une logique d'adoption de normes sur la base des normes internationales existantes, ainsi que le préconise l'OMC. De la part d'une initiative s'inscrivant dans un esprit de développement durable ceci traduit sans doute le souci des multinationales de désamorcer le reproche d'opacité et de « détournement stratégique » souvent adressé aux normes privées.

Aucun label ou système de certification n'est associé aux normes de la plateforme ; une fois finalisées, leur application est de la seule responsabilité des entreprises membres.

Sustainable Agriculture Network

Sur le plan de la société civile, le '*Sustainable Agriculture Network*' (SAN) rassemble dix ONG d'Amérique du sud et centrale. Ce réseau a été créé dans le but de coordonner les initiatives existantes issues de cinq ONG. Le secrétariat de l'initiative a été établi au sein de la branche costaricaine de la *Rainforest Alliance*, l'une des ONG participantes.

Cette coalition développe essentiellement, en coopération avec les producteurs, des normes spécifiques à certains produits tropicaux, tels que la banane, les agrumes, le café, le cacao, certaines plantes décoratives, etc. Les normes contiennent des

exigences environnementales³¹⁹ et sociales³²⁰. Le SAN a également développé une norme générale relative au management social, environnemental et agronomique des entreprises cultivant des produits spécifiés³²¹. La certification est effectuée par le membre local de SAN ou à défaut par la *Rainforest Alliance*. Aucune accréditation n'est exigée. Les producteurs doivent couvrir les frais de certification et une redevance fixe par hectare³²².

Le champ d'application des normes SAN est limité aux pays d'Amérique du Nord et du Sud. Un produit certifié peut porter le label '*Rainforest Alliance Certified*', mais tous les produits certifiés ne le portent pas, ce qui rend difficile à délimiter le champ d'application et l'impact des normes SAN auprès des consommateurs.

Le cadre harmonisé du COLEACP

Au niveau inter-régional le *Comité de Liaison Europe/Afrique-Caraïbes-Pacifique* (COLEACP) a mis en place un « cadre harmonisé » (*'harmonized framework'*) dans le domaine de l'horticulture³²³. Il s'agit d'une définition commune des exigences de base en matière de sécurité sanitaire et de normes sociales et environnementales.

Contrairement aux normes purement privées, ces lignes directrices sont destinées à être incorporées dans les législations nationales. Même dépourvues d'impact direct sur les marchés européen et américain, les normes de COLEACP influencent les pratiques locales comme le montre l'exemple de KenyaGAP, reconnue sous la norme EurepGAP³²⁴.

2. Agriculture biologique

L'agriculture biologique est étroitement liée aux préoccupations de développement durable. Elle préconise une politique de conservation des sols, l'interdiction de l'usage de pesticides et d'OGM, ainsi que l'utilisation de fertilisants et insecticides naturels. De nombreuses formes d'agriculture traditionnelle, telles que pratiquées dans les pays en développement sont, *de facto*, des formes d'agriculture biologique.

³¹⁹ Pas de déforestation, spécifications en matière de conservation des sols, des ressources en eau, spécifications en matière de traitement des parasites et de traitement des déchets, etc.

³²⁰ Respect des conventions de l'OIT pour ceux qui les ont ratifiées, à défaut application directe de la norme qui reprend leurs exigences.

³²¹ La dernière version de cette norme date de juillet 2010. <http://sanstandards.org/sitio/subsections/display/9>

³²² FAO, 2007, *précité*, p. 52.

³²³ Le comité est composé d'associations d'importateurs et d'exportateurs ainsi que d'autres acteurs concernés.

³²⁴ Cf. Partie 2 Titre 2.

La croissance rapide de la part de marché des produits biologiques³²⁵, due à une réaction des consommateurs à plusieurs scandales sanitaires (se tournant vers des produits perçus comme plus sains), explique la prolifération des normes privées dans ce domaine. Au niveau international, cette évolution a été prise en compte par l'élaboration et l'adoption, en 1999, des Lignes Directrices du *Codex Alimentarius* sur la production, la transformation, l'étiquetage et la commercialisation de produits biologiques (CAC/GL32). Par ailleurs, la FAO et la CNUCED ont créé conjointement avec IFOAM une 'Task Force' sur l'harmonisation et l'équivalence dans le cadre de l'agriculture biologique (*International Task Force on Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture*) chargée de faire des propositions en matière d'équivalence des normes, règlements et mécanismes de vérification de conformité (voir *infra*). Ces propositions sont adressées aux gouvernements, à la Commission du Codex ainsi qu'à tout organisme pertinent ; elles ont pour but d'harmoniser au niveau international les exigences en matière d'agriculture biologique.

Sur le plan privé, il existe d'innombrables labels et programmes de certification³²⁶ mis en place par les entreprises ; les branches chargées de la certification ont souvent été transformés en organismes indépendants afin d'assurer leur indépendance³²⁷. Ces normes d'entreprise sont souvent plus strictes que les législations nationales ou que le standard d'IFOAM, qui constitue la principale tentative d'établir une norme unifiée au niveau international.

IFOAM (*International Federation of Organic Agriculture Movements*) est une ONG rassemblant plusieurs acteurs de l'agriculture biologique : associations d'agriculteurs, organismes de certifications, commerçants, consommateurs et experts. Il s'agit aujourd'hui de la plus large organisation en matière d'agriculture biologique, avec 750 membres dans 108 pays³²⁸.

IFOAM a développé la première version de sa norme (*IFOAM Basic Standard – IBS*) en 1980, précédant ainsi la plupart des législations nationales. Cette norme sert de

³²⁵ Cette tendance a atteint un pic à la fin de la décennie '90 et au début des années 2000, lorsque les ventes au détail de produits biologiques augmentaient de près de 20% par an dans les pays européens et aux Etats-Unis. Voir FAO 2007, *précité*, p. 59.

³²⁶ Il est nécessaire de distinguer les organismes certifiant la conformité aux réglementations nationales et ceux certifiant la conformité à une norme propre à l'entreprise ; seules ces dernières nous intéressent ici.

³²⁷ FAO, 2007, *précité*, p. 62.

³²⁸ Pour un historique détaillé de la création d'IFOAM voir J. PAULL, "From France to the World : The International Federation of Organic Movements (IFOAM)", *Journal of Social Research and Policy*, vol. ½, 2010, pp. 93-102.

base aux entités privées et publiques souhaitant élaborer une norme spécifique ; elle est révisée et réactualisée régulièrement. Ainsi que nous le verrons ultérieurement, le système IFOAM est aujourd'hui en cours de transformation, dans le sens de l'instauration d'un véritable système de normes et de procédures d'évaluation de la conformité. Les normes IFOAM sont importantes en tant que normes de référence pouvant servir à promouvoir l'équivalence des normes qui se fondent sur elle ou, à plus long terme, leur harmonisation.

E. Bonnes pratiques agricoles

Par leur objet, les normes de bonnes pratiques agricoles (ou '*Good agricultural practices*', GAP) se rapprochent à la fois des normes d'agriculture responsable, dans la mesure où elles incluent des préoccupations sociales et environnementales, et des normes de sécurité sanitaire – car elles ont également pour but d'assurer la qualité des produits afin de satisfaire les consommateurs. L'un ou l'autre de ces aspects peut être accentué dans une norme particulière (la norme KenyaGAP, par exemple, met particulièrement l'accent sur l'impact de la production agricole sur les communautés locales).

Les normes de bonnes pratiques agricoles peuvent être élaborées par des entreprises ou des ONG. Parmi les normes d'entreprises relatives aux bonnes pratiques, la norme GlobalGAP, précédemment EurepGAP³²⁹, est sans doute l'une des plus connues. Créée à l'origine par une association européenne de détaillants dans le domaine des fruits et légumes qui s'est par la suite ouverte aux représentants des fournisseurs. La norme, définie par un comité technique, avait pour objectif de restaurer la confiance des consommateurs et d'harmoniser les exigences des acheteurs en matière d'hygiène des aliments et de résidus maximums de pesticides.

Plus qu'une norme unique, GlobalGAP est en réalité un « ensemble de documents normatifs³³⁰ » composé des *Modalités générales GlobalGAP*, des *Points de contrôle et critères de conformité GlobalGAP*, et de la *Checklist GlobalGAP*. Ces normes sont

³²⁹*Euro-Retailer Produce* était un groupe de travail réunissant des détaillants britanniques et des supermarchés d'Europe continentale. A l'origine, leur action (et donc la norme EurepGAP créée en 1997) visait à harmoniser leurs propres politiques en matière de bonnes pratiques, afin de réduire le nombre d'audits nécessaires. En raison du succès de la norme, et afin de faire coïncider son appellation avec son ambition désormais globale, le référentiel a été renommé GlobalGAP en 2007. Une preuve de son importance pratique réside d'ailleurs dans le fait que la norme EurepGAP a été à l'origine du débat sur les normes privées au sein de l'OMC, à l'occasion de la plainte de Saint-Vincent et Grenadines en 2005 (voir Partie 2).

³³⁰http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=2 (03.04.2012)

révisées tous les trois ans afin de tenir compte des évolutions des techniques et des marchés³³¹.

Sur le plan formel :

« GlobalGAP est un référentiel pré-farm gate, ce qui signifie que le certificat couvre le processus du produit certifié depuis les intrants agricoles, comme le fourrage ou les jeunes plants, ainsi que la totalité des activités agricoles jusqu'au moment où le produit quitte l'exploitation. GlobalGAP est un label business to business et n'est donc pas directement visible pour les consommateurs³³² ». Aujourd'hui, les référentiels GlobalGAP portent sur les domaines suivants : système raisonné de culture et d'élevage, fabricants d'aliments composés, transport, plants et semences, évaluation du risque ('risk assessment on social practice') et chaîne de responsabilité³³³.

Les utilisateurs de la norme sont contrôlés sur une base annuelle ; des contrôles inopinés supplémentaires sont également effectués. En matière de certification, GlobalGAP demande que les organismes de certification soient accrédités par FoodPLUS et suivant les normes ISO65/EN45011. Le système prévoit cependant la possibilité de certifications par des organismes non-accrédités si ceux-ci se trouvent dans la phase d'acquisition de l'accréditation³³⁴. Il est possible, par ailleurs, pour des associations d'agriculteurs, de faire valoir l'équivalence d'une norme qu'ils appliquent avec la norme GlobalGAP (si l'application est certifiée par un organisme accrédité). La demande de reconnaissance de l'équivalence doit cependant émaner de l'auteur (du propriétaire légal, 'legal owner') de la norme. S'il s'agit d'une norme étatique, la demande doit émaner d'une autorité étatique³³⁵. Si l'équivalence est reconnue, aucun audit supplémentaire ne sera nécessaire pour établir la conformité avec la norme GlobalGAP. En outre, une coopérative ou tout autre regroupement d'agriculteurs possédant un statut légal peut obtenir une certification « groupée »³³⁶. Il revient alors au groupement de mettre en œuvre une procédure de contrôle interne afin d'assurer le respect de la norme par ses membres.

³³¹ Les normes GlobalGAP sont la propriété légale de FoodPLUS GmbH, une société commerciale qui joue également le rôle de secrétariat.

³³² http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=2 (03.04.2012) La certification GlobalGAP ne donnant pas lieu à l'apposition d'un label sur le produit, aucune prime dans le prix ne peut être demandée par les vendeurs.

³³³ http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=3 (03.04.2012)

³³⁴ Les organismes se voient accorder six mois afin d'obtenir les accréditations requises. Voir FAO, 2007, *précité*, p. 47.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Voir Partie 2 Titre 2.

F. Sécurité sanitaire

Il existe de nombreuses normes privées en matière sanitaire et phytosanitaire. Leur champ d'application spatial est extrêmement variable ; on y trouve ainsi des normes purement nationales, adaptées aux demandes des consommateurs locaux, mais également des programmes à vocation multilatérale, voir globale.

Une des particularités de ces normes, qui explique leur origine souvent nationale, est qu'elles sont nées en réaction à certaines réglementations nationales plaçant la responsabilité pour la qualité et l'innocuité des produits alimentaires sur les entreprises de distribution (ce fut notamment le cas du Royaume-Uni après plusieurs alertes sanitaires majeures ; la législation européenne va également dans ce sens). Dans le contexte européen, les normes de sécurité sanitaire sont donc souvent élaborées par les distributeurs et non par les producteurs. La situation est différente aux Etats-Unis, où l'on retrouve plusieurs normes élaborées par les producteurs d'une branche particulière de l'industrie agro-alimentaire.

Nous allons décrire d'abord le système GFSI, avant de d'analyser les normes d'origine nationale, et le cas échéant, leur portée internationale.

1. Global Food Safety Initiative

Au niveau international, la '*Global Food Safety Initiative*' (« Initiative mondiale sur la sécurité alimentaire », ci-après GFSI) a été créée en 2000 sous les auspices du CIES (devenu aujourd'hui '*Consumer Good Forum*', voir *supra*), dans le but de rassurer les consommateurs et de rétablir leur confiance en l'innocuité et la qualité des aliments achetés.

L'initiative n'a pas pour objet de développer un standard commun, mais de définir un noyau commun d'exigences garantissant une équivalence des normes reconnues tout en conservant une marge de manœuvre pour l'innovation et le développement compétitif des normes. Il s'agit d'un outil de référence qui doit servir dans un processus d'évaluation, au cours duquel les normes seront comparées au regard de ce référentiel. Cet outil définit les bonnes pratiques en matière de sécurité sanitaire des aliments. Il ne donne pas lieu à une certification, mais à la reconnaissance de l'équivalence des normes reconnues conformes au référentiel préétabli.

Le modèle établi par la GFSI contient trois exigences³³⁷ :

³³⁷ FAO, 2007, *précité*, p. 38.

- La norme doit contenir un système de management en matière de sécurité sanitaire.
- Elle doit définir des « bonnes pratiques » ('good practices') en matière d'agriculture, de production ou de distribution, en fonction de son champ d'application.
- Enfin, la norme doit contenir un système HACCP fondé sur ou équivalent au système HACCP du *Codex Alimentarius*.

Ces exigences sont contenues dans le '*GFSI Guidance Document*' dont la sixième version a été publiée en janvier 2011. Ce document est élaboré par un groupe de travail spécifique composé de représentants des divers acteurs intéressés (détaillants, producteurs, auteurs de normes, organismes de certification et d'accréditation, associations d'industriels et experts techniques³³⁸).

La GFSI est une initiative purement « interentreprises ». En effet, le CIES (*Comité International d'Entreprises à Succursales*), qui est à l'origine de la GFSI, est une association d'entreprises fondée en Belgique en 1953 afin de représenter les intérêts des détaillants. A l'origine réservée aux chaînes de vente au détail (de produits essentiellement alimentaires), l'association s'est graduellement ouverte aux fournisseurs et aux coopératives. Ayant une vocation internationale depuis ses origines, le CIES entretient des liens avec des associations d'entreprises alimentaires de pays tiers, telles que le FMI³³⁹ et GMA³⁴⁰ aux Etats-Unis, la *Japan Chain Store Association* au Japon et la *China Chain Store and Franchise Association* (CCFA) en Chine. Il a également participé à la création d'EAN International³⁴¹ en 1974 et est membre fondateur d'EuroCommerce³⁴² ; il participe à la gestion d'*ECR*³⁴³ *Europe*,

³³⁸ Voir le site de la GFSI, <http://www.mygfsi.com/structure-and-governance.html> (consulté le 12.08.2011).

³³⁹ *Food Marketing Institute*. Il s'agit d'une association américaine rassemblant 1500 détaillants ou grossistes (dont 200 non-américains) ; elle est chargée de défendre l'intérêt de ses membres et de mener des programmes de recherche et d'éducation en matière de sécurité sanitaire. <http://fmi.org/>

³⁴⁰ *Grocery Manufacturers Association*. Elle rassemble 300 entreprises à portée régionale ou internationale dans le domaine des « consumer packaged goods ». <http://www.gmaonline.org/>

³⁴¹ Voir *supra*.

³⁴² EuroCommerce est un organisme de lobbying qui « représente le commerce de détail, de gros et international en Europe ». Créé en 1993, ses membres sont des fédérations de commerce dans 31 pays, des associations nationales ou européennes représentant des secteurs différents et des entreprises individuelles. Dans le cadre d'un programme environnemental ('*Retail Environmental Action Program*', REAP), il a mis en place un code volontaire en matière de développement durable, le '*Retail Environmental Sustainability Code*'. Le programme REAP a été mis en place dans le cadre d'une initiative de la Commission européenne, le *Retail Forum for Sustainability*. Voir http://ec.europa.eu/environment/industry/retail/index_en.htm

³⁴³ *Efficient Consumer Response*. Il s'agit d'un mouvement né au milieu des années 90 et visant à supprimer les inefficiences de la chaîne d'approvisionnement ; il a pour cela tenté d'instaurer des techniques de « management collaboratif » afin de faciliter la collaboration entre les différents acteurs impliqués (producteurs et distributeurs). Il s'agit d'une plateforme de dialogue et de coopération. <http://ecr-all.org/>

*ECR Asiaet Global Commerce Initiative*³⁴⁴. Le Comité est à l'origine de plusieurs initiatives telles que '*The Supply Chain Management Programme*³⁴⁵' (1970), '*Food Business in Society*'³⁴⁶ (2003) et '*The Global Social Compliance Programme*' (2007). En 2009, le CIES a fusionné avec le *Global CEO Forum* et la *Global Commerce Initiative*, deux associations de détaillants et de fabricants, pour créer le *Consumer Good Forum*³⁴⁷. Le réseau englobe aujourd'hui 650 représentants de détaillants, producteurs, prestataires de service et autres acteurs répartis sur 70 pays. Ses initiatives sont désormais organisées autour de cinq priorités stratégiques : « tendances émergentes », « développement durable », « sécurité et santé », « excellence opérationnelle », « partage de savoirs et développement des personnes³⁴⁸ ». Le Forum a établi son siège à Paris et possède des bureaux à Washington et à Tokyo.

Alors que l'initiative se réclame d'une logique d'harmonisation – augmentant ainsi la transparence et l'effectivité des chaînes d'approvisionnement, réduisant les coûts et améliorant la qualité des aliments³⁴⁹ – les bénéfices réels du schéma demeurent incertains.

2. *British Retail Consortium*

Parmi les normes référencées par la GFSI figurent, au niveau national, les normes du *British Retail Consortium* (BRC)³⁵⁰. Ces normes constituent un exemple de la réaction, au Royaume-Uni, des entreprises de distribution à une législation qui accroît leur responsabilité en matière de sécurité sanitaire, en leur imposant une obligation de prendre toutes les précautions nécessaires afin d'éviter tout défaut (*'failure'*) dans le développement, la fabrication, la distribution, la publicité ou la vente des produits³⁵¹. Le BRC a développé des normes en matière de qualité des aliments (*BRC Global*

³⁴⁴ Créée en 1999, il s'agit d'une structure de coopération rassemblant des distributeurs et des fabricants. Son but était l'élaboration et l'adoption de normes et processus communs. Depuis 2009, la GCI fait partie des organismes ayant fusionné au sein du Consumer Goods Forum.

³⁴⁵ A l'origine '*The CIES Warehousing Conference*'.

³⁴⁶ A l'origine nommé '*The Image of the Food Business Initiative*'.

³⁴⁷ <http://www.ciesnet.com/1-wware/1.1-history/index.asp> (consulté le 11/08/2011).

³⁴⁸ Notre traduction. En anglais "Emerging Trends, Sustainability, Safety & Health, Operational Excellence and Knowledge Sharing & People Development", <http://www.mygfsi.com/about-gfsi/what-is-cies.html> (12/08/2011). Il est intéressant de noter que le site décrit la vision du Forum comme "Better lives through better business" et attribue son succès à la participation active des acteurs majeurs du secteur.

³⁴⁹ <http://www.mygfsi.com/about-gfsi/background.html> (12/08/2011).

³⁵⁰ Cette association rassemble 90% des entreprises du secteur de la distribution au Royaume-Uni. Voir FAO 2007, p. 39.

³⁵¹ *Food Safety Act* de 1990.

*Standard – Food*³⁵²) et en matière d’emballage (*BRC-IoP Global Standard – Packaging*)³⁵³. Ces normes sont destinées à être appliquées par les fournisseurs des Membres du BRC (producteurs de produits alimentaires, entreprises de catering, etc.). En collaboration avec la *Food and Drink Federation (FDF)*, le BRC a également élaboré un standard en matière de ‘*sourcing*’ de soja et maïs non génétiquement modifiés.

Les normes du BRC doivent être achetées par les fournisseurs. Ceux-ci doivent être certifiés par un organisme accrédité en fonction des normes EN45011/ISO65. La certification peut se faire à deux niveaux : « de base » (*‘foundation level’*) et « supérieur » (*‘higher level’*). Afin de pouvoir utiliser le label (logo) du BRC, les entreprises certifiées doivent souscrire au Global Standards Directory³⁵⁴.

3. *International Food Standard*

‘International Food Standard’ (IFS) est un exemple de norme privée élaborée au niveau national puis bilatéral. En effet, cette norme a été développée à l’origine par le HDE (*Hauptverband des Deutschen Einzelhandels*, une association de détaillants en Allemagne, auquel se sont jointes par la suite les entreprises françaises de la *Fédération des Entreprises du Commerce et de la Distribution (FCD)*).

Il s’agit d’une norme commune en matière d’audit dont le but est d’assurer la sécurité alimentaire et de contrôler le niveau de qualité des produits ; elle est applicable à toutes les étapes de la transformation d’un produit, mais non à sa production. Les exigences de la norme comprennent, entre autres, le système HACCP en matière de gestion de la qualité, la mise en place de contrôles et d’audits internes, la gestion du personnel³⁵⁵. Trois niveaux de critères ont été mis en place : élémentaire, élevé et démonstration de *‘best practices’*.

La norme doit être achetée par l’entreprise qui souhaite s’y conformer. Elle est disponible en plusieurs langues³⁵⁶ ce qui atteste de son usage étendu en Europe. Comme pour les normes du BRC, seuls les organismes accrédités EN45011/ISO65

³⁵² Sa version la plus récente est de 2005 (version 4) et couvre des domaines tels que le management de la qualité, le système HACCP, normes environnementales au niveau de la production, contrôles du produit et du processus de production. Voir FAO, 2007, *précité*, p. 39.

³⁵³ Cette norme a été mise en place en 2005. Les producteurs qui l’adoptent s’engagent à mettre en place les méthodes et contrôles appropriés afin d’assurer que l’emballage ne nuise pas à la sécurité des aliments. *Ibid.*

³⁵⁴ Cette souscription est payante. De plus, le logo ne peut être utilisé que dans des brochures de l’entreprise, mais non sur le produit lui-même.

³⁵⁵ Pour plus de détails voir FAO, 2007 *précité*, p. 40.

³⁵⁶ Allemand, anglais, français, polonais, italien et espagnol.

peuvent certifier la conformité à l'IFS ; un audit BRC ne peut pas être utilisé aux fins de certification IFS³⁵⁷.

4. HACCP

La méthode HACCP (*Hazard Analysis Critical Control Point*) est une approche développée dans les années 1960 dans le but d'améliorer la sécurité sanitaire des produits³⁵⁸. Il s'agit d'une approche préventive, reposant sur des bases scientifiques et fondée sur l'analyse des risques et la maîtrise des « points critiques » que cette analyse a permis d'identifier pendant la transformation du produit. Elle vise à démontrer ainsi la sécurité du processus de production.

La méthode HACCP repose sur sept principes : procéder à une analyse des risques, déterminer les « points critiques », fixer le ou les seuil(s) critique(s), mettre en place un système de surveillance, déterminer les mesures correctives à prendre lorsque la surveillance révèle qu'un point critique n'est pas maîtrisé, appliquer des procédures de vérification afin de confirmer que le système HACCP fonctionne effectivement et efficacement, et enfin établir un système documentaire qui couvrira toutes les procédures et tous les relevés concernant ces principes et leur mise en application.

Cette méthode est née du constat que les normes fondées sur la performance, qui nécessitent une vérification et la réalisation de tests sur les produits, sont plus coûteuses dans leur application et potentiellement inefficaces (si les facteurs de risques sont répartis de manière hétérogène sur les produits³⁵⁹)³⁶⁰.

En raison de son caractère général, la norme HACCP est d'application multidisciplinaire, et permet une certaine flexibilité dans l'adaptation aux conditions d'une filière de production particulière. Ceci explique sans doute aussi son important succès (dès la fin des années 1980) auprès des entreprises, mais aussi des gouvernements. HACCP est en effet l'une des normes privées le plus fréquemment

³⁵⁷ FAO, 2007, *précité*, p. 40.

³⁵⁸ Le concept HACCP est née de la collaboration entre une entreprise américaine, The Pillsbury Company, l'armée américaine et la NASA. Cette dernière réclamait pour les aliments fournis aux astronautes lors de leurs missions un degré de sécurité particulièrement élevé, qui ne pouvait être garanti par l'approche classique des tests et vérifications. La méthode développée permit d'inclure la sécurité sanitaire en amont, à la fois au stade de la conception des produits et lors du contrôle des processus. Le succès de la démarche permit à la norme HACCP de s'étendre à l'ensemble de l'industrie alimentaire, puis à d'autres pays. Voir W.H. SPERBER, "HACCP does not work from Farm to Table", *Food Control*, Vol. 16, 2005, p. 512 (pp. 511-514).

³⁵⁹ Ce risqué est particulièrement important pour les aliments « protéinés », telles que la viande, la volaille ou le poisson.

³⁶⁰ J.A. CASWELL, N.H. HOOKER, "HACCP as an International Trade Standard", *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 78/3, 1996, p. 775 (pp.775-779).

reprises par des législations nationales, voire des normes internationales. Elle a ainsi été reprise par la législation américaine dès 1992³⁶¹, ainsi que par la législation européenne concernant les produits à base de viande (1992³⁶²) puis les produits alimentaires en général (*'foodstuffs'*, 1993³⁶³). Elle a été reprise par le *Codex Alimentarius* dans le cadre d'une norme internationale en 1993³⁶⁴. Ce succès international grandissant a fait des normes HACCP un outil de rapprochement des législations et par conséquent de facilitation du commerce. CASWELL et HOOKER par exemple lui attribuent une fonction d'harmonisation et même le statut de « norme commerciale internationale » (*'international trade standard'*) tout en reconnaissant qu'aux yeux du législateur, son rôle principal demeure la garantie de la sécurité des aliments³⁶⁵.

En dépit de son succès, certains auteurs tels que SPERBER attirent l'attention sur le fait que la norme HACCP ne saurait suffire à elle seule à garantir la sécurité des aliments. L'approche HACCP concernant essentiellement la transformation des produits, cet auteur préconise l'utilisation de méthodes complémentaires (*'prerequisite programs'*) en amont de la chaîne de production (bonnes pratiques agricoles, conditions de transport, formation du personnel, etc.)³⁶⁶. D'autres auteurs voient la méthode HACCP comme une composante d'un système de management de la qualité plus vaste³⁶⁷, englobant des mesures d'hygiène générales³⁶⁸ (et non spécifiques au produit) ainsi que l'entretien du matériel et des locaux³⁶⁹.

³⁶¹ A l'initiative du *National Advisory Committee on Microbiological Criteria for Foods* (NACMCF), dès 1992. Une législation a été adoptée pour les produits à base de poisson en 1994 puis pour les viandes et volailles en 1996.

³⁶² Directive 92/5.

³⁶³ Directive 93/43/EEC.

³⁶⁴ « Lignes directrices pour l'application du Système d'analyse des risques - points critiques pour leur maîtrise (HACCP) » (ALINORM 93/13A, Appendice II). D'autres normes du Codex, tels que les « Principes généraux d'hygiène alimentaire » (Appendice au CAC/RCP 1-1969, Rév. 4 (2003)).

³⁶⁵ J.A. CASWELL, N.H. HOOKER, *précité*, p. 775.

³⁶⁶ W.H. SPERBER, p. 514. Voir également C.A. WALLACE, W.H. SPERBER, S.E. MORETIMORE, *Food Safety for the 21st Century. Managing HACCP and Food Safety Throughout the Global Supply Chain*, Wiley-Blackwell, 2011, 313 p.

³⁶⁷ 'Total Quality Management' (TQM).

³⁶⁸ Sur l'approche globale nommée *'Zurich House of Food Safety'*, voir notamment F. UNTERMANN, "Food Safety Management and Misinterpretation of HACCP", *Food Control*, Vol. 10, 1999, pp. 161-167.

³⁶⁹ De manière plus générale, dans le domaine économique, UNNEVER et JENSEN recensent quatre controverses au sujet des normes HACCP lorsque leur utilisation est rendue obligatoire par les Etats. En d'autres termes, ils démontrent que l'utilité des normes HACCP en tant qu'outil réglementaire est en pratique remise en cause. La première controverse porte sur l'effectivité des normes, et l'éventuelle nécessité de les combiner avec des normes de produit spécifiques. La seconde controverse porte sur le degré de « contrôle réglementaire » qu'elles permettent (augmentent-elles ou au contraire réduisent-elles le pouvoir de contrôle de l'Etat ?). Est également discutée la question de savoir si ces normes constituent le moyen le plus objectif permettant aux entreprises d'atteindre leurs buts en matière de sécurité sanitaire ou si elles sont au contraire trop prescriptives/contraignantes. Enfin, il n'existe pas d'accord sur la possibilité d'utiliser les normes HACCP en lieu et place d'une norme de performance sanitaire dans le domaine du commerce international. L.J. UNNEVER, H.H. JENSEN, "The Economic Implications of Using HACCP as a Food Safety Regulatory Standard", *Food Policy*, Vol. 24/6, 1999, pp. 625-635.

La reprise de la méthode HACCP par plusieurs législations nationales ainsi que par des normes internationales a conduit à des interprétations différentes de la norme, qui lui confèrent différents degrés d'efficacité pratique³⁷⁰. L'Union européenne offre un bel exemple de cette diversité : alors que certains pays tels que l'Allemagne ou le Royaume-Uni ont transposé la Directive 93/43 de manière quasi-identique (car leurs entreprises employaient déjà, pour la plupart, la méthode HACCP) d'autres pays dont l'industrie agro-alimentaire fonctionnait sur des bases différentes, ont eu besoin d'introduire des éléments d'adaptation aux conditions locales dans leur transposition de la directive. C'est le cas notamment des Pays-Bas, qui ont mis en place un schéma national spécifique.

'*Dutch HACCP*' est une norme utilisée pour l'essentiel aux Pays-Bas, mise en place par un comité d'experts représentant les différents intérêts en cause : détaillants, producteurs, consommateurs, agences gouvernementales de sécurité alimentaire et organisations de producteurs. Elle est fondée sur le système HACCP, mais requiert en outre la mise en œuvre de certains éléments de la norme ISO 9000 ainsi que certaines exigences en matière de 'GAP' ('good agricultural practices'). À défaut d'exigences spécifiques, il est fait référence – par défaut - aux Principes généraux en matière d'hygiène des aliments du *Codex Alimentarius*³⁷¹. La norme contient également des spécifications concernant la certification. Les organismes de certification doivent être accrédités ISO/IEC Guide 62:1996 ou EN 45012.

Dans les pays en développement, où la méthode HACCP bénéficie aussi d'une popularité croissante, les petites entreprises rencontrent parfois des difficultés de mise en œuvre liées à la langue ou à l'absence de formation. Cependant, en raison de l'importance du respect des normes HACCP pour l'exportation (notamment vers les marchés européen et américain), il est nécessaire, dans le cadre d'initiatives de soutien et d'assistance technique, de faciliter les démarches de ces entreprises. Un exemple d'initiative bilatérale interrégionale est la mise en place, par l'Union

³⁷⁰ Voir à ce sujet K. ROPKINS, A.J. BECK, "Evaluation of Worldwide Approaches to the Use of HACCP to Control Food Safety", *Trends in Food Science and Technology*, Vol. 11, 2000, pp. 10-21.

³⁷¹ La norme Dutch HACCP est fondée de manière extensive sur les normes internationales en vigueur ; elle renvoie ainsi aux lignes directrices du Codex concernant HACCP et à la Directive européenne sur l'hygiène alimentaire (ainsi qu'à d'autres législations spécifiques).

européenne, de « Lignes directrices sur le HACCP, BPF et BPH pour les PME de l'ASEAN³⁷² ».

5. *Safe Quality Food*

Le programme '*Safe Quality Food*' (SQF), est né en Australie mais est actuellement administré par le *Safe Quality Food Institute (SQFI)*, une division du *Food Marketing Institute* dont le siège social est situé en Amérique du Nord et qui possède un rayonnement international assez important³⁷³. Il est en grande partie fondé sur les normes HACCP, *Codex*, ISO et les systèmes de management de la qualité. Il a produit deux codes de conduites destinés d'une part aux producteurs et d'autre part aux entreprises de distribution.

Le Code SQF 1000 vise les producteurs primaires et combine les bonnes pratiques agricoles ('GAP') avec des plans de sécurité et de qualité des aliments.

Le Code SQF 2000 est lui destiné aux entreprises de production et de distribution. Les fournisseurs peuvent choisir de se plier à des modules supplémentaires de manière volontaire, si leurs marchés respectifs le requièrent. Ces modules concernent la responsabilité sociale, le respect de l'environnement, le bien-être des animaux, la production biologique ainsi que le bioterrorisme. En termes de « parts de marché » la portée de la norme SQF 2000 est nettement plus internationale³⁷⁴ que celle la série SQF 1000, qui a essentiellement été adoptée par des entreprises australiennes³⁷⁵.

6. *ISO 22000*

Enfin, la norme ISO 22000:2005 *Systèmes de management de la sécurité des produits alimentaires – Exigences pour tout organisme appartenant à la chaîne alimentaire* est une norme internationale relative au management de la sécurité des denrées alimentaires. Elle s'adresse à tous les organismes impliqués dans la chaîne alimentaire, que ce soit de manière directe (producteurs d'aliments, grossistes, détaillants...) ou indirecte (producteurs de pesticides, entreprises de transport,

³⁷² http://ec.europa.eu/food/training/haccp_fr.pdf

³⁷³ 200 des 1500 membres sont des entreprises internationales (hors Etats-Unis). Voir le site de l'institut, <http://www.fmi.org/docs/media/bg/FMIbackgrounder.pdf> consulté le 09/08/2011.

³⁷⁴ De nombreuses entreprises sont certifiées aux Pays-Bas, Thaïlande, Corée, Arabie Saoudite, Inde et Chine. Une ou plusieurs entreprises sont certifiées au Japon, Vietnam, Emirats Arabes Unis, Singapour, Sri Lanka, Philippines, Pérou, Nouvelle Zélande et sur l'île Maurice (en 2005). Voir FAO, 2007, *précité*, p. 41.

³⁷⁵ Et dans une mesure croissante, américaine.

fabricants d'équipement, prestataires de services tels que le nettoyage ou la désinfection, etc.)³⁷⁶.

Elle comprend des exigences relatives à la communication et à l'information tout au long de la chaîne alimentaire, aux systèmes de management des entreprises impliquées et à la maîtrise des dangers (par la mise en place d'un plan HACCP, notamment)³⁷⁷. Elle permet donc aux entreprises de « *démontrer leur aptitude à maîtriser les dangers liés à la sécurité des denrées alimentaires, afin de garantir en permanence la fourniture de produits sûrs répondant aux exigences convenues avec le client et à celles des règlements applicables en la matière*³⁷⁸ ».

Par ailleurs, pour reprendre les termes de l'ISO, cette norme :

*« offre une solution unique pour les bonnes pratiques sur le plan mondial. Intégrant les principes relatifs à l'hygiène alimentaire de la Commission du Codex Alimentarius, «Analyse des dangers et points critiques pour leur maîtrise (check official Codex translation of HACCP)» (HACCP), ISO 22000 fournit aussi une plateforme pour un système de management unique auquel il est possible d'incorporer des exigences plus spécifiques, définies notamment par les diverses associations de distributeurs au niveau mondial*³⁷⁹ ».

La norme ISO 22000 a donc vocation, à long terme, à harmoniser au niveau international les référentiels privés existants, tels que les normes IFS ou BRC, dont la majorité repose déjà sur le référentiel HACCP.

En 2007, l'ISO et le Centre du commerce international (CCI) ont conçu un outil d'aide à la mise en œuvre de la norme ISO 22000 par les PME. Intitulé « *ISO 22000 Systèmes de management de la sécurité des aliments – Une liste de contrôle à l'usage des PME – Êtes-vous prêt?* », le produit comprend un manuel et un CD-ROM qui permettent aux dirigeants d'entreprise, à travers un liste de questions, de diagnostiquer l'état actuel de leurs activités et d'identifier les mesures à prendre pour se conformer aux exigences de la norme³⁸⁰. La norme ISO 22000 est en effet

³⁷⁶ Voir R. FROST, « La sécurité des produits dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire passe par l'ISO 22000 », ISO, 2005, http://www.iso.org/iso/fr/home/toola_4-05.pdf (10.09.2012)

³⁷⁷ J. FAERGEMAND et D. JESPERSEN, « La norme ISO 2000 garantira l'intégrité de la chaîne logistique alimentaire », *ISO Management Systems*, septembre-octobre 2004, pp. 22-23 http://www.iso.org/iso/fr/tool_5-04.pdf (10.09.2012)

³⁷⁸ R. FROST, *op. cit.*

³⁷⁹ <http://www.iso.org/iso/fr/news.htm?refid=Ref1056> (10.09.2012)

³⁸⁰ <http://www.iso.org/iso/fr/news.htm?refid=Ref1056>

présentée comme un potentiel « *passport pour accéder aux marchés mondiaux et participer aux chaînes logistiques internationales*³⁸¹ ».

La norme ISO 22000 peut être utilisée seule ou en conjonction avec la norme ISO 9000. Elle ne fait pas nécessairement l'objet d'une certification.

G. Protection des consommateurs, santé publique

Dans le domaine des textiles, la norme *Oeko-Tex 100* garantit la sûreté de l'utilisation des produits sur la base du degré de contact du textile avec la peau. En contrôlant la présence de substances nocives dans les textiles, cette norme a pour but de promouvoir la santé publique à travers l'information des consommateurs finaux. Elaborée en 1992 par l'Institut de recherche textile (Autriche)³⁸² et l'Institut de recherche Hohenstein (Allemagne)³⁸³ sur la base des normes de contrôle existant à l'époque, *Oeko-Tex 100* classe les produits en quatre catégories³⁸⁴ auxquelles correspondent plusieurs critères et tests ; une fois les tests en laboratoire effectués, un certificat valable un an atteste de la conformité du produit à la norme pour une classe donnée de produits. La délivrance du certificat donne droit à l'apposition du label *Oeko-Tex* sur le produit. Les contrôles sont effectués par les instituts indépendants de contrôle des textiles qui forment l'Association *Oeko-Tex* (15 instituts à ce jour). C'est cette association, dont le Secrétariat est situé à Zurich, qui est chargée du développement continu et de l'optimisation de la norme *Oeko-Tex 100*.

Oeko-Tex 100 a été complétée en 1995 par la norme *Oeko-Tex 1000* qui porte sur les conditions de fabrication des textiles. Il s'agit d'un système d'audit, de contrôle et de certification des entreprises respectueuses de l'environnement. Pour obtenir le certificat, les entreprises doivent remplir certains critères environnementaux et sociaux, tels que l'exclusion d'adjuvants et de colorants nuisibles pour l'environnement, la maîtrise de l'énergie, la sécurité des conditions de travail, etc. Elles doivent également prouver qu'au moins 30% de leur production est certifiée au titre de la norme *Oeko-Tex 100*. Les contrôles sont effectués par des auditeurs indépendants issus de l'un des organismes membres de l'Association *Oeko-Tex*, à la

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² ÖTI, *Institut für Ökologie, Technik und Innovation*. Il s'agit d'un organisme de contrôle, d'inspection et de certification privé. Il poursuit également des activités de conseil. Depuis 2009, ÖTI est juridiquement une SARL (GmbH). Elle possède plusieurs filiales en Amérique latine et centrale ainsi qu'au Moyen-Orient et en Afrique du Nord.

³⁸³ Ici aussi il s'agit d'un organisme privé (en réalité une entité recouvrant trois entreprises et une association) d'audit et de certification, ayant également des activités de recherche et de conseil.

³⁸⁴ Les produits sont classés en fonction de leur utilisation finale, en particulier de leur degré de contact avec la peau.

suite d'une déclaration d'engagement faite par l'entreprise. Le certificat est valable trois ans. La norme Oeko-Tex 1000 prend en compte les systèmes de gestion de l'environnement tels qu'ISO 14000 ou EMAS ainsi que le système de gestion de la qualité ISO 9000.

Les entreprises dont les produits sont certifiés Oeko-Tex 100 et qui peuvent prouver que l'ensemble de leurs sites de production répondent aux critères de la norme Oeko-Tex 1000 peuvent se prévaloir auprès des consommateurs du label Oeko-Tex Standard 100plus. Ce label encourage la création de coopérations au sein de la chaîne de production textile, car son octroi suppose que toutes les entreprises impliquées dans la production d'un produit donné respectent la norme Oeko-Tex 1000.

Selon les chiffres donnés par l'association, à ce jour plus de 6500 entreprises dans plus de 80 pays auraient mis en place un système Oeko-Tex et plus de 50000 certificats auraient déjà été établis³⁸⁵.

§ 3. Champ d'application (normes générales / normes sectorielles)

Enfin, le contenu des normes peut être général ou au contraire relatif à un secteur d'activité particulier.

Parmi les normes sectorielles on compte les normes relatives à la gestion des forêts (FSC) ou des ressources maritimes (MSC) ou encore celles relatives à l'agriculture biologique (IFOAM). D'autres normes au contraire ont un caractère « intersectoriel », c'est-à-dire qu'elles sont conçues pour « être adoptées par des sociétés dans différents secteurs³⁸⁶ ». Ainsi la norme SA8000 est destinée aux entreprises de tous les secteurs souhaitant mettre en place des conditions de travail équitables. De même, les normes de gestion de l'ISO issues des séries ISO 9000 ou 14000 sont applicables sans distinction de secteur. Enfin, les normes relatives à la responsabilité sociale des entreprises, telles que le Pacte Mondial, font également partie de cette catégorie.

Cette distinction est importante dans la mesure où l'on constate une tendance des normes privées à se spécialiser (se « sectorialiser »). L'exemple des normes de bonnes pratiques agricoles (GAP) montre ainsi une évolution allant de l'application

³⁸⁵ <http://www.oeko-tex1000.com/fr/main/index.asp?IDMain=23&IDSub=120&sid=> (19.11.2011).

³⁸⁶ UNIDO, *précité*, p. 22.

d'une norme unique, définie par le distributeur et appliquée indistinctement à tous les fournisseurs, vers la mise en place de schémas nationaux adaptés aux conditions locales, qui tendent eux aussi à se subdiviser en normes spécifiques pour chaque produit. Dans un autre secteur, celui de l'agriculture biologique, l'organisation des normes privées ne suit pas la voie d'une spécialisation, mais d'une organisation en réseau, avec une interdépendance croissante entre les normes privées nationales et les normes internationales (voir *infra*, Partie 1, Titre 2).

Le contenu des normes privées est hautement variable dans le temps, et leurs domaines d'application seront sans doute amenés à s'étendre encore. Un rapport de l'UNIDO³⁸⁷ identifie ainsi deux champs dans lesquels les normes privées sont amenées à se développer à l'avenir.

Il s'agit d'une part de la gestion des ressources en eau : une '*Alliance for Water Stewardship*' (Alliance pour la gestion de l'eau) a été créée en 2008 dans le but de mettre en place des standards internationaux ainsi qu'un mécanisme de contrôle et un label attestant du respect de ces normes. Cette alliance comprend des ONG tels que le WWF et une initiative public-privé telle que le CEO Water Mandate³⁸⁸.

D'autre part, l'efficacité énergétique est également un domaine en plein essor. Un exemple en est l'élaboration, activement soutenue par UNIDO, d'une norme ISO 50001 sur la gestion des systèmes dans le domaine énergétique³⁸⁹.

D'autres tendances identifiées par ce rapport sont :

- Le développement de programmes de certification et d'étiquetage relatifs au cycle de vie du produit (par opposition aux certifications concernant uniquement les caractéristiques du produit final), en particulier en ce qui concerne les émissions de gaz à effet de serre³⁹⁰. Ces normes pourraient procurer un avantage comparatif aux entreprises des PED, généralement moins émettrices ;

³⁸⁷ UNIDO, *op.cit.*, p. 60 s.

³⁸⁸ Cette initiative, lancée en juillet 2007 sous les auspices du Global Compact des Nations Unies a pour but d'assister les entreprises participantes dans la mise en place de politiques durables de gestion de l'eau. Voir http://www.unglobalcompact.org/issues/Environment/CEO_Water_Mandate/ (site consulté le 10.09.2011).

³⁸⁹ La norme ISO 50001 a été lancée en juin 2011.

³⁹⁰ Voir les initiatives privées de Timberland (chaussures) et Continental Clothing (vêtements) qui ont mis en place des étiquettes carbone.

- L'importance croissante de la traçabilité, définie par UNIDO comme « *l'aptitude à vérifier l'histoire, le lieu ou l'application d'un article au moyen d'identifiants enregistrés et étayés par des documents* » porte l'attention sur vers l'aval de la chaîne d'approvisionnement. Sa mise en œuvre effective suppose une coordination accrue entre les acteurs ainsi que l'échange accru d'informations ;
- L'harmonisation, ou plutôt le renforcement de l'équivalence des normes, par l'élaboration de méta-normes, notamment dans le domaine de la sécurité sanitaire ; nous allons traiter cette évolution dans la deuxième partie (Partie 2, Titre 2) de cette étude, au titre de la facilitation des échanges.

Les normes privées étant extrêmement diversifiées en pratique, il est nécessaire d'examiner à présent si cette diversité fait obstacle à la détermination de leur statut au sein de l'ordre juridique international.

Partie 1. Statut international des normes privées

Les normes privées constituent un ensemble disparate, hétéroclite et en constante mutation. Trop spécifiques ou trop vagues, l'assimilation des normes privées à des règles de droit ne va pas de soi. Souvent exclues *a priori* du domaine du juridique, leurs liens avec le Droit sont souvent sous-estimés, ignorés. Or les normes privées font partie de ces questions situées à la lisière du Droit dont les implications pour la science juridique sont loin d'être négligeables.

Quel rapport les normes privées entretiennent-elles avec le Droit, et le droit international en particulier ? Assimilation, inclusion, « captation », intégration, exclusion, incitation – les possibilités sont nombreuses. Les normes privées sont-elles un « objet juridique », voire une source de droit ? Parmi les catégories de l'« infra-juridique », du « para-légal », du droit « pur » ou du droit « mou », les normes privées se doivent de trouver leur place. La définition de leur statut juridique (fait ? catégorie juridique ? règle de droit ?) est par ailleurs le préalable nécessaire à l'élaboration de leur régime international.

D'un point de vue historique, les exemples de normes privées (voire de régimes privés) ne manquent pas³⁹¹. Les coutumes ne sont-elles pas la « forme la plus ancienne de production privée de droit »³⁹² ? Les normes privées relatives à la qualité des produits que nous examinons ne sont donc pas un phénomène nouveau « par nature » mais en raison de leur contexte : elles ont en effet, par leurs effets sur le commerce international, soulevé la question de leurs rapports avec le (ou les) droit(s) étatique(s) ainsi qu'avec le droit international.

³⁹¹ G. TEUBNER, “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, in G. TEUBNER (Ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney, 1997, p. 4. L'auteur cite les régimes internes des entreprises, les accords collectifs entre syndicats et entreprises, la normalisation technique, le droit du sport (*lexsportivainternationalis*), l'ébauche de régimes privés internationaux en matière d'environnement et de droits de l'homme et, bien entendu, la *lexmercatoria*.

³⁹² L. BOY, « Normes », <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boyl.htm>, p. 10.

Pour tenter de définir le statut juridique des normes privées, il existe deux perspectives possibles. La perspective interne, qui est celle de la science du droit et qui examine l'appartenance d'une norme à un système juridique particulier – en l'occurrence, celle des normes privées à l'ordre juridique international (Titre 1). La perspective externe, étudie les normes en tant que système et dans leur interaction avec les autres systèmes juridiques (Titre 1).

TITRE 1. FORCE NORMATIVE DES NORMES PRIVEES EN DROIT INTERNATIONAL

L'approche classique qui considère que, sur le plan formel, « *est valide la norme qui présente les signes extérieurs d'appartenance, les critères d'identification que retiennent les 'règles de reconnaissance' (Hart) propres au système*³⁹³ », n'est pas d'une grande utilité en ce qui concerne la validité des normes privées en droit international. En effet, cette forme de validité est établie à l'aide d'un « test de dérivation³⁹⁴ » consistant en une interrogation sur les sources de la norme et sur son processus d'élaboration³⁹⁵. Dans cette logique, le droit international public ne semble reconnaître comme valides que les normes directement issues de la volonté des Etats, sujets classiques de ce droit : traités, coutumes, principes généraux de droit international. Or, les normes privées ne sont, par définition, pas issues de la volonté des Etats, mais de celle d'acteurs privés issus de la société civile internationale. Sont-elles donc exclues, *a priori*, du domaine du droit international ? Pas nécessairement. En effet, il semble de plus en plus largement reconnu que l'établissement de la validité est un processus évolutif, susceptible d'étapes et de degrés³⁹⁶. La validité peut notamment varier dans le temps, dans le sens d'une reconnaissance (établissement progressif d'une coutume) ou au contraire d'une déchéance (c'est le cas, par exemple, de la désuétude d'une norme). OST et VAN DE KERCHOVE parlent ainsi, au sujet de l'importance du facteur temps dans l'étude de la validité, de « *phénomènes évolutifs d'emprunt, de reconnaissance ou de rejet, de transformations tantôt lentes, tantôt brusques*³⁹⁷ ».

Nous considérerons donc l'établissement de la validité internationale des normes privées comme un processus en cours, non comme un état. La première étape de ce processus, *condition sine qua non* de la validité, est la reconnaissance par les sujets du droit international – les Etats – de l'existence des normes privées et de leur

³⁹³ OST et VAN DE KERCHOVE, p. 326.

³⁹⁴ *Op. cit.*, p. 327.

³⁹⁵ Il s'agit notamment, dans une conception kelsénienne envisageant le droit comme une pyramide de normes, d'établir si la norme a été créée conformément aux exigences des normes supérieures.

³⁹⁶ Sur la gradualité de la validité, ses variations dans le temps et l'espace, voir Ost et Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 317 s.

³⁹⁷ *Op. cit.*, p. 317.

relevance³⁹⁸ en droit international. Cette reconnaissance permet de mesurer la portée normative des normes privées dans l'ordre juridique international (chapitre 1). Une seconde étape du processus implique un glissement de la reconnaissance du fait vers l'établissement de son statut en droit ou, en d'autres termes, sa qualification juridique ; elle consiste donc à s'interroger sur l'intégration des normes privées dans l'ordre juridique international non en tant que faits normatifs mais en tant que normes juridiques (chapitre 2).

Dans l'étude de ce processus, il nous semble que la notion de « force normative » peut être d'une utilité non négligeable³⁹⁹. Souvent employée « *pour des instruments dont la force prête à interrogations*⁴⁰⁰ » (dont les normes privées sont un exemple flagrant), cette expression est à distinguer de la « force obligatoire » de la norme. Elle se rapproche des notions de « force juridique », « valeur juridique » ou « valeur normative », sans leur être totalement assimilable. Elle repose sur une question théorique fondamentale, mais qui ne reçoit pas de réponse unifiée de la part des juristes : qu'est-ce qui fait la force d'une norme⁴⁰¹ ? Ou, pour préciser la question en relation avec notre sujet d'étude : qu'est-ce qui fait la force des normes privées dans l'ordre juridique international ? Il existe de multiples indicateurs de la force normative : contrainte, source de la norme (nature de l'instrument, auteur, mise en vigueur, intention de l'auteur), effets de la norme, réception, mise en œuvre⁴⁰². La force normative peut être potentielle ou effective, objective ou subjective (conférée ou perçue), intrinsèque ou extrinsèque, symbolique ou régulatrice. Pour C. THIBIERGE, la force normative est composée de trois « pôles » qui permettent de prendre en compte à la fois ses implications théoriques et ses effets pratiques⁴⁰³ : la valeur normative d'abord, liée à la source de la norme ou « *force conférée à la norme par son émetteur* » ; sa portée normative ensuite, relative aux effets de la norme ou

³⁹⁸ Ce terme est ici entendu au sens de...

³⁹⁹ La notion de « force normative » a fait l'objet d'un récent ouvrage collectif : C. THIBIERGE et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, 891 p.

⁴⁰⁰ C. THIBIERGE, « Introduction », in C. THIBIERGE et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 36

⁴⁰¹ Voir sur ce point la rubrique que consacre l'ouvrage collectif précité aux réponses à cette question, récoltées « à chaud » auprès de nombreux juristes : « Réponses de juristes à la question : 'Selon vous, qu'est-ce qui fait la force des normes en droit ?' », pp. 857-860.

⁴⁰² A côté de ces indicateurs « récurrents », THIBIERGE identifie des indicateurs « ponctuels » : nature de la norme elle-même (statut et légitimité), fonction de la norme, éléments extra-juridiques. Les indicateurs de la force normative sont en général multiples et peuvent être combinés ou accumulés. Voir THIBIERGE, « Synthèse », in C. THIBIERGE et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 770 s.

⁴⁰³ THIBIERGE, « Conclusion », p. 822 s.

« *force de la norme perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires* » ; enfin, la garantie normative⁴⁰⁴ concernant le respect de la norme, ou « *garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique* ».

Sur le plan pratique, la notion de force normative constitue un « outil technique de diagnostic de la force des normes en droit » :

« Le concept de 'force normative' permettrait de mettre en mots, en idées et en liens, de manière à la fois unifiante et complexe, des données empiriques que tous les juristes peuvent observer : les manifestations multiples de la force des normes. Non seulement des normes juridiques obligatoires et contraignantes, mais aussi de normes juridiques qui, sans être dotées d'une force juridique obligatoire ab initio, n'en sont pas moins revêtues d'une certaine force, au sens d'une capacité à fournir référence, c'est-à-dire à modeler les comportements, à réguler l'action, à guider l'interprétation des juges, à orienter la création du droit par le législateur, voire à inspirer la pensée de la doctrine et, plus largement encore, les représentations sociales du droit⁴⁰⁵ ».

C'est précisément cette capacité à influencer sur les « représentations sociales du droit », notamment celles du droit international, que l'on cherchera à établir et à mesurer à travers la notion de force normative. Pour cela, nous examinerons d'abord la manière dont les normes privées sont perçues par les sujets du droit international (portée normative)⁴⁰⁶, puis quelle force juridique résulte de la volonté de leurs auteurs de leur conférer une valeur juridique d'une part, mais aussi de leur réception par les sujets du droit international d'autre part (valeur normative). Ceci nous permettra de mettre en évidence la validité interne des normes privées – leur validité en tant que phénomène juridique – qui est, à l'heure actuelle et sur le plan formel, une validité encore en devenir.

⁴⁰⁴ Ce dernier pôle est très lié aux deux pôles précédents, en ce que la garantie normative peut être à la fois potentielle (valeur) et effective (effet) et que son objet peut être soit de garantir l'effectivité de la norme par rapport à d'éventuelles violations soit de garantir sa validité normative.

⁴⁰⁵ C. THIBIERGE, « Conclusion », in C. THIBIERGE et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 817-818.

⁴⁰⁶ La portée normative, purement subjective car portant sur les représentations du droit, est à distinguer de l'effectivité des normes qui sera traitée dans le Titre suivant. Cette dernière porte sur les effets concrets des normes, leur capacité à influencer, dans les faits, les conduites des acteurs concernés – en d'autres termes, sur leur capacité à servir de modèle pour l'action.

Remarque : il est rare que l'examen de la validité d'une norme puisse se limiter à l'une de ses dimensions (validité formelle, factuelle ou axiologique), sans prendre en compte également l'interaction avec ses autres aspects. Ainsi, si l'établissement de la validité formelle d'une norme porte pour l'essentiel sur des questions procédurales, il semblerait que l'examen évolue de plus en plus, dans la pratique, vers un « *examen (implicite mais réel) de légitimité et d'effectivité*⁴⁰⁷ ». Nous laisserons cependant de côté pour l'instant, et pour la clarté de l'analyse, ces deux aspects (légitimité et effectivité), qui seront étudiés lorsque nous aborderons la dimension systémique des normes privées (Titre 2).

⁴⁰⁷F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 327. De manière générale, sur ce point, voir ces auteurs, p. 325 s.

Chapitre 1. Portée normative : reconnaissance internationale des normes privées

L'expression « portée normative » pourrait être remplacée par celle de « force normative *externe* » car elle est conférée à la norme par des éléments qui lui sont extérieurs. Son étude passe par l'examen des effets réels de la norme et de la manière dont ceux-ci sont ressentis par ceux sur lesquels ils d'exercent.

En l'occurrence, c'est aux effets *commerciaux* des normes privées que nous allons nous intéresser. Parmi eux, deux aspects retiendront notre attention : leurs effets sur les exportations des pays en développement d'une part, leurs relations avec les normes internationales existantes d'autre part. Ce sont en effet ces deux préoccupations qui ont permis aux normes privées (souvent nationales, mais de portée transnationale) d'accéder à la sphère du droit international public. Le paradoxe réside dans le fait que les normes privées n'ont, au départ, aucune existence juridique *internationale*, si l'on comprend par « sphère internationale » celle des relations purement interétatiques. Au premier regard, rien ne permet de relier les normes privées au droit international, si ce n'est leurs effets. Véritable pont entre l'infiniment petit (l'auto-réglementation d'une entreprise) et l'infiniment grand (le commerce entre Etats), les effets commerciaux des normes privées sont également leur première porte d'entrée dans la sphère du droit, car c'est en reconnaissant leur existence que les Etats leur confèrent une existence juridique⁴⁰⁸.

Cette reconnaissance, qui n'est certes pas uniforme, est issu d'un débat qui a suivi deux axes, correspondant à deux groupes d'acteurs différents, qui répondent aux deux aspects problématiques évoqués plus haut (effets sur le commerce des PED et relation avec les normes internationales). Chronologiquement, c'est d'abord devant l'OMC que fut porté le débat sur les normes privées, à l'initiative des pays en développement (plus précisément de Saint-Vincent-et-les-Grenadines) en 2005. La cause de cette plainte résidait dans les effets commerciaux des normes privées sur les exportations des PED et les conséquences préjudiciables de leur multiplication pour les petits producteurs (*section 1*). Une fois lancé, le débat s'est rapidement étendu aux organismes internationaux de normalisation, dont le souhait est de clarifier la relation entre leurs propres normes et celles élaborées par les entités privées (*section 2*).

⁴⁰⁸ A distinguer, pour l'instant, d'un *statut* juridique.

Section 1. Le débat sur les effets commerciaux

Formellement lancé en juin 2005 devant le comité SPS de l'OMC, le débat sur les normes privées était pourtant déjà sous-jacent lors de discussions antérieures, sous la forme de problématiques telles que les mesures sociales et environnementales⁴⁰⁹, les écolabels⁴¹⁰, ou les normes agro-alimentaires. Nous allons examiner successivement les lieux (A) et les termes du débat (B).

§ 1. Les lieux du débat

Le débat sur les effets commerciaux des normes privées, lancé à l'OMC, a été repris par d'autres organisations internationales. Il est intéressant de noter que chaque organisation s'est, en fonction de ses compétences, concentrée sur un aspect particulier du débat, opérant « naturellement » une répartition des compétences. Ainsi, l'OMC – et plus particulièrement son comité SPS – s'est penchée sur les aspects juridiques de la question (1). La CNUCED et l'OCDE en ont examiné les implications économiques (2) alors que l'UNIDO, la FAO et, dans une certaine mesure, la Banque mondiale ont évalué les questions soulevées par les normes privées en termes d'assistance technique (3).

A. L'OMC : aspects juridiques

La question des normes privées a été soulevée en 2005 par Saint-Vincent-et-les-Grenadines⁴¹¹ devant le Comité SPS à propos d'une norme EurepGAP réglementant le taux de pesticides sur les bananes⁴¹², ouvrant ainsi la voie à une multitude de plaintes de la part des pays en développement sur les effets négatifs des normes privés sur

⁴⁰⁹ Le comité sur le commerce et le développement (CCE) a reçu en 2001 le mandat d'examiner l'effet des mesures environnementales sur l'accès aux marchés (, Déclaration de Doha, paragraphe 32 (i)).

⁴¹⁰ Le CCE a ainsi reçu dès 2001 le mandat d'examiner la question des écolabels ou labels écologiques (paragraphe 32 (iii)) de la Déclaration de Doha, WT/MIN(01)/DEC/1). Par ailleurs, en octobre 2003, le comité OTC avait déjà organisé une session de formation sur les labels, qui portait déjà, entre autres, sur l'effet de ces labels sur l'accès aux marchés. Voir http://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/event_oct03_e/labelling_oct03_summary_e.htm (04.09.2012).

⁴¹¹ Voir G/SPS/R/37 (2005) « Résumé de la réunion tenue les 29 et 30 juin 2005 », p. 7-8. Egalement G/SPS/GEN/766 pour une description plus étayée de la position de Saint-Vincent (2007).

⁴¹² Cette norme, utilisée par les supermarchés du Royaume-Uni « était devenue obligatoire pour le maintien du commerce » entre ceux-ci et Saint-Vincent-et-les-Grenadines. « *Du point de vue de Saint-Vincent-et-les Grenadines, les mesures SPS devaient être introduites par des gouvernements et non par des entités du secteur privé ou des organisations non gouvernementales. Certaines des mesures prévues dans le programme de certification Eurep/Gap relevaient clairement de l'Accord SPS. De ce fait, Saint-Vincent-et-les Grenadines se demandait si ces mesures faisaient partie de la législation générale des CE en matière alimentaire ou si elles constituaient des prescriptions établies par des entités privées* ». La Jamaïque s'est jointe à cette plainte. Les Communautés Européennes ont estimé qu'en aucun cas les normes EurepGAP ne pouvaient être assimilées à des prescriptions communautaires et que « *même si, dans certains cas, ces normes excédaient celles des CE en matière SPS, les CE ne pouvaient s'y opposer étant donné qu'elles n'entraient pas en conflit avec la législation communautaire* ». D'autres Etats, comme le Pérou, se sont interrogés sur l'applicabilité de l'article 13 de l'accord SPS. Le Mexique a fait savoir qu'il considérait un examen de l'Annexe 3 à l'accord OTC comme prioritaire à toute décision dans le cadre de l'accord SPS. Le représentant de l'Argentine, enfin, a estimé que « *si le secteur privé devait imposer des normes inutilement restrictives pour le commerce et si les pays ne disposaient d'aucune enceinte pour favoriser une certaine rationalisation de ces normes, 20 ans de débats dans les enceintes internationales auraient été gaspillés* ».

leurs exportations. Mais le débat existait déjà, quoique de manière indirecte, devant d'autres comités de l'OMC.

1. Avant 2005

Avant que le Comité SPS ne se saisisse de la question des normes privées⁴¹³, le débat se posait en termes de prise en compte des écolabels *volontaires* par l'Accord OTC. Bien que non exclusivement centré sur la nature privée de ces normes, le débat sur les écolabels recouvre à la fois les labels étatiques volontaires et les labels privés. Cependant, la principale question retenue n'était pas ici celle de la nature publique ou privée des mesures, mais leur celle de leur *contenu*. C'est en effet la question des procédés et méthodes de production (« PMP »), conséquence de l'approche d'« analyse du cycle de vie⁴¹⁴ » d'un produit adoptée par la majorité des labels, qui était ici source de dissensions. Le débat n'était cette fois pas strictement de nature Nord/Sud, mais opposait également les Etats-Unis, partisans de l'exclusion des PMP du champ de l'Accord OTC, à l'Union européenne qui souhaitait au contraire leur prise en compte. Pendant le Cycle de Doha, les positions de ces deux camps se sont radicalisées sur la question des organismes génétiquement modifiés, les Etats-Unis (et le Canada) craignant les conséquences pour leurs exportations d'une multiplication des labels visant les OGM⁴¹⁵.

De manière plus générale, figurait donc déjà dans le débat sur les écolabels un questionnement sur le rôle des préférences des consommateurs sur les flux commerciaux et sur le traitement que doivent leur réserver les règles du droit international du commerce.

La question avait également été soulevée dans le cadre des débats sur la « labellisation »⁴¹⁶ (l'étiquetage) au sein du comité sur le commerce et

⁴¹³ Dès la période du GATT, notamment dans le cadre du Groupe EMIT (*Group on Environmental Measures and International Trade*), mis en place en 1971 mais convoqué par les Membres pour la première fois en 1991, et ensuite dans le cadre du Comité pour le Commerce et l'Environnement (CCE) mis en place en 1994. Le mandat contenu dans la Décision sur le Commerce et l'Environnement comprenait également le travail sur les prescriptions en matière d'étiquetage. Voir à ce sujet M. JOSHI, "Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organisation Agreements?", *Journal of World Trade*, Vol. 38/1, 2004, p. 81 s.

⁴¹⁴ Il s'agit d'une approche consistant à prendre en compte l'intégralité des étapes dans la vie d'un produit, allant de sa conception, aux conditions de productions et aux caractéristiques du produit final.

⁴¹⁵ M. JOSHI, "Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organisation Agreements?", *Journal of World Trade*, Vol. 38/1, 2004, p. 82 s.

⁴¹⁶ A la différence de la norme, le label est avant tout un instrument de communication en ce qu'il permet d'informer les consommateurs sur certaines caractéristiques du produit. Il est en quelque sorte le support permettant de rendre la norme visible aux yeux du consommateur, à travers la déclaration qu'elle a été respectée pour ce produit particulier. Pour plus de détails, voir *supra*, le chapitre introductif.

l'environnement⁴¹⁷ (comité CCE) et du comité OTC⁴¹⁸. Le problème principal était soulevé par le recours à « l'analyse du cycle de vie » (*lifecycle analysis*) par de nombreux labels, en d'autres termes la réglementation par les labels des conditions et méthodes de production, au-delà des seules caractéristiques du produit final. Cette question s'inscrit à son tour dans le cadre de la discussion sur les PMP ou « procédés et méthodes de production » et leur rôle dans l'appréciation du caractère similaire d'un produit⁴¹⁹. Bien que couvrant essentiellement les mesures volontaires *étatiques*, le débat sur les écolabels s'étend également –en théorie – aux normes volontaires privées. En effet, il existe plusieurs thématiques communes : prolifération des normes et absence de transparence dans leur élaboration, coûts de mise en conformité générés pour les exportateurs, en particulier les petites entreprises et celles de pays en développement. La discussion sur l'utilisation protectionniste de ces schémas⁴²⁰ n'étant pas directement transposable aux normes privées (celles-ci ne faisant *a priori* pas partie de la politique commerciale des Etats), elle appelle néanmoins à

⁴¹⁷ Le Comité sur le commerce et l'environnement (CCE) a reçu en 2001 le mandat d'examiner la question spécifique des labels écologiques ou « écolabels » (paragraphe 32 de la Déclaration ministérielle de Doha). Il est également compétent pour la question des normes environnementales relatives au commerce (il est généralement admis que les normes relatives à l'agriculture biologique tombent sous cette catégorie). Les discussions sur les exigences environnementales et l'accès au marché (en particulier des PED) sont également pertinentes. Voir C. DANKERS, "The WTO and Environmental and Social Standards, Certification and Labelling in Agriculture", *FAO Commodity and Trade Policy Research Paper N°2*, mars 2003, p. 15.

⁴¹⁸ Le comité OTC n'a pas, lui, reçu de mandat spécifique, mais s'est néanmoins saisi de la question des labels. Voir le Briefing Paper "Legal and Policy Issues in the Market Access Implications of Labelling for Environmental Purposes" élaboré à l'occasion du "Sub-Regional Workshop on the Trade and Environment Issues Contained in Paragraphs 31 and 32 of the WTO Doha Ministerial Declaration", organisé en juillet-août 2003 par la CNUCED et FIELD (*Foundation for International Environmental Law and Development*), http://www.unctad.org/trade_env/test1/meetings/bangkok4/ecolabelling%20briefing%20paper.pdf. Ce document s'inscrit dans le cadre du projet "UNCTAD/FIELD Project on Building Capacity for Improved Policy Making and Negotiation on Trade and Environment Issues".

La question des écolabels a été reconnue significative par l'Agenda 21 élaboré lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en 1992. Le Sommet mondial sur le développement durable tenu à Johannesburg en 2002 a reconnu la nécessité de continuer les recherches dans ce domaine (paragraphe 14a et 14e du Plan d'action de Johannesburg).

Les autres institutions internationales ayant travaillé sur la question des écolabels sont : le Centre du Commerce international (ITC – International Trade Center, institution conjointe de l'OMC et de la CNUCED) en 1996, ESCAP (la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique), la CNUCED (voir S. ZARILLI, V. JHA et R. VOSSENAAR, (Eds.), *Eco-Labeling and International Trade*, Houndmills, Basingstoke [England] : Macmillan Press ; New York, N.Y. : St. Martin's Press, 1997, 376 p), et l'OCDE en 1997. Le PNUE a également publié une étude en 1997 sur les critères d'étiquetage : « Criteria in Environmental Labelling : A Comparative Analysis of Environmental Criteria in Selected Labelling Schemes », *Environnement and Trade*, N°13, 1997.

⁴¹⁹ Sur la distinction entre PMP « relatifs au produit » et « non-relatifs au produit », voir PARTIE 2. L'acceptation de ces derniers comme critère valide de similarité permettrait à un gouvernement importateur d'un produit d'imposer ses préférences sociales ou environnementales aux entreprises des pays exportateurs ; leur prise en compte a été fortement contestée par les PED. Ce débat constitue un exemple de l'équilibre à trouver entre liberté normative des Etats d'une part et l'obligation de ne pas créer d'obstacles non nécessaires au commerce, d'autre part.

Pour une présentation générale de la question des écolabels dans les relations économiques internationales et une étude économique de leurs effets commerciaux, voir K. ABE, K. HIGASHIDA et J. ISHIKAWA, « Eco-Labels, Environment and International Trade », in R.M. STERN (Ed.) *Issues and Options for US-Japan Trade Policies*, University of Michigan Press, 2002, pp. 227-248. Aussi sous <http://www2.e.u-tokyo.ac.jp/~seido/output/Ishikawa/011.pdf>

⁴²⁰ Voir le différend emblématique sur le label américain visant à protéger les dauphins (affaires *Thon-Dauphins I et II*) qui vient de connaître un récent rebondissement dans le rapport WT/DS381/R du 15 septembre 2011 qui déclare le label incompatible avec le droit de l'OMC non parce qu'il serait discriminatoire à l'égard d'un produit étranger, mais parce qu'il est considéré par le Groupe spécial comme « plus restrictif que nécessaire » pour le commerce international.

s’interroger sur les rapports entre les autorités étatiques et les auteurs des normes, et sur l’existence et l’acceptabilité d’un certain degré d’implication étatique dans leur élaboration – appréciation qui ne peut certes être effectuée qu’au cas par cas.

Dans ce contexte, un document présenté par la Colombie⁴²¹ en 1998 fournit un éclairage sur les problèmes soulevés, dans le domaine de la floriculture, par des labels écologiques issus d’ONG étrangères. La Colombie y dénonce les frais occasionnés, la coercition qui leur est inhérente (ou, en d’autres termes, leur caractère obligatoire *de facto*, car le producteur qui les refuse est exclu du marché) et leur caractère discriminatoire (les labels n’ont été proposés qu’à la Colombie, mais pas à d’autres pays exportateurs de fleurs). Elle dénonce également l’absence d’assujettissement aux normes internationales existantes et l’« absence de paramètres minimaux communs qui empêche le consommateur de recevoir une information comparable et assimilable ».

La Colombie demande par conséquent l’élaboration d’une « *politique transparente, concertée et non discriminatoire sur les labels écologiques facultatifs, qui tienne compte des conditions dans les pays exportateurs et importateurs pour que les politiques environnementales et commerciales se complètent réellement et satisfassent autant les entreprises que les écologistes*⁴²² ». Elle demande également une garantie de la transparence de leur élaboration et de leur application, notamment sous la forme d’une participation des pays en développement au choix des critères mis en place par les labels. Enfin, la Colombie rappelle que dans un rapport présenté par le CCE aux Ministres à Singapour, il était demandé « *d’assurer aux producteurs étrangers un accès équitable aux systèmes/programmes d’éco-étiquetage* ».

2. Après 2005

Au sein du Comité SPS

Depuis juin 2005, la question des normes privées a été régulièrement à l’ordre du jour du comité SPS, où elle est traitée sous le thème des ‘*trade concerns*’. En 2006 et 2007 des sessions d’information sur les normes privées ont été organisées. Au cours de la seconde session, organisée conjointement avec la CNUCED, plusieurs types de

⁴²¹«Environmental Labels and Market Access: Case Study on the Colombian Flower-growing Industry», WT/CTE/W/76, G/TBT/W/60 (Colombia).

⁴²² WT/CTE/W/76, G/TBT/W/60, p. 8.

normes ont été présentés, ainsi que leurs implications en matière de commerce et développement⁴²³.

En juillet 2008, le Président du Comité SPS a soumis aux Membres un certain nombre de questions concernant leur expérience avec les normes privées. Les réponses à ce questionnaire ont été résumées un document sur « l'identification de mesures concrètes à prendre par le Comité SPS⁴²⁴ » publié le 25 septembre 2008. A la question de savoir sur quels éléments devrait porter une étude mandatée par le Comité SPS, la réponse des Membres a été la suivante :

« La plupart des répondants ont dit accorder la priorité à la transparence et à la justification scientifique, alors que d'autres Membres ont également inclus l'équivalence, l'harmonisation et l'assistance technique. Selon un répondant, l'étude devrait être axée sur la façon dont les normes privées sont mises en œuvre par les opérateurs privés et les problèmes qui se posent à cet égard. Certains ont également indiqué que l'étude devrait préciser comment les normes privées peuvent favoriser et faciliter le commerce et le développement. De l'avis de certains Membres, il convient d'établir clairement le lien juridique entre les normes privées et les Accords de l'OMC avant toute étude.

Un Membre a précisé les aspects sur lesquels l'étude devrait porter. À son avis, l'étude devrait: définir dans quelle mesure les normes privées sont justifiées d'un point de vue scientifique; énoncer un ensemble de solutions qui pourraient être utilisées pour établir un équilibre entre le droit du consommateur de consommer des produits de qualité élevée et les droits des producteurs/exportateurs; définir les règles à suivre pour éviter le double emploi et le chevauchement entre les normes privées et les normes officielles à l'intérieur d'un pays; définir le rôle des pays importateurs/exportateurs; identifier les différences entre les divers systèmes de normes privées ainsi que la fréquence avec laquelle les normes sont modifiées; préciser le rôle des pays en développement dans le processus d'élaboration des normes privées; déterminer comment on

⁴²³ Voir <http://www.unctad.org/templates/Meeting.asp?intItemID=2068&m=13818&info=&lang=2>

⁴²⁴ G/SPS/W/230.

pourrait accroître la capacité des pays en développement de respecter ces normes.

Il a été proposé d'inclure dans le champ de l'étude le coût de la certification par une tierce partie, en particulier pour les petites entreprises et les agriculteurs des pays en développement, l'obligation de faire appel à certains organismes de certification, la reconnaissance des certificats délivrés par les pays en développement, les risques alimentaires (identification, analyse des risques, mécanismes de communication) au niveau des chaînes d'approvisionnement nationales et internationales et les systèmes de traçabilité ».

La diversité des éléments mentionnés par les Membres montre qu'ils s'intéressent aussi bien à la question de la compatibilité matérielle des normes privées avec les dispositions des accords de l'OMC qu'à l'établissement (préalable) d'un « lien juridique » entre ces deux corps de règles.

La majorité des Membres n'a cependant pas jugé utile de faire examiner la question des normes privées par d'autres organes de l'OMC tels que le Comité OTC ou le CCE, ni par des organes extérieurs. Les Membres n'ont pas jugé le *Code de pratique* de l'Accord OTC utile pour résoudre la question des normes privées, parce qu'il s'intéresse essentiellement «aux organismes de normalisation étatiques ou para-étatiques, et non aux organismes privés ».

En octobre 2008, un groupe informel *ad hoc* sur les normes privées est créé, qui se réunira sept fois entre 2008 et 2010⁴²⁵. Il est composé des trente Membres ayant répondu au questionnaire (parmi lesquels l'UE compte pour un seul Membre).

Les réponses au questionnaire font également l'objet d'un rapport descriptif⁴²⁶ puis analytique proposant des actions concrètes au comité SPS. Ces recommandations, au nombre de onze, sont décrites dans un document d'octobre 2009⁴²⁷.

Lors de la réunion du Comité SPS des 29 et 30 juin 2010, la majorité des Membres a exprimé son accord sur la nécessité de définir la notion de « normes privées » et de

⁴²⁵ http://www.wto.org/french/news_f/news11_f/sps_30mar11_f.htm (12.09.2012). Sur le mandat de ce comité, voir la proposition formulée par l'Uruguay en juin 2008, G/SPS/W/225.

⁴²⁶ G/SPS/GEN/932, « Effets des normes privées liées aux mesures SPS – Rapport descriptif », 15 juin 2009.

⁴²⁷ G/SPS/W/247, “Possible actions for the SPS Committee Regarding Private SPS standards” (il ne s’agit pas du rapport définitif mais d’un rapport provisoire). Ce document fera l’objet de trois révisions. La dernière version date du 11 octobre 2010, G/SPS/W/247/Rev.3.

coopérer sur la question avec d'autres organisations internationales. En revanche, la question de savoir quels sont les rapports entre l'Accord SPS et les normes privées, ainsi que la proposition d'instaurer une discussion régulière au sein du Comité SPS étaient beaucoup plus controversées⁴²⁸.

Parmi les onze propositions formulées en 2009, cinq seront finalement adoptées en mars 2011⁴²⁹. Lors de sa réunion des 30 et 31 mars 2011, dans un rapport sur la façon dont les Membres de l'OMC pourraient aborder les normes privées dans le domaine sanitaire et phytosanitaire⁴³⁰, le Comité SPS a adopté les cinq mesures suivantes sur les six proposées par le Groupe de travail⁴³¹ :

- Développer une définition des normes privées *dans le domaine SPS* et limiter les discussions à cette définition.
- Coopérer avec les « trois sœurs⁴³² » en échangeant des informations sur l'avancement des travaux réciproques dans ce domaine.
- Être tenu informé par le Secrétariat des développements dans d'autres comités de l'OMC.
- Les Etats Membres doivent aider les acteurs privés de leur pays à comprendre les questions négociées au sein du Comité, et l'importance des normes internationales.
- Le Comité doit coopérer avec les « trois sœurs » pour développer de la documentation attestant de l'importance de standards internationaux dans le domaine SPS.

Une sixième proposition concernant l'échange d'information entre les Membres sur la question des normes privées et l'étude des relations entre normes privées et normes et normes étatiques et internationales n'a pas fait l'unanimité. Il semblerait que les Membres aient été divisés non sur le principe de l'échange d'informations, mais sur la question de savoir si ce point doit figurer à l'agenda du comité SPS.

Les cinq autres propositions, qui n'avaient pu faire l'objet d'un consensus au sein du Groupe de travail, allaient toutes au-delà du simple échange d'informations⁴³³ :

⁴²⁸ Voir *Bridges Weekly Trade News Digest*, Vol.14/25, Juillet 2010, <http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/79730/>.

⁴²⁹ http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/sps_30mar11_e.htm#minutes

⁴³⁰ http://www.wto.org/french/news_f/news11_f/sps_30mar11_f.htm, (6.04.2011).

⁴³¹ Voir le « Rapport du Groupe de travail spécial des normes SPS privées au Comité SPS », G/SPS/W/256 qui « invite » le Comité SPS à approuver six actions (p. 2).

⁴³² L'Organisation internationale des épizooties, la Convention internationale sur la protection des végétaux et la Commission du Codex Alimentarius de l'OMS et de la FAO.

⁴³³ G/SPS/W/256, Annexe 1.

- « *Le Comité SPS devrait constituer un cadre pour l'examen des problèmes commerciaux spécifiques concernant les normes SPS privées.* »
- « *Le Comité SPS devrait élaborer des lignes directrices relatives à la mise en œuvre de l'article 13 de l'Accord SPS* ».
- « *Le Comité SPS devrait élaborer un mécanisme de transparence concernant les normes SPS privées* ».
- « *Le Comité SPS devrait élaborer un Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes SPS privées* ».
- « *Le Comité SPS devrait élaborer des lignes directrices visant à ce que les gouvernements des Membres de l'OMC assurent la liaison avec les entités qui jouent un rôle en matière de normes SPS privées* ».

La situation actuelle appelle trois observations. Tout d'abord, l'action du Comité SPS est strictement limitée aux normes privées dans le domaine sanitaire ou phytosanitaire; toute norme sortant de ce domaine ne serait pas soumise à une éventuelle réglementation future. Mais alors qu'ils souhaitent limiter leur action au domaine sanitaire et phytosanitaire, les Membres ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'étendue des questions que doit traiter le Comité.

Par ailleurs, l'action concerne uniquement la définition des normes privées et l'aspect procédural de l'échange d'informations et de la coopération inter-organisationnelle. L'approche reste très « procédurale » et aucune avancée n'a été faite dans le domaine d'une réglementation matérielle. Les points concernant le développement de principes directeurs ou de codes de conduite font encore l'objet d'importantes dissensions entre les Membres, de même que la clarification des obligations des Etats Membres en vertu de l'Accord SPS.

Enfin, cette décision reflète la priorité accordée aux normes internationales, en particulier à celles élaborées par les trois sœurs. Il s'agit moins d'élaborer un régime spécifique des normes privées que de favoriser leur alignement sur les normes internationales⁴³⁴.

⁴³⁴ Nous verrons cependant par la suite que les normes internationales n'offrent pas nécessairement toutes les garanties en matière de transparence et de participation des PED à leur élaboration. Se pose aussi la question de leur adaptation aux circonstances locales. Il leur est ainsi souvent reproché de constituer une solution de compromis, le plus petit dénominateur commun acceptable au niveau universel.

Dans l'ensemble, les opinions des Etats membres restent très divergentes et le débat n'a pas pu dépasser le stade du questionnement sur l'organe approprié pour traiter de la question, pour se consacrer aux questions matérielles soulevées par les normes privées⁴³⁵. De plus, le statut juridique des cinq « mesures » adoptées récemment est incertain : les mesures lient-elles uniquement les Etats qui les ont négociées, ou sont-elles applicables à l'ensemble des Membres ? Une clarification dans le cadre des travaux ultérieurs du Comité s'avère indispensable.

Au sein d'autres comités

Le thème des normes privées a également été abordé, quoique de façon moins intensive, devant le comité OTC et le Comité du commerce et de l'environnement (CTE)⁴³⁶.

Le Comité OTC a organisé, les 16 et 17 mars 2009, un atelier sur le rôle des normes internationales en matière de développement économique⁴³⁷. Cet atelier, limité aux normes internationales a porté sur quatre questions spécifiques : l'aspect économique, les études de cas, le renforcement des capacités de normalisation des PED et les défis posés par les normes internationales (parmi lesquels la quantification des avantages, l'implication des petites entreprises et la participation des PED, le renforcement de l'« infrastructure qualité » et de la transparence). Les discussions du comité OTC ont également porté sur le *Code de bonne pratique* annexé à l'Accord OTC et sur le rôle des organismes non gouvernementaux dans le cadre des règlements techniques.

Le CCE, lui, a organisé le 9 juillet 2009 un atelier sur les normes privées liées à l'environnement, la certification et les prescriptions en matière d'étiquetage⁴³⁸. Plusieurs secteurs tels que la pêche, le café, l'horticulture, la gestion des forêts y ont été abordés, ainsi que les questions fondamentales posées par les normes privées : transparence, harmonisation, impact environnemental, renforcement des capacités et règles applicables du droit de l'OMC. Les discussions au sein du CCE ont également

⁴³⁵ Même la compétence du Comité SPS, qui semble admise, ne l'est que pour les normes privées ayant pour objet la sécurité sanitaire et phytosanitaire.

⁴³⁶ Voir à ce sujet G/SPS/W/256, Annexe IV.

⁴³⁷ G/TBT/W/310, « Rapport sur l'atelier sur le rôle des normes internationales en matière de développement économique », 20 mai 2009.

⁴³⁸ Pour un compte-rendu sommaire, voir WT/CTE/M/47, « Compte-rendu de la réunion tenue le 10 juillet 2009 », 31 août 2009, pp. 21 s. Le programme de l'atelier est accessible sous :

www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/prog_wksp_july09_e.doc

porté sur les exigences environnementales et l'accès aux marchés ainsi que sur les normes biologiques.

B. CNUCED et l'OCDE : aspects économiques

1. La CNUCED

La CNUCED s'est intéressée de longue date aux normes privées, même avant que le débat ne soit porté devant l'OMC : dès 1997, le *Trade and Development Board* publiait un rapport sur les impacts possibles des normes de management environnemental sur le commerce et les investissements dans les pays en développement⁴³⁹. Ce rapport est une réaction à la publication de la norme ISO 14000 en 1996 et la prise de conscience sur ses possibles conséquences en matière de développement. A côté de ses aspects positifs, le rapport reconnaît également la possibilité que la série ISO 14000 constitue un obstacle au commerce pour les entreprises trouvant trop difficile ou trop coûteux de se conformer à ses dispositions⁴⁴⁰. De manière assez avant-gardiste, il souligne l'importance d'une reconnaissance internationale (et non seulement mutuelle) des mécanismes de certification et d'accréditation ; il renvoie dans ce domaine aux travaux de *Quality System Assessment and Recognition (QSAR)* et *International Accreditation Forum (IAF)*. Enfin, le rapport insiste sur l'importance d'une coopération sud-sud, de mesures d'incitation⁴⁴¹ et d'une assistance technique de la part des grandes entreprises envers les PME.

D'autres projets, qui n'étaient pas limités aux normes privés, mais qui recouvraient un domaine particulier des normes commerciales, existaient également : exigences environnementales et accès au marchés, et impact des normes d'agriculture biologique.

Ainsi la '*Consultative Task Force on Environmental Requirements and Market Access for Developing Countries*' (CTF), qui s'est réunie pour la première fois en novembre 2004, est l'une des initiatives de la CNUCED relative aux normes

⁴³⁹ "Report of the Expert Meeting on possible trade and investment impacts of environmental management standards, particularly the ISO 14000 series, on developing countries, and opportunities and needs in this context", TD/B/COM.1/10, TD/B/COM.1/EM.4/3.

⁴⁴⁰ P. 2.

⁴⁴¹ Les gouvernements sont également invités à mettre en place un environnement législatif adéquat ainsi que les infrastructures nécessaires.

privées⁴⁴². Réunissant des représentants de gouvernements, d'ONG ainsi que du secteur privé, elle a pour but d'aider les PED à analyser et surmonter les obstacles à l'accès aux marchés créés par les exigences environnementales contenues dans les réglementations étatiques ou les normes privées. La CTF a mené, en collaboration avec la FAO, plusieurs études-pays sur l'impact de la norme EurepGAP pour les fruits et légumes frais (aujourd'hui GlobalGAP) sur l'accès au marché. D'une certaine manière complémentaire à l'OMC, la CTF permet de faire participer au débat sur les normes privées les acteurs qui sont exclus des discussions au sein des comités de l'OMC ; elle permet également de renforcer la communication et les échanges d'informations parmi les organisations internationales sur le sujet des exigences environnementales. Notons toutefois que cette initiative est limitée au domaine de l'environnement, d'une part et va au-delà des normes privées, d'autre part.

Dans le domaine de l'agriculture biologique, une autre initiative de la CNUCED, menée conjointement avec la FAO et IFOAM est la création de la '*International Task Force on Harmonisation and Equivalence in Organic Agriculture*' (ITF). Active de 2003 à 2008, elle a constitué une plateforme de dialogue pour les acteurs de la filière biologique, organismes publics, ONG ou entités privées. Son but était d'identifier les possibilités d'harmonisation, les mécanismes d'équivalence et de reconnaissance mutuelle, ainsi que les mesures facilitant l'accès au marché biologique par les PME et PED. Le travail fut divisé en trois phases : analyse de la situation (notamment les effets commerciaux des normes biologiques existantes), élaboration de solutions (normes, contrôle de conformité et coopération public-privé) et mobilisation politique (recherche de soutien à la mise en œuvre de la part des gouvernements et organisations internationales). Le principal résultat pratique de ces cinq années de recherche fut l'élaboration de deux instruments d'harmonisation relatifs respectivement à la détermination de l'équivalence des normes biologiques

⁴⁴² Elle a été mise en place par la Commission sur le commerce des biens et services de la CNUCED lors de sa 7^{ème} session en 2003 et suite à une Réunion d'experts sur les exigences environnementales et le commerce international les 2 à 4 octobre 2002. Voir le document TD/B/COM.1/L.26 du 7 février 2003 qui donnait mandat à la CNUCED de "*explore the possibility of the creation of a consultative group on environmental requirements and international trade, which should closely coordinate and collaborate with relevant work and initiatives in other bodies and involve the private sector, as a project-based activity*"(page 3).

(« *EquiTool* ») et à l'équivalence en matière de certification (*International Requirement for Organic Certification Bodies - IROCB*)⁴⁴³.

Le projet '*Global Organic Market Access*' (GOMA)⁴⁴⁴, lancé en 2010, fait suite à l'ITF en ce qu'il vise à réduire les obstacles commerciaux pour les produits issus de l'agriculture biologique à travers l'harmonisation, l'équivalence et d'autres formes de coopération sur les normes et les méthodes de contrôle de conformité. Son champ d'application se concentre sur les pays d'Asie (de l'est, du sud-est et du sud) et la coopération sud-sud entre ces pays est encouragée⁴⁴⁵. A l'instar de l'ITF, le projet GOMA englobe explicitement à la fois les normes biologiques publiques et privées⁴⁴⁶. Des consultations sont en cours pour l'amélioration de l'outil d'évaluation de l'équivalence *Equitool*. Le nouvel outil, nommé COROS (*Common Objectives and Requirements of Organic Standards* – Objectifs et prescriptions uniques en matière de normes relatives aux produits biologiques) a lui aussi pour objectif de « simplifier les flux de produits biologiques entre les divers systèmes de garantie des secteurs public et privé »⁴⁴⁷.

Dans le domaine environnemental, plusieurs projets abordent la problématique des relations entre commerce et environnement et plus spécifiquement la question des normes environnementales.

La '*Capacity-Building Task Force on Trade, Environment and Development*' (CBTF), fondée en 2000 conjointement avec le PNUE, a pour but de mettre au service des pays en développement les compétences de la CNUCED et du PNUE sur les aspects développementaux et environnementaux du commerce. Elle vise à renforcer les capacités des PED à travers la coopération avec diverses organisations internationales et ONG⁴⁴⁸. Etant dépendante de financements extérieurs, la CBTF fonctionne de manière ponctuelle, à travers la réalisation de projets particuliers. Ses thèmes de

⁴⁴³ Ces outils s'adressent aussi bien aux gouvernements qu'aux acteurs privés.

Voir le rapport final de l'ITF, 2008, http://www.unctad.org/trade_env/ITF-organic/meetings/itf8/ITF_Summary_Report_080908db_%20final%20%20.pdf ainsi que le site web de l'institution http://www.unctad.org/trade_env/ITF-organic/welcome1.asp (dernière visite le 15.09.2009).

⁴⁴⁴ Comme l'ITF, le projet GOMA est dirigé par un comité composé de représentants de la CNUCED, la FAO et IFOAM. Il est financé par l'Agence norvégienne pour la coopération en matière de développement (Norad). Cf. UNCTAD, « Project Brief », http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/dite_tedb_ted0035_en.pdf et www.goma-organic.org

⁴⁴⁵ La dernière réunion du '*Asia Working Group on Framework for Cooperation on Organic Labelling and Trade*' s'est tenue à Séoul les 26 et 27 septembre 2011.

<http://www.unctad.org/Templates/meeting.asp?intItemID=2068&lang=2&m=22555>

⁴⁴⁶ Voir la description du projet sur <http://www.goma-organic.org/about/project/>.

⁴⁴⁷ Voir le communiqué de la CNUCED du 11 février 2011 « Effort d'harmonisation dans les méthodes de comparaison et d'évaluation relatives aux produits biologiques » <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=5838&lang=2>

⁴⁴⁸ <http://www.unep-unctad.org/cbtf/> (15.09.2011).

travail comportent l'agriculture biologique et le « commerce fondé sur la biodiversité » (ou « *Biotrade* »). C'est sur ce dernier domaine que portent les activités les plus récentes de la CBTF. Elle a dans ce contexte été amenée à se pencher sur les normes privées relatives à un commerce « durable » et leur potentiel en tant que catalyseur pour le commerce des pays en développement⁴⁴⁹.

Dans le cadre d'un projet nommé "*UNCTAD/FIELD*⁴⁵⁰ *Project on Building Capacity for Improved Policy Making and Negotiation on Trade and Environment Issues*" (ou projet « DFID II⁴⁵¹ »), financé par le département britannique pour le développement international (*UK Department for International Development- DFID*) la question des labels écologiques a été abordée sous l'angle de la politique environnementale et de l'amélioration de la coopération entre PED dans ce domaine (à l'échelle régionale). L'un des « blocs thématique » du projet, consacré aux thématiques liées à la Déclaration de Doha, fait expressément référence aux labels écologiques ainsi qu'aux normes biologiques⁴⁵². Comme la plupart des projets de la CNUCED, il s'agit d'un projet de recherche dont les résultats sont destinés aux diplomates des PED. Après une phase de préparation en 2002, la phase de mise en œuvre s'est déroulée de 2003 à 2006 et a généré plusieurs rapports, analyses et '*policy briefings*'.

Enfin, un projet de coopération technique, a été mené entre 2000 et 2002 conjointement avec l'IDRC (*International Development Research Center*), une ONG canadienne, dans le but d'étudier et de remédier aux obstacles commerciaux issus des normes environnementales et sanitaires et phytosanitaires⁴⁵³. Plusieurs études de cas dans des secteurs tels que l'horticulture, la pêche ou encore l'agriculture biologique ont conduit à une conférence finale qui a formulé plusieurs recommandations au niveau national, régional et international. Parmi celles-ci, la recommandation aux PED d'adapter leurs législations aux exigences des marchés extérieurs, de soutenir les PME et organismes nationaux dans leurs démarches d'accréditation et de certification (HACCP ou ISO, notamment). Aux pays développés, il est recommandé de faire

⁴⁴⁹<http://www.unep-unctad.org/cbtf/>

Voir également l'initiative Biotrade de la CNUCED : <http://www.biotrade.org/documents/PUBL14.asp>. Au sein de l'initiative Biotrade a été lancé, conjointement avec le « International Trade Center », le programme BTPF (*Biotrade Facilitation Programme*) qui a notamment formulé des directives méthodologiques pour la mise en place de chaînes de valeur relatives aux produits Biotrade.

⁴⁵⁰« *Foundation for International Environmental Law and Development* ».

⁴⁵¹Ce projet fait suite à une autre initiative menée entre 1999 et 2001 intitulée "UNCTAD/FIELD project on Strengthening Research and Policy-Making Capacity on Trade and Environment in Developing Countries".

⁴⁵² Voir la description du projet sous http://r0.unctad.org/trade_env/test1/projects/fielddescript.htm

⁴⁵³ Voir le Rapport final du projet élaboré par l'IDRC, « Standards and Trade », Project INT/99/A64, Final Report, juin 2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.unctad.org/trade_env/test1/meetings/standards.htm (visité le 16.09.2011).

participer des représentants de PED à l'élaboration des normes afin de prendre en compte leurs intérêts spécifiques ainsi que de reconnaître les normes et activités de certification provenant des PED, surtout dans les secteurs impliquant un recours aux savoirs traditionnels tels que l'agriculture biologique⁴⁵⁴. Aux Membres de l'OMC, il est conseillé d'examiner et de clarifier le rôle de la science et de la précaution dans le cadre de l'Accord SPS.

On peut constater qu'à la différence de l'OMC, la CNUCED est tournée vers l'action concrète. Ainsi, les projets qu'elle met en place sont en général orientés vers une assistance technique aux pays en développement ('*capacity building*').

Une autre initiative de la CNUCED est liée, elle, plus spécifiquement aux normes privées dans le domaine de l'horticulture. Limitée dans le temps (2005-2008), elle a associé des acteurs divers (producteurs, importateurs, organismes de normalisation, etc.) afin de faire en sorte que les chaînes d'approvisionnement dans le domaine de l'horticulture (en particulier les normes et systèmes de certification) ne constituent pas un obstacle au commerce ou une discrimination à l'égard des petits producteurs des PED. Ce projet, mis en place et financé⁴⁵⁵ par le Département pour le développement international du Royaume-Uni (*Department for International Development* – DFID) en collaboration avec le *International Institute for Environment and Development* (IIED), était construit autour de trois piliers : la création d'un dialogue entre les acteurs concernés, l'information sur les normes et procédures de mise en conformité, l'élaboration de « best practices » en matière de normalisation et de conformité prenant en compte les besoins spécifiques des petits producteurs.

2. L'OCDE

Avant d'aborder directement la question des normes privées, l'OCDE s'était déjà penchée sur la question des obstacles non-tarifaires, pour étudier leurs effets sur les

⁴⁵⁴ Rapport précité, p. 5 s.

⁴⁵⁵ L'Agence suisse pour le développement et la coopération (Swiss Agency for Development and Cooperation – SDC) a également avancé des fonds supplémentaires.

pays en développement⁴⁵⁶. Elle s'était particulièrement intéressée au cas des labels⁴⁵⁷ et spécifiquement à celui des écolabels⁴⁵⁸.

Par la suite, l'OCDE a d'abord examiné l'impact des normes privées sur le système agro-alimentaire dans une étude de 2006, puis a mené des études de cas sur leur effet sur l'accès au marché de quatre pays en développement : le Pérou⁴⁵⁹, le Chili⁴⁶⁰, l'Afrique du Sud⁴⁶¹ et le Ghana⁴⁶². Les résultats préliminaires de ces études ont été présentés dans une communication à l'OMC⁴⁶³. Il ressort de celle-ci que le secteur alimentaire a connu trois évolutions significatives au cours de la décennie écoulée :

- Le mouvement vers l'utilisation de schémas ou systèmes de management volontaires pour le contrôle des attributs des produits et des processus de production ;
- L'émergence de coalitions d'entreprises ayant pour but d'élaborer des normes collectives ;
- Le recours croissant aux normes interentreprises (*business-to business* ou 'B2B'),

⁴⁵⁶ "Analyse des obstacles non-tarifaires touchant les pays en développement", *Document de travail de l'OCDE sur la politique commerciale n°16*, TD/TC/WP(2004)47/FINAL, 2005.

⁴⁵⁷ "Analysis of Non-Tariff Measures. The Case of Labelling: Overview and Analysis of WTO Data", TD/TC/WP(2002)40/FINAL, 2003.

⁴⁵⁸ "Eco-labelling: Actual Effects of Selected Programs", OCDE/GD(97) 105, aussi "Labelling Requirements for Environmental Purposes; Trade Implications of Selected Schemes. Preliminary Outline", COM/ENV/TD(2002)110, 2002, J. EARLEY, L. KNEALE ANDERSON, "Developing-Country Access to Developed-Country Markets Under Selected Eco-labelling Programmes", COM/ENV/TD(2003)30/FINAL, 2003; "Effects of Eco-labelling Schemes: Compilation of Recent Studies", 2005.

⁴⁵⁹ "Market Access and Private Standards: Case Study of the Peruvian Fruit and Vegetable Markets"; AGR/CA/APM(2006)23/FINAL, 10 September 2007,

[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm\(2006\)23/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm(2006)23/final&doclanguage=en)

⁴⁶⁰ "Market Access and Private Standards: Case Study of the Chilean Fruit Markets", AGR/CA/APM(2005)27/FINAL, 16 October 2007,

[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm\(2005\)27/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm(2005)27/final&doclanguage=en)

⁴⁶¹ "Market Access and Private Standards: Case Study of the South African Fruit Market", AGR/CA/APM(2005)28/FINAL, 12 September 2007,

[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm\(2005\)28/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm(2005)28/final&doclanguage=en)

⁴⁶² "Market Access and Private Standards: Case Study of the Ghana Fruit Markets", AGR/CA/APM(2006)22/FINAL, 12 September 2007,

[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm\(2006\)22/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm(2006)22/final&doclanguage=en)

⁴⁶³ L. FULPONI, "Private Voluntary Standards and Developing Country Market Access: Preliminary Results", G/SPS/GEN/763, 27 février 2007.

Voir également "Private Standard Schemes and Developing Country Access to Global Value Chains: Challenges and Opportunities Emerging from four Case Studies", AGR/CA/APM(2006)20/FINAL, 5 October 2007,

[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm\(2006\)20/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=agr/ca/apm(2006)20/final&doclanguage=en)

La dernière tendance traduit une évolution de la norme, d'abord perçue et utilisée comme argument de marketing vis-à-vis du consommateur, vers un recours aux normes comme condition préalable à l'instauration d'une relation d'affaires (que ce soit pour satisfaire aux exigences de la législation nationale ou pour assurer la sécurité et la réputation de l'entreprise en termes de qualité et sécurité des produits). Outre les avantages et inconvénients des normes pour les producteurs des PED, ce document met en lumière cinq facteurs qui constituent des défis importants pour le traitement de la question des normes privées :

- Celles-ci constituent en pratique une exigence obligatoire pour l'accès aux grandes chaînes de distribution.
- Les exportateurs jouent un rôle de liaison très important entre acheteurs et producteurs : ils transmettent les demandes des premiers et assistent les seconds pour les aspects financiers, d'organisation et de contrôle, ainsi que pour les certifications.
- Les infrastructures et services au niveau régional sectoriels, tels que les télécommunications, le transport, l'accès à l'énergie et les dispositifs de tests, sont indispensables afin de pouvoir répondre à la demande commerciale.
- Les petits producteurs courent le risque de se voir exclus du circuit des grands distributeurs en raison du manque de moyens techniques et financiers.
- Le rôle des Etats (à tout le moins ainsi qu'il est perçu par les pays développés) et d'assister les producteurs en leur fournissant le cadre et les infrastructures nécessaire à leur activité commerciale.

A la différence des études menées par d'autres organisations qui sont centrées sur les bénéfices et inconvénients commerciaux des normes privées, l'OCDE met l'accent également sur le contexte dans lequel sont appliquées les normes privées, en insistant sur le rôle d'acteurs qui ne sont pas directement impliqués dans leur application mais créent les conditions nécessaires à celle-ci, tels que les exportateurs (intermédiaires) et les Etats. L'OCDE pose aussi de manière spécifique la question de l'exclusion des petits producteurs des chaînes de valeur globales par les normes privées⁴⁶⁴. En 2010, elle publie une étude dédiée spécifiquement à la question des rapports entre normes

⁴⁶⁴ "Private Standard Schemes and Developing Country Access to Global Value Chains: Challenges and Opportunities Emerging from four Case Studies", AGR/CA/APM(2006)20/FINAL, p. 20s.

publiques et privées⁴⁶⁵ dans le domaine alimentaire qui démontre la complémentarité entre ces deux types de réglementation.

C. UNIDO, FAO et Banque mondiale : questions d'assistance technique

D'autres organisations, reconnaissant que les normes privées constituent un obstacle potentiel à l'accès aux marchés, mais peuvent également être un important outil de positionnement sur les marchés internationaux si elles sont comprises et correctement appliquées, se placent dans une optique d'assistance technique⁴⁶⁶. Leur but est de permettre aux pays en développement de mieux connaître le phénomène des normes privées, et d'apprendre à s'en servir comme outil commercial.

1. UNIDO

L'UNIDO (ou ONUDI, *Organisation des Nations Unies pour le développement industriel*) a ainsi lancé un projet sur les secteurs les moins étudiés : vêtement, cuir, mobilier. Le document qui en a résulté, intitulé « *Normes privées : mieux les connaître pour mieux les appliquer. Guide sur les normes privées dans les secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier* », a pour objet d'informer les PED et de les aider à définir leur stratégie par rapport aux normes privées existantes dans ces secteurs⁴⁶⁷.

Il est intéressant de noter que l'UNIDO avait également publié, en 2005, une étude consacrée spécifiquement à la problématique des normes de qualité dans le cadre de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), dans laquelle elle examine la possibilité de mettre une place une politique communautaire de promotion de la qualité dans les domaines de la normalisation, de la certification, de l'accréditation et de la métrologie⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ G. SMITH, « Interactions entre normes publiques et privées dans la filière alimentaire », Editions OCDE, 2010.

⁴⁶⁶ Le site internet de l'UNIDO définit sa mission de la manière suivante : « *As a development agency with a clear mandate to provide technical assistance in the area of industrial development and trade capacity building, UNIDO initiated a research project in 2008 to identify the obstacles faced by developing country suppliers and exporters in dealing with private standards* ». <http://www.unido.org/index.php?id=1001200> (dernière visite le 23.09.2011).

Voir également « UNIDO First Expert Group Meeting on Private Standards, Vienna 8-9 May 2008, Meeting Report », http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Uploads/Documents/UNIDO_EGM_Report.pdf et « Aide-mémoire. Validation workshop on 'Guide to Private Standards', Vienna Austria, 6 July 2010 », http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Services/Industrial_Competitiveness/Trade_Capacity_Building/PrivateStandards2010.PDF

⁴⁶⁷ UNIDO, « Normes privées : mieux les connaître pour mieux les appliquer. Guide sur les normes privées dans les secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier », Vienne, 2010.

⁴⁶⁸ UNIDO, « Accréditation – Certification – Normalisation-Métrologie – Promotion de la qualité. Contribution à l'étude du droit lié à la qualité dans l'espace UEMOA », Vienne, 2005, 61 p. http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Publications/Pub_free/Accreditation_certification_normalisation_metrologie_promotion_de_la_qualite.pdf (10.09.2012)

2. FAO

La FAO, *Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture*, travaille sur les normes sociales et environnementales depuis 1999, au sein de sa Division sur le Commerce et les Marchés (*Trade and Markets*)⁴⁶⁹. Un rapport publié en 2004⁴⁷⁰ examine les bénéfices et contraintes de la certification sociale et environnementale ainsi que les moyens de surmonter ces dernières⁴⁷¹. Bien que non spécifiquement axé sur les normes privées (le titre mentionne uniquement les normes *volontaires*), les normes citées sont soit purement privées, soit mixtes (IFOAM, *Rainforest Alliance*, FLO, SAI, etc.).

La FAO a également travaillé sur les normes de sécurité sanitaire, essentiellement dans le secteur des fruits et légumes frais⁴⁷². Plusieurs études régionales ont été effectuées :

- Guides sur les normes et certifications concernant l'agriculture pour l'Asie⁴⁷³ et l'Afrique de l'Est⁴⁷⁴ ;
- Guide sur les normes et certifications relatives à l'aquaculture dans la région Asie-Pacifique⁴⁷⁵ ;
- Normes privées aux Etats-Unis et en Europe dans le secteur des fruits et légumes. Ceci est la seule étude consacrée exclusivement aux normes privées⁴⁷⁶.

Comme le guide élaboré par l'UNIDO, les deux premières catégories de guides s'adressent directement aux producteurs des PED et visent à les familiariser avec les normes privées, afin de mieux les intégrer à leur stratégie commerciale. Le troisième document étudie essentiellement les répercussions économiques des normes privées sur les pays en développement.

Enfin, il existe également une étude sur les écolabels dans le domaine de la pêche⁴⁷⁷.

⁴⁶⁹ FAO, "Private Standards in the United States and European Union Markets for Fruit and Vegetables. Implications for Developing Countries", *FAO Commodity Studies* N°3, 2007, introduction, p. xviii.

⁴⁷⁰ P. LIU, M. ANDERSEN, C. PAZDERKA, "Voluntary standards and certification for environmentally and socially responsible agricultural production and trade", *FAO Commodities and Trade Technical paper* 5, 2004.

⁴⁷¹ Le rapport souligne les aspects positifs de l'application des normes sociales et environnementales par les agriculteurs en termes d'acquisition de nouvelles techniques, de lutte contre la pollution, de réduction de la pauvreté et d'accès au marché des pays développés par le biais de la certification.

⁴⁷² "Food Safety Certification", 2006, [ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/008/ag067e/ag067e00.pdf](http://ftp.fao.org/docrep/fao/008/ag067e/ag067e00.pdf)

⁴⁷³ "A Practical Manual for Producers and Exporters from Asia: Regulations, Standards and Certification for Agricultural Exports", 2007, <http://www.fao.org/docrep/010/ag130e/ag130e00.htm>.

⁴⁷⁴ "A Practical Manual for Producers and Exporters from East Africa: Regulations, Standards and Certification for Agricultural Exports", 2006, <http://www.fao.org/docrep/010/a0791e/a0791e00.HTM>.

⁴⁷⁵ "A Qualitative Assessment of Standards and Certification Schemes Applicable to Aquaculture in the Asia-Pacific Region", 2007, <http://www.fao.org/docrep/010/ai388e/ai388e00.htm>.

⁴⁷⁶ "Private Standards in the United States and European Union Markets for Fruit and Vegetables: Implications for Developing Countries", *FAO Commodity Studies* 3, 2007, <http://www.fao.org/docrep/010/a1245e/a1245e00.HTM>.

3. Banque mondiale

La Banque mondiale a publié en 2005 un rapport sur les normes de sécurité sanitaire et phytosanitaire⁴⁷⁸ dans lequel elle analyse les conséquences de ces normes (publiques et privées) sur les exportations des pays en développement. L'accent est mis sur les stratégies de mise en œuvre, y compris l'assistance technique aux PED. Le rapport met en avant l'importance d'une stratégie « proactive » plutôt que défensive ; il constate ainsi que les entreprises ayant anticipé les changements dans la perception de la qualité et, partant, l'accroissement des exigences que traduit la multiplication des normes privées (en investissant dans des technologies plus avancées, par exemple), se sont mieux adaptées aux exigences des normes et n'ont pas subi de pertes ou de coûts excessifs d'ajustement.

Une étude de 2004⁴⁷⁹, qui examine les coûts de mise en conformité avec les normes européennes, avait déjà mis en évidence la nécessité d'une assistance aux PED de la part des organisations internationales telles que la Banque mondiale, que ce soit aux producteurs (sous la forme d'investissements ou de support en matière d'organisation) ou au secteur public (par le biais d'un renforcement des organismes pertinents et des agences d'inspection).

Enfin, dans un document de 2009⁴⁸⁰, lui aussi axé essentiellement sur le domaine agro-alimentaire, les auteurs se fondent sur une étude de la littérature existante pour mettre en évidence le caractère mitigé des effets des normes sur les pays en développement. Ils estiment que la réputation de barrière au commerce et au développement des normes n'est pas confirmée par les faits, et que leurs effets positifs sur les exportations et les petits producteurs sont sous-estimés.

⁴⁷⁷ C.R. WESSELLS, K. COCHRANE, C. DEERE and P. WALLIS, "Product certification and eco-labelling for fisheries sustainability", FAO Fisheries Technical Paper, No.422, 2001, <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/005/y2789e/y2789e00.pdf>

⁴⁷⁸ "Food Safety and Agricultural Health Standards: Challenges and Opportunities for Developing Country Exports", Report N° 31207, Poverty Reduction & Economic Management Trade Unit and Agriculture and Rural Development Department, Washington D.C., January 10, 2005.

⁴⁷⁹ S. WILLEMS, E. ROTH, J. VAN ROEKEL, "Changing European Public and Private Food Safety and Quality Requirements. Challenges for Developing Country Fresh Produce and Fish Exporters", European Union Buyers Survey, *Agriculture and Rural Development Discussion Paper*, The World Bank, 2004.

⁴⁸⁰ J. SWINNENS, M. MAERTENS, "Standards, Trade and Developing Countries", Note prepared for the World Bank, Trade and Research Departments, for the Project on Adjustment Costs to Trade, June 2009. http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/239054-1239120299171/5998577-1244842549684/6205205-1259868742627/6620468-1259868833400/Standards_Swinnen.pdf

§ 2. Les termes du débat

Techniquement, le débat sur les effets commerciaux des normes privées se présente sous trois formes⁴⁸¹ : les effets des normes privées sur l'accès aux marchés en général (A), les implications pour les pays en développement (B) et enfin, l'applicabilité et la conformité avec l'Accord SPS et le droit de l'OMC en général (C)⁴⁸². Alors que les deux premières questions se présentent essentiellement en termes de « pour ou contre » et son du domaine des considérations de politique commerciale, le troisième thème est spécifiquement juridique et concerne la potentielle qualité d'obstacle aux échanges des normes privées.

A. Accès au marché

En 2007, une Note du Secrétariat⁴⁸³ de la CNUCED intitulée « Commerce, environnement et développement » fait expressément référence à la problématique des normes privées. Elle mentionne les travaux effectués au sein du *Groupe consultatif sur les prescriptions environnementales et l'accès des pays en développement aux marchés*⁴⁸⁴. Après avoir décrit les principaux problèmes posés par les normes privées (elles sont souvent plus strictes que les normes publiques, sont un facteur-clé de la participation aux chaînes de valeur mondiales et ne sont pas soumises aux règles du commerce international) et les avantages de la mise en conformité, la note fait une constatation intéressante en ce qui concerne les rapports entre les normes publiques et les normes privées : ces deux types de normes seraient les deux faces d'une stratégie de gestion des risques, les normes publiques étant axées sur le résultat et les normes privées sur le processus⁴⁸⁵. Le fait que les normes privées portent sur les processus serait alors un avantage considérable pour les pouvoirs publics, qui seraient en quelque sorte dispensés de toute supervision des méthodes de production (à l'exception de tests limités à l'entrée), tout en ayant la quasi-certitude

⁴⁸¹ Voir G. STANTON, Ch. WOLFF, "Private voluntary standards and the World Trade Organisation (WTO) Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures", <http://www.agri-foodstandards.net/en/filemanager/active?fid=134>.

⁴⁸² Ces trois axes de la discussion sont également présentés comme les trois "justifications" du débat au sein du comité SPS. Voir R. FERNANDES, « Normes privées et accord SPS », Présentation à l'occasion du Briefing de Bruxelles sur le développement rural intitulé « Respect des normes de sécurité alimentaire : Implications sur les exportations agricoles ACP », 11 mai 2009.

http://briefingsbruxelles.files.wordpress.com/2009/05/robson_fernandes_fr.ppt

⁴⁸³ TD/B/COM.1/86, 16 février 2007.

⁴⁸⁴ Pour le secteur des fruits et légumes, voir par exemple la note « Food safety and environmental requirements, market access and export competitiveness: Turning challenges into opportunities for developing countries: The horticultural sector » (UNCTAD/DITC/TED/2006/2), note thématique établie pour la session annuelle du Groupe consultatif de la CNUCED, tenue à Genève, les 3 et 4 juillet 2006.

⁴⁸⁵ TD/B/COM.1/86, p. 5.

que, grâce aux normes privées (souvent plus strictes), les processus de production, même à l'étranger, respectent les conditions de la loi nationale⁴⁸⁶.

Un autre document souligne également l'influence réciproque entre normes privées et publiques : d'un côté les normes privées influencent certaines législations nationales qui les « légitiment » en les incorporant⁴⁸⁷ ou en y faisant directement référence, ou encore en fournissant une assistance technique à leur mise en œuvre (ce qui, pour les auteurs, est un pas supplémentaire dans le processus de légitimation) ; d'autre part, on peut considérer que ce sont les normes privées qui contribuent à faire respecter la législation nationale, devenant en quelque sorte un « outil » pour les fournisseurs les aidant à respecter la réglementation en vigueur⁴⁸⁸.

Une tendance commune à l'ensemble des organisations ayant débattu de la question est que les discussions ont porté avant tout sur les normes du domaine agro-alimentaire, en particulier le secteur des fruits et légumes frais. On se souvient que le débat à l'OMC a vu le jour à l'occasion de normes EurepGAP relatives au taux de pesticides contenus dans les bananes. De même, dans le cadre des travaux du Comité SPS, il apparaît que ce sont surtout les normes de sécurité sanitaire qui font l'objet des plaintes des Etats. Le questionnaire distribué par le comité en 2008 a fait apparaître que les normes désignées comme les plus restrictives au commerce sont celles portant sur les « produits frais » (fruits, légumes, viande).

Cependant, en réalité, la grande majorité des normes ne concerne pas le domaine SPS mais porte sur des questions telles que la protection de l'environnement ou les conditions de travail. Ces questions tombent en principe dans le champ de l'accord OTC (qui est applicable à toutes les normes qui ne sont pas « SPS »). On peut par

⁴⁸⁶ Le même point de vue est adopté dans un document consacré exclusivement au secteur agro-alimentaire, « Food Safety and Environmental Requirements in Export Markets – Friend or Foe for Producers of Fruit and Vegetables in Asian Developing Countries ? », UNCTAD/DITC/TED/2006/8, 2007, p. 23 :

The detailed monitoring and certification required by private sector standards could therefore benefit governments by shifting the burden of monitoring and testing from governments to producers and exporters. Rather than spending large amounts of money on extensive and costly testing of imports, governments can rely on the certification and assurance processes laid down by private sector bodies. In addition, private standards free governments from any need to interfere with overseas production processes. If an importing government sought to ensure high levels of compliance with its regulations through the detailed policing of production and supply methods, it would be accused of illegitimate extra-territorial interference. The process-oriented approach of private sector standards obviates any need for such supervision, and thus makes it possible for governments to conduct limited, inexpensive testing of import samples at the point of entry. (Nous soulignons).

⁴⁸⁷ Par exemple par l'élaboration d'un code national de « bonnes pratiques » (« GAP Code »), comme ce fut le cas en Chine, UNCTAD/DITC/TED/2006/8, 2007, p. 20.

⁴⁸⁸ « Food Safety and Environmental Requirements in Export Markets – Friend or Foe for Producers of Fruit and Vegetables in Asian Developing Countries ? », UNCTAD/DITC/TED/2006/8, 2007, p. 23 s. Le rapport note cependant que les normes privées sont souvent plus larges et plus strictes que les normes nationales.

conséquent reprocher au débat au sein de l'OMC et d'autres organisations un certain « biais » agro-alimentaire, au détriment des normes « purement » environnementales ou sociales⁴⁸⁹. Du moins peut-on dire qu'en se concentrant sur le domaine agro-alimentaire, le débat international néglige d'autres aspects fondamentaux des normes privées.

B. Pays en développement

La CNUCED est l'institution ayant consacré le plus grand nombre de projets à la question de l'accès au marché des pays en développement. Dans un document rédigé à l'occasion d'une session d'information conjointement organisée avec l'OMC⁴⁹⁰, elle identifie le caractère « *de facto* obligatoire » des normes privées comme le principal enjeu pour les PED. En raison de la puissance de marché de certains importateurs ou distributeurs des pays développés, qui imposent leurs propres normes comme préalable à toute relation commerciale, et étant donné que les normes combinent souvent objectifs de sécurité sanitaire et de promotion de méthodes de production durables, les coûts imposés aux producteurs et exportateurs afin d'accéder à un marché donné sont extrêmement importants. Comme l'OMC, la CNUCED identifie plusieurs griefs formulés par les représentants des pays en développement :

- Le caractère souvent plus strict que la réglementation nationale des normes privées ;
- Les programmes d'assistance technique ayant pour but de promouvoir le respect des législations nationales sont de ce fait rendus insuffisants ;
- La peur d'une exclusion du commerce mondial des petits producteurs issus des PED, alors que ceux-ci devraient être les premiers bénéficiaires des efforts de développement.

Reconnaissant le manque de données relatives à l'impact des normes privées en termes de développement, leurs conséquences sur l'accès aux marchés ainsi que leurs relations avec les règles du droit de l'OMC, la CNUCED suggère un approfondissement du débat au sein de la « *Consultative Task Force on Environmental Requirements and Market Access for Developing Countries* » (CTF, voir *supra*).

⁴⁸⁹ Voir G/SPS/W/230, « Normes privées – identification de mesures concrètes à prendre par le comité SPS – Résumé des réponses », Note du Secrétariat, 2008.

⁴⁹⁰ *Joint UNCTAD/WTO Informal Information Session on Private Standards* du 25 juin 2007. "The Rise and Implications of Voluntary Private Standards for Access of Developing Countries to Key Export Markets", 5 juin 2007, http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/ditc_tedb_ted0010_en.pdf (dernière visite le 15.09.2011).

La prise en compte du développement dans le débat se traduit également par la description de mesures d'assistance technique dans les rapports de l'UNIDO, de la FAO, de la Banque mondiale, mais aussi de la CNUCED. Ces rapports ont une fonction essentielle d'information et de conseil. Ainsi, ils décrivent les normes privées existantes pour un secteur donné et invitent les entreprises des pays en développement à adopter une approche plus « anticipative »⁴⁹¹ que réactive. Peu d'actions concrètes sont envisagées, car le but principal des travaux est de donner aux fonctionnaires des PED les outils pour améliorer leur capacité de faire face aux normes privées.

Certains rapports, comme celui préparé pour la Banque mondiale en 2009⁴⁹² insistent sur les effets positifs des normes privées pour le commerce des PED. La CNUCED souligne également le potentiel des normes privées en termes d'augmentation des compétences et des possibilités d'accéder aux marchés des pays développés, à condition que soient développées des « stratégies d'ajustement » dont bénéficieraient les petits producteurs. On peut regretter dès lors qu'il n'y ait pas davantage de travaux sur la manière d'exploiter au mieux ces bénéfiques potentiels.

C. Questions juridiques

Alors que les deux premiers points du débat (aspects positifs et négatifs des effets commerciaux des normes privées, impact en termes de développement) relèvent surtout de l'étude empirique, c'est sur la question du statut et traitement juridique des normes privées dans le cadre de l'OMC qu'ont achoppé – et achoppent encore – les discussions au sein du comité OMC. Dès les premières séances s'est en effet posée la question de la compétence de l'OMC (institution purement interétatique) pour traiter de normes et instruments normatifs d'origine purement privée. Alors que certains Etats membres pensent qu'il s'agit d'une activité privée légitime avec laquelle les gouvernements ne devraient pas interférer, d'autres sont d'avis que l'accord SPS – et notamment son article 13 – rend les Etats membres responsables pour les normes

⁴⁹¹Le rapport d'origine utilise le terme « proactif ». Issu de la psychologie et repris par le domaine de la gestion, le terme proactif signifie agir sur des faits ou des processus à venir, faire en sorte que quelque chose se produise afin de pouvoir intervenir activement. Nous pensons que l'usage de ce néologisme est ici justifié en raison de la démarche anticipative qui est demandée aux PED – faire en sorte de donner aux entreprises locales les capacités techniques et financières nécessaires afin que les conditions requises par les normes privées soient déjà en place (ou, du moins, faciles à mettre en œuvre).

⁴⁹²J. SWINNENS, M. MAERTENS, "Standards, Trade and Developing Countries", *Note prepared for the World Bank*, Trade and Research Departments, for the Project on Adjustment Costs to Trade, June 2009, précité.

imposées par leur secteur privé⁴⁹³. Cette question n'est pas résolue à ce jour, malgré certaines avancées en matière de coopération et d'échange d'information entre organisations internationales⁴⁹⁴.

La question de l'opportunité du choix de l'OMC comme tribune du débat international sur les normes privées se présente donc comme l'une des principales difficultés à résoudre. Les incertitudes sur sa compétence, les obstacles juridiques, le désaccord entre Etats membres ainsi que l'impossibilité (pour le moment ?) d'une action directe sur les normes privées semblent faire de l'OMC un forum inapproprié. Cependant, l'importance d'un lieu de dialogue rassemblant la majorité des Etats sur un pied d'égalité n'est pas négligeable. L'OMC est, à l'heure actuelle, la seule organisation internationale devant laquelle les PED peuvent faire valoir leurs intérêts commerciaux afin d'assurer à leurs positions et à leurs arguments une visibilité au niveau international. Ainsi que l'exprime Gretchen STANTON, conseillère principale sur l'agriculture et les produits de base à l'OMC, qui a participé aux négociations au sein du Comité SPS :

“While one may question whether a strictly inter-governmental forum such as the SPS Committee is the most appropriate place to address the issue of private standards, it is apparent from the outpouring of concerns by developing countries that a forum for discussion was needed”⁴⁹⁵.

Parmi les autres forums proposés⁴⁹⁶ (le comité OTC, la CNUCED, l'OCDE, le *Trade Standards Practitioners Network* de la Banque mondiale), aucun n'a été retenu comme tribune du débat, bien que plusieurs de ces organisations se soient penchées sur la question des normes privées et aient produit des études et documents internes à ce sujet.

⁴⁹³G. H. STANTON, “Private (Commercial) Standards and the SPS Agreement”, *Remarks at the Round Table on The Role of Standards in International Food Trade*, The World Food Law Institute, 2007, p. 5.

⁴⁹⁴ Voir le communiqué de l'OMC sur la réunion du Comité SPS des 30 et 31 mars 2011, “Memberstate first steps on private standards in foodsafety, animal-plant health”, http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/sps_30mar11_e.htm Pour une discussion plus approfondie des cinq « mesures » adoptées lors de cette réunion, voir PARTIE 2.

⁴⁹⁵ G. H. STANTON, “Private (Commercial) Standards and the SPS Agreement”, *Remarks at the Round Table on The Role of Standards in International Food Trade*, The World Food Law Institute, 2007, p. 5. Nous soulignons.

⁴⁹⁶ Voir Ch. WOLFF et M. SCANNELL, « Conséquences de la mise en œuvre des normes privées dans le commerce international des animaux et des produits d'origine animale », document publié à l'occasion de la 76^e session général de l'OIE, 76 SG/10, 2008, p. 6.

L'abondance des travaux consacrés aux normes privés dans un nombre important d'organisations internationales témoigne de l'intérêt des Etats pour la question des normes privées. Ces travaux restent cependant pour l'essentiel descriptifs et ont pour fonction principale l'information. La seule organisation ayant abordé des questions de fond est l'OMC, qui s'interroge depuis 2005 sur la possibilité de soumettre les normes privées aux règles qu'elle édicte. La difficulté qu'ont ses Membres à déterminer ne serait-ce que de la compétence de l'OMC laisse présager des obstacles auxquels devra faire face la clarification des questions de droit substantiel.

Du point de vue de la reconnaissance, l'absence de consensus parmi les membres d'une organisation (l'OMC) et le caractère descriptif des rapports émis par les autres n'affectent pas la nature de la prise en compte des normes. Celle-ci est fondée sur leurs effets, il s'agit donc d'une prise en compte « formelle » des normes privées en tant que phénomène affectant les relations commerciales entre Etats ; la question de leur valeur juridique n'y a pas encore été abordée, bien qu'elle soit inévitable notamment dans le cadre de l'OMC. Nous verrons que d'autres organisations ont d'emblée adopté une vision plus juridique des normes privées, en s'inquiétant du rapport de concurrence qu'elles pourraient instaurer avec leurs normes propres.

Section 2. Le débat sur la relation avec les normes commerciales internationales

Les organismes internationaux, eux-mêmes auteurs de normes internationales, remettent en cause la légitimité des normes privées, qu'ils ressentent comme concurrentes à leurs propres normes.

“The standards formulated by these organisations now face competition from private standards. Without a doubt, there is an increasing fragmentation in the field of standardisation and thus a potential risk of ‘standards shopping’ in international trade law⁴⁹⁷”.

Ceci explique l'attitude méfiante, voire hostile, des organisations internationales de normalisation à l'égard des normes privés:

“Capitalising on their respective mandates, the ‘empire’ of international standard-setting organisations is watching and is determined to strike

⁴⁹⁷ M.M. MBENGUE, “Private Standards and WTO Law”, ICTSD, *Bridges Trade BioRes Review*, vol. 5/1, April 2011, <http://ictsd.org/i/news/bioresreview/103540/>

*back if the development of private standards goes beyond any normative control*⁴⁹⁸ ».

La discussion sur les normes privées au sein d'organismes tels que l'ISO (A), l'Organisation mondiale de la santé animale (OIE) (B), ou la Commission du *Codex Alimentarius* (C) porte ainsi sur la nécessité d'harmoniser les normes privées sur la base des normes internationales qu'ils élaborent.

§ 1. Au sein de l'ISO

A. Présentation de l'ISO et de ses normes

L'ISO, *International Organization for Standardization* ou *Organisation internationale de normalisation*, est composée d'organismes nationaux de normalisation (ONN)⁴⁹⁹, à raison d'un membre par pays. Ces organismes peuvent être soit publics soit privés, ce qui confère à l'ISO une nature mixte ou hybride qui rend difficile la qualification de ses normes⁵⁰⁰. Selon une constatation de l'ISO elle-même :

*« dans les pays en développement [...] les ONN sont souvent des départements gouvernementaux officiellement chargés d'adhérer à l'ISO. En revanche, dans les pays développés, un ONN est souvent un organisme non gouvernemental reconnu par son gouvernement en sa qualité d'entité responsable pour la normalisation volontaire*⁵⁰¹ ».

Ces organismes peuvent couvrir un ou plusieurs secteurs industriels ; ils peuvent élaborer eux-mêmes les normes ou être chargés de coordonner les activités nationales de normalisation.

Les normes ISO sont élaborées en fonction des besoins des marchés et de la demande des acteurs économiques. Par opposition aux normes élaborées de manière unilatérale par des organismes ou acteurs isolés, l'ISO souligne la nature consensuelle de ses

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ 159 en février 2010.

⁵⁰⁰ A cette difficulté de nature institutionnelle s'ajoute une difficulté matérielle, car la grande diversité des sujets traités par l'ISO et les divers types de normes ne permettent pas de classer d'emblée les normes de l'ISO dans la catégorie des normes techniques et d'affirmer ou de réfuter leur caractère juridique. Créée à l'origine dans un but d'harmonisation (de *standardisation*) des exigences techniques au niveau international afin de faciliter les échanges commerciaux, le domaine de compétence de l'ISO s'est étendu aux techniques de management (management de la qualité, ISO 9000 ou de l'environnement, ISO 14000) et au domaine social (voir ISO 26000 sur la responsabilité « sociétale »). Ces techniques normatives ne relevant pas des normes techniques au sens strict (voir *supra*, introduction), il est difficile de classer toutes les normes de l'ISO dans cette catégorie. De même, le caractère juridique des normes de l'ISO semble devoir être apprécié au cas par cas (voir *infra*).

⁵⁰¹ ISO, « Normes internationales et 'normes privées' », février 2010/500.

normes et le fait qu'elles soient fondées sur un large soutien de la part de tous les acteurs concernés. Pourtant, si la demande d'une norme repose effectivement sur une large base consensuelle, l'élaboration des normes se fait au sein de comités ou sous-comités techniques auxquels participent uniquement les membres qui en ont exprimé le souhait⁵⁰². Le texte du projet de norme est élaboré par un groupe d'expert désigné par les membres du comité. Une fois acceptée par consensus au sein du comité, la norme devient un « projet de norme internationale » ou DIS (*Draft International Standard*). Parallèlement sont établis au niveau national des « comités miroirs » où sont représentées toutes les parties intéressées (autorités publiques, industries, consommateurs, milieux universitaires, etc.). Ces comités sont chargés d'élaborer une position nationale consensuelle qui est ensuite négociée au sein du comité ISO. Une fois la norme ayant acquis le statut de DIS, les membres peuvent mener une enquête publique au niveau national. La norme internationale est adoptée une fois le nombre de votes nécessaires⁵⁰³ réuni. Elle est ensuite mise à disposition de toute partie intéressée « *sans aucune contrainte liée à la mise en application, à la formation ou à la certification*⁵⁰⁴ ».

L'ISO n'est ni un organisme de certification, ni d'accréditation. La certification du respect d'une norme ISO est effectuée par des organismes nationaux ou par des organismes privés ; l'accréditation de ces organismes, si elle est requise par la législation nationale, est en général effectuée par des organismes nationaux d'accréditation⁵⁰⁵. Mais il est également possible qu'une entreprise requière une certification de la part d'un organisme accrédité par l'*International Accreditation Forum* (IAF)⁵⁰⁶.

On a pu reprocher à l'ISO une participation insuffisante, *dans les faits*, des pays en développement à l'élaboration des normes, par manque de moyens financiers ou en raison de l'absence d'un organisme national de normalisation⁵⁰⁷. Afin d'accroître leur

⁵⁰² Les membres peuvent également exprimer le souhait d'être observateur au sein d'un comité, sans y participer de manière formelle. Des organisations internationales ou régionales peuvent également participer aux travaux.

⁵⁰³ Deux-tiers de votes favorables et pas plus d'un quart des votes exprimés négatifs, voir le document « Directives ISO/CEI — Supplément », Première édition 2001

http://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/3146825/4229629/4230450/4405363/11154417/Supplement_ISO

⁵⁰⁴ ISO, *document précité*, p. 5.

⁵⁰⁵ Voir FAO, « Private Standards in the United States and European Union Markets for Fruit and Vegetables. Implications for Developing Countries », FAO Commodity Studies N°3, 2007, p. 11.

⁵⁰⁶ *Ibid.* L'IAF réunit, au niveau mondial, les organismes d'accréditation.

⁵⁰⁷ Voir FAO, *ibid.*, p. 10.

participation, l'ISO a mis en place un plan de cinq ans visant également à améliorer leur infrastructure de normalisation⁵⁰⁸.

B. L'ISO et les normes privées

L'ISO a récemment clarifié sa position au sujet des normes privées dans un document intitulé « Normes internationales et 'normes privées'⁵⁰⁹ ». Elle y établit une distinction entre les normes ISO et les autres normes internationales (privées), les premières « *favoris[a]nt le commerce tout en appuyant la mise en œuvre des politiques publiques et en permettant de bonnes pratiques réglementaires grâce à des règlements techniques qui ne soient pas prescriptifs, mais fondés sur les performances*⁵¹⁰ ». Le document établit une « importante distinction » entre les normes internationales formelles définies comme « *les normes qui sont élaborées en appliquant les principes fondamentaux du Comité OTC – à savoir la transparence, l'ouverture, l'impartialité et le consensus, l'efficacité et la pertinence, la cohérence, la réponse aux préoccupations des pays en développement* » et « *les normes qui ne suivent pas ces principes*⁵¹¹ ». Ces dernières, pourtant « parfaitement valides et pertinentes pour leur objet » sont implicitement présentées comme disposant d'une légitimité moindre dans le cadre des relations commerciales internationales. Par opposition, la légitimité des normes ISO reposerait sur leur proximité avec les politiques publiques nationales et leur inclusion dans le concept de « normes internationales » au sens que lui donne l'Organisation mondiale du commerce⁵¹².

La contribution de l'ISO met en évidence le manque de précision de la catégorie des normes privées, qui met sur le même plan (du moins dans le contexte des débats menés par le Comité SPS), « *les normes promulguées par des organisations non gouvernementales, qu'elles soient des normes internationales émanant d'organisations comme l'ISO et la CEI, des normes sociales et environnementales d'ONG ou des normes de l'industrie ou du secteur de la distribution (...)*⁵¹³ ». Cependant, l'ISO ne propose pas d'alternative convaincante à cette définition. On

⁵⁰⁸« ISO Action Plan for Developing Countries », 2011-2015, http://www.iso.org/iso/iso_action_plan_developingcountries-2011-2015.pdf

⁵⁰⁹ ISO, février 2010/500, 10 p.

⁵¹⁰ ISO, précité, p. 2.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Tous les organismes nationaux de normalisation membres de l'ISO s'engagent à respecter les dispositions de l'Annexe 3 de l'Accord OTC (le « Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes »). De même, l'ISO a adhéré aux principes de normalisation internationale établis par le deuxième examen triennal de l'Accord OTC. Voir ISO, précité, p.3.

⁵¹³ *Ibid.* p. 3.

peut ainsi lui reprocher de définir les normes privées essentiellement par opposition aux normes internationales « formelles » - c'est-à-dire élaborées dans un cadre institutionnalisé, à l'instar de l'ISO. Trois catégories de normes privées sont mises en avant en raison de leur rapprochement formel des procédures et domaines d'action de l'ISO⁵¹⁴. Il s'agit des normes privées dans le domaine des technologies de l'information et de la communication ou TIC (consortiums et forums), des normes privées de l'industrie agroalimentaire et du secteur de la distribution, ainsi que des normes privées relatives aux aspects sociaux et environnementaux.

Les premières, relatives aux technologies de l'information et de la communication, sont essentiellement des normes d'entreprises du secteur (normes propres à une entreprise, normes interentreprises ou utilisées dans le cadre de contrats avec les fournisseurs). Leur objet était à l'origine purement stratégique et concurrentiel, car elles étaient appliquées par des consortiums ou forums d'entreprises afin d'assurer leur compétitivité par rapport aux autres entreprises du secteur. Certaines de ces normes ont par la suite été transformées en normes ISO ou ISO/CEI, telles que le système Linux ou le format de document portable (PDF) d'Adobe.

Dans le domaine alimentaire et dans la distribution, si la plupart des normes ont également été produites à l'initiative de groupes d'entreprises, leur objectif n'était pas uniquement concurrentiel ; spécialement dans la grande distribution, les normes privées avaient également pour objet de répondre à une demande de sécurité sanitaire de la part des consommateurs mais aussi des autorités publiques (qui ont, dans certains pays, fait peser la responsabilité de la qualité des produits sur le distributeur). Le but de ces normes était de créer ou de restaurer la confiance du consommateur en la qualité des produits tout au long de la chaîne de distribution⁵¹⁵. Le fait que ces normes aillent parfois au-delà des seuils fixés par les normes internationales, en l'occurrence celles du *Codex Alimentarius*, a suscité des inquiétudes parmi les pays en développement quant à leur justification et à leur

⁵¹⁴ « Dans le contexte des travaux de l'ISO, au moins trois catégories importantes de normes privées [...] ont évolué dans le sens d'une harmonisation ou d'une coordination avec le système d'élaboration des normes de l'ISO », ISO, précité, p. 6.

⁵¹⁵ Il en est ainsi des normes élaborées dans le cadre de la GFSI (*Global Food Safety Initiative* ou Initiative mondiale pour la sécurité alimentaire - sanitaire ?), une initiative des grandes entreprises de distribution (revoir). La GFSI n'a pas à proprement parler pour but d'élaborer des normes, mais plutôt d'évaluer des schémas de normes existants au regard de ses propres critères. Les produits certifiés conformes à l'un des schémas approuvés sont alors reconnus par tous les membres du groupe, ce qui permet de réduire les coûts de certification. Les entreprises fondatrices de la GFSI sont Carrefour, Tesco, ICA, Metro, Migros, Ahold, Wal-Mart et Delhaize. En plus de l'évaluation des normes existantes, GFSI vise également à créer des mécanismes d'information tout au long de la chaîne de distribution et à mesurer l'application de « bonnes pratiques ».

légitimité⁵¹⁶. La réaction de l'ISO a été de développer des systèmes de management de la sécurité et qualité alimentaire tels que la norme ISO 22000.

Dans le domaine social et environnemental, enfin, les normes sont extrêmement nombreuses et diversifiées tant par leur contenu que par leurs auteurs – en dépit de quelques tentatives d'instaurer un semblant de cohérence au niveau international à travers des initiatives telles que ISEAL (*International Social and Environmental Accreditation and Labelling Alliance*)⁵¹⁷. L'ISO considère que le rôle des organismes « formels » de normalisation est d'harmoniser les différentes initiatives, « afin d'éviter la confusion, la fragmentation du marché et la dilution potentielle des effets recherchés⁵¹⁸ ». Elle cite comme exemple les normes sur le management environnemental (ISO 14001/4), sur l'étiquetage environnemental (ISO 14020/21/24/25), l'analyse du cycle de vie (ISO 14040/44); la mesure, la vérification et la validation des gaz à effet de serre (ISO 14064/65) ; les services de l'eau potable et de l'assainissement (ISO 24510/11/12). Parmi les normes en cours d'élaboration, elle cite la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale, ainsi que les normes sur l'empreinte carbone des produits et service, sur la durabilité des biocarburants, sur l'organisation d'évènements dans une optique de développement durable et sur l'empreinte en eau des organisations.

L'approche de l'ISO sur la question des normes privées consiste à mettre l'accent sur la nécessité d'ordonner la diversité des normes privées en ayant recours aux normes internationales formalisées ou « formelles ». Les normes de l'ISO seraient à ce titre particulièrement utiles, car la « boîte à outils » qu'elles représentent permettrait de formuler à la fois des orientations génériques et des normes spécifiques adaptées à une situation particulière. L'ISO insiste aussi sur la nécessité d'un processus institutionnalisé et se conformant aux principes de transparence, d'ouverture, d'impartialité et de consensus énoncés par l'Annexe 3 à l'Accord OTC. Ce qui est en jeu est la légitimité des normes – celles élaborées dans le cadre d'une procédure bien établie, au sein d'un organisme reconnu étant présentées comme supérieures à celles issues d'un foisonnement anarchique, peu soucieuses de transparence et de consensus.

⁵¹⁶ C'est notamment au sujet des normes GlobalGAP (avant EurepGAP) qu'est né le débat sur les normes privées au sein de l'OMC. Voir à ce sujet ci-dessus (section 1.A) et plus loin la le Titre 1 de la Partie 2 consacré à la réglementation des normes privées par le droit de l'OMC.

⁵¹⁷ Par l'élaboration de codes de conduite pour l'élaboration des normes, l'évaluation de leur impact et l'évaluation de conformité. Voir TITRE 2 Section 1 A.2.

⁵¹⁸ ISO, *op. cit.*, p. 7.

Cette conception se heurte en pratique à deux limites : celles de la participation de tous les acteurs concernés d'une part, celle de la transparence d'autre part. En effet, alors que les normes ISO prétendent « *refléte[r] un double niveau de consensus : entre les acteurs du marché et entre les pays*⁵¹⁹ » ceci ne vaut que pour les acteurs et pays ayant effectivement participé à l'élaboration d'une norme particulière. Or, faute de moyens ou d'intérêt, nombre de normes sont élaborées sans la participation des pays en développement ; ou, dans certains cas, la consultation des acteurs nationaux intéressés est insuffisante. En revanche, il existe des normes privées qui ne sont pas élaborées de manière « formelle » mais dont la légitimité résulte néanmoins d'une forte participation des acteurs concernés.

Selon l'ISO, le critère de distinction entre les normes privées (dont celles de l'ISO ne feraient pas partie) et les autres normes serait celui de l'application par l'entité normalisatrice des principes et disciplines énoncées par le *Code de pratique* annexé à l'Accord OTC au stade de l'élaboration des normes. Tout en ayant le mérite de souligner le fait que les normes privées n'ont pas toutes le même statut et, partant, qu'elles n'ont pas le même degré de légitimité, cette approche est toutefois à nuancer. L'importance de l'harmonisation des normes privées ne doit pas occulter le fait que les normes internationales « formelles » présentent elles aussi des lacunes en matière de transparence et de participation – sans compter que l'harmonisation en tant qu'approche est elle-même loin de faire l'unanimité (voir *infra*).

§ 2. *Au sein de l'OIE*

L'OIE, *Office international des épizooties* renommé en 2004 « Organisation mondiale de la santé animale », est l'organisation intergouvernementale chargée d'améliorer la santé animale dans le monde⁵²⁰. A ce titre, elle a notamment pour mission de « *garantir la sécurité du commerce mondial en élaborant des normes sanitaires pour les échanges internationaux des animaux et de leurs produits dans le cadre du mandat confié à l'OIE par l'Accord SPS de l'OMC*⁵²¹ ».

⁵¹⁹*Ibid.* p. 5.

⁵²⁰ L'OIE compte 178 pays Membres en 2011.

⁵²¹<http://www.oie.int/fr/a-propos/nos-missions/> (26.09.2011). On peut s'interroger sur l'utilisation du terme « mandat », car l'Accord SPS parle uniquement de « *favoriser l'utilisation de mesures sanitaires et phytosanitaires harmonisées entre les Membres, sur la base de normes, directives et recommandations internationales élaborées par les organisations internationales compétentes, dont la Commission du Codex Alimentarius, l'Office international des épizooties [...]* » (Préambule de l'Accord SPS).

Les normes élaborées par l'OIE sont « *utilisables par les Pays Membres pour se protéger de l'intrusion de maladies et d'agents pathogènes, sans pour autant instaurer des barrières sanitaires injustifiées*⁵²² ». Les normes sont élaborées par des Commissions spécialisées élues et des Groupes de travail composés de scientifiques. Elles sont adoptées par l'Assemblée mondiale des délégués. L'OIE souligne que ses normes sont « *reconnues par l'Organisation mondiale du commerce en tant que règles sanitaires internationales de référence*⁵²³ ».

C'est en 2008, lors de la 76^{ème} session générale, que le Comité international de l'OIE a abordé la question des normes privées (plus précisément des « *normes de santé et de bien-être des animaux qui sont établies unilatéralement par des sociétés privées sans la participation directe de gouvernements*⁵²⁴ »), certains Membres de l'OIE ayant exprimé la préoccupation que ces normes puissent entrer en conflit avec les normes 'officielles' de l'OIE. A l'occasion de cette réunion, un document technique⁵²⁵ a été publié et une résolution⁵²⁶ a été adoptée.

En 2009, l'OIE a mis en place un groupe *ad hoc* d'experts chargé d'examiner la question des normes privées relatives à la sécurité sanitaire et au bien-être animal (et plus précisément les avantages et inconvénients de ces normes dans le cadre du commerce international). Ce groupe a élaboré un questionnaire qui a été transmis à tous les Membres de l'organisation et dont les réponses ont fait l'objet d'une note de synthèse.

Une réunion tenue en février 2010, à laquelle avaient été convoqués des représentants de GlobalGAP et de la GFSI, a mis en évidence une différence dans l'avancement des travaux sur les normes de sécurité sanitaire et les normes de bien-être animal : alors que les participants sont convenus de fonder les premières sur les normes internationales du *Codex* et de l'OIE ainsi que sur les législations régionales et nationales, il est apparu que le statut des secondes est beaucoup plus flou. La

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ Ainsi que le précise le site internet de l'OIE, <http://www.oie.int/fr/normes-internationales/implication-des-normes-privées/> (24.09.2011).

⁵²⁵ Ch. WOLFF, M. SCANNELL, « Conséquences de la mise en œuvre des normes privées dans le commerce international des animaux et des produits d'origine animale », 76 SG/10, 2008.

⁵²⁶ Résolution n°XXXII, « Implication des normes privées dans le commerce international des animaux et des produits d'origine animale », http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/International_Standard_Setting/docs/pdf/fr_resolution_20n_C2_B0_20XXXII_2008.pdf

proposition d'une collaboration entre l'OIE, la GFSI et GlobalGAP a également été formulée.

La question des normes privées a été reprise en 2010 lors de la 78^{ème} session générale à travers un « thème technique » et a fait l'objet d'une résolution⁵²⁷. Celle-ci recommande que les normes de sécurité sanitaire, « qui sont couvertes par l'Accord SPS de l'OMC », et les normes relatives au bien-être animal soient traitées séparément. Pour ces dernières, la résolution recommande de « *confirmer les normes publiées par l'OIE dans le domaine du bien-être animal comme la norme de référence qui s'applique au niveau mondial* »⁵²⁸. Enfin, il est recommandé de « *limiter le rôle des normes privées à un rôle d'appui à la mise en œuvre des normes officielles lorsqu'il s'agit de traiter une question liée à la sécurité sanitaire et[sic] puisque le mandat confié aux organisations internationales à vocation normative est clairement reconnu par l'Accord SPS de l'OMC*⁵²⁹ ».

Il ressort de ces discussions que la position de l'OIE est en faveur d'une utilisation des normes internationales « officielles » (c'est-à-dire élaborées par les organismes internationaux de normalisation) comme base des normes privées. La collaboration avec les organismes privés est envisagée comme un instrument de lobbying en ce sens, car il est recommandé aux Membres de « *militer auprès des organismes mondiaux qui définissent des normes privées en faveur de l'utilisation des normes officielles comme base pour préparer les normes privées destinées au commerce international des animaux et des produits d'origine animale* ». Un accord a été conclu avec l'initiative SSAFE⁵³⁰ ('*Safe Supply of Affordable Food Everywhere*' ou « Des aliments sains partout et pour tous ») qui est, d'après la définition de l'OIE, «

⁵²⁷ Projet de résolution n° 26, « Rôles des normes publiques et privées en santé animale et en bien-être animal », http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/FR_RESO_2010_PS.pdf (seul le projet de résolution était accessible au 26.09.2011).

⁵²⁸ Ailleurs il est reconnu que « les normes privées relatives au bien-être animal qui couvrent les systèmes de production des animaux d'élevage n'entrent pas actuellement en conflit avec les normes de l'OIE » (en matière de bien-être animal, les normes privées portent essentiellement sur les conditions d'élevage et non sur le transport ou l'abattage, domaines régis par les normes publiques). L'auteur ajoute cependant : « Toutefois, cette situation pourrait changer à l'avenir avec l'entrée en vigueur de nouvelles normes de l'OIE sur les systèmes de production ». M. ROBACH, « La vision du secteur privé sur les normes dites privées – quelques approches susceptibles de réduire les conflits actuels et futurs entre les normes publiques et privées », document présenté à l'occasion de la 78^{ème} session générale de l'OIE, mai 2010, OIE, 78 SG/9, p. 4.

⁵²⁹ Point 3, p.2.

⁵³⁰ Créé en 2006, ce partenariat a pour slogan "Integrating food safety with plant and animal health". Son objectif est de promouvoir l'élaboration et la reconnaissance globale de systèmes fondés sur les normes internationalement reconnues. Ses membres sont des entreprises multinationales telles que Danone, Nestlé, Cargill, McDonald's, Pfizer Animal Health, The Coca-Cola Company, Cargill ou Keystone Foods ainsi que l'Université de Michigan et les Underwriter Laboratories. Parmi ses partenaires publics figurent par exemple la FAO, l'OIE ou Care USA.

un partenariat public-privé dont l'objectif consiste à prendre en compte la sécurité sanitaire des aliments, la santé animale et la santé des végétaux afin d'améliorer la santé publique et le bien-être⁵³¹ ». Cet accord, signé en octobre 2007 :

« (...) instaure un cadre officiel de dialogue entre l'OIE et le secteur privé, notamment les acteurs internationaux de la chaîne d'approvisionnement en denrées alimentaires et en aliments pour animaux. Cette collaboration a pour objectif de renforcer la sécurité de la chaîne d'approvisionnement alimentaire mondiale et de mobiliser des ressources en instaurant des partenariats entre les secteurs public et privé en vue d'une action collective qui se traduirait par l'application commune des normes publiques⁵³² ».

Lors de la réunion de septembre 2010, il a été appelé à conclure des accords sur ce modèle avec GlobalGAP et GFSI.

§ 3. Au sein du Codex Alimentarius

La Commission du *Codex Alimentarius* (CAC) a été créée en 1963 par la FAO et L'Organisation mondiale de la santé (OMS) dans le cadre d'un programme sur les normes alimentaires (*'Food Standards Programme'*). Elle a pour mission d'élaborer des normes internationales en matière de sécurité sanitaire afin d'améliorer la sécurité des consommateurs, de favoriser un commerce loyal dans le domaine alimentaire et de coordonner les travaux entrepris par les organisations internationales et les ONG⁵³³. Comme pour l'OIE, ses membres sont exclusivement des Etats⁵³⁴ ; les ONG internationales peuvent y acquérir un statut d'observateur. Les organisations professionnelles ou de consommateurs y sont représentées à travers la composition des délégations nationales, si les Etats Membres décident de les y inclure. Comme pour l'ISO, le processus d'élaboration des normes est formalisé ; les normes sont élaborées et révisées par des comités permanents ou des groupes spéciaux

⁵³¹ « Rapport de la réunion sur les normes privées », septembre 2010, Annexe III point 5 http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/FR-Private_standards_Sept_2010.pdf (24.09.2011). Ce document précise que « *SSAFE reconnaît la nécessité d'entamer dans le respect un dialogue entre les différentes parties prenantes des secteurs public, privé et universitaire en vue d'améliorer sans cesse les systèmes alimentaires mondiaux approvisionnant les individus en denrées alimentaires* » (Annexe 3, point 6).

⁵³² M. ROBACH, « La vision du secteur privé sur les normes dites privées – quelques approches susceptibles de réduire les conflits actuels et futurs entre les normes publiques et privées », document présenté à l'occasion de la 78^{ème} session générale de l'OIE, mai 2010, OIE, 78 SG/9, p. 2.

⁵³³ Les normes adoptées par la Commission sont incluses dans le « Codex Alimentarius » qui est un recueil de normes internationales dans le domaine alimentaire. FAO, 2007, p. 9.

⁵³⁴ La Commission est ouverte à tous les Etats Membres de la FAO et de l'OMS. Actuellement, elle compte 181 membres.

intergouvernementaux spécifiques, qui constituent tous deux les organes subsidiaires du Codex⁵³⁵.

Les normes du Codex sont soit « horizontales » (applicables de manière générale à tous les biens) soit « verticales » (spécifiques à certains produits alimentaires ou groupes de produits)⁵³⁶. Elles peuvent prendre la forme de Codes de pratique ou lignes directrices dont le but est d'aider les Membres à mettre en place des systèmes nationaux de production respectueux des normes du Codex⁵³⁷.

Comme pour l'ISO, un problème de légitimité se pose au stade de l'élaboration des normes du fait de l'insuffisante participation des PED aux procédures du Codex. Afin de remédier à ce déficit de légitimité, la FAO et l'OMS ont conjointement mis en place en 2003 un '*Trust Fund for Enhanced Participation in Codex*'⁵³⁸ doté de 40 millions de dollars qui seront attribués sur une période de 12 ans aux PED ou pays en transition afin de faciliter leur participation aux activités du Codex.

Le débat sur les normes privées a été abordé lors de la 31^{ème} session de la Commission⁵³⁹ et lors des 60^e et 60^e sessions du Comité exécutif⁵⁴⁰ sans toutefois que la CAC ne prenne de décision, dans l'attente de l'évolution de la discussion dans les autres organisations.

La CAC a publié en 2009 une étude sur les impacts des normes privées de sécurité sanitaire sur la chaîne alimentaire et les processus publics de normalisation⁵⁴¹. D'emblée, ce rapport souligne que :

« Au sein du Codex, on s'inquiète fortement que la déferlante des normes privées de sécurité sanitaire des aliments finisse par compromettre le rôle de

⁵³⁵ S. HENSON, J. HUMPHREY, « Les impacts de normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et les processus publics de normalisation », Document préparé par la FAO/OMS, mai 2009, <http://www.fao.org/docrep/012/i1132f/i1132f00.pdf>, p. 18.

⁵³⁶ FAO, "Private Standards in the United States and European Union Markets for Fruit and Vegetables. Implications for Developing Countries", FAO Commodity Studies N°3, 2007 p. 9.

⁵³⁷ *Ibid.* Le document cite en matière d'inspection et de certification des denrées alimentaires la norme CAC/GL 20 qui pose que les systèmes d'inspection doivent être fondés sur une évaluation des risques – et est en cela similaire au texte de l'Accord OTC en matière de certification. De même, la norme CAC/GL 26 recommande le recours à la norme HACCP et précise que les méthodes et procédures de contrôle au niveau national doivent tenir compte du recours volontaire à des procédures d'assurance de qualité par les acteurs privés. CAC/GL 34 est relative aux accords d'équivalence en matière d'inspection et de certification et fournit des indications aux Etats souhaitant s'engager dans un accord bilatéral ou multilatéral.

⁵³⁸ FAO, "Private Standards in the United States and European Union Markets for Fruit and Vegetables. Implications for Developing Countries", FAO Commodity Studies N°3, 2007. p. 9.

⁵³⁹ *Rapport de la trente et unième session de la Commission du Codex Alimentarius*, ALINORM 08/31/REP, Rome, Commission du Codex Alimentarius, 2008, proposition 11, p. 32.

⁵⁴⁰ *Rapport de la soixantième session du Comité exécutif de la Commission du Codex Alimentarius*, ALINORM 08/31/3, 2007, proposition 11, p. 7 et *Rapport de la soixantième et unième session du Comité exécutif de la Commission du Codex Alimentarius*, ALINORM 08/31/3A, Rome: Commission du Codex Alimentarius, 2008, p. 4.

⁵⁴¹ S. HENSON, J. HUMPHREY, « Les impacts de normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et les processus publics de normalisation », Document préparé par la FAO/OMS, mai 2009, précité.

la Commission dans l'établissement de normes, lignes directives et recommandations fondées sur la science qui orientent la réglementation nationale et servent de référence juridique pour l'Accord SPS⁵⁴² ».

La question de la légitimité des normes privées est alors clairement posée, car « lorsque des normes sont rendues juridiquement contraignantes parce qu'elles sont adoptées par les gouvernements (...), ou lorsque des normes sont adoptées de façon suffisamment large pour modifier l'accès au marché (c'est-à-dire qu'elles deviennent de fait des exigences commerciales) leur impact devient problématique ». Plusieurs « indicateurs » de légitimité sont alors identifiés, à l'aune desquels seront évaluées les normes privées : transparence de l'élaboration, influence des parties prenantes, prise en compte des intérêts des PED, rapidité du processus de normalisation, capacité d'évolution, capacité à promouvoir un processus d'harmonisation, gestion des risques et efficacité dans la mise en œuvre des niveaux de protection déterminés. Le rapport souligne que la légitimité y est comprise au sens large d' « équité » et non dans un sens restreint juridique ou éthique⁵⁴³.

Ce rapport a été examiné lors de la 32^{ème} session de la Commission⁵⁴⁴ mais s'est heurté aux critiques de plusieurs délégations. La Commission n'a donc pas souscrit à ses conclusions. Il ressort de ces discussions un désaccord des Etats Membres sur la question de savoir si la CAC doit établir des rapports directs avec les organismes normalisateurs privés (à l'instar de l'OIE) ou si, au contraire, aucun contact formel ne devrait être établi. Plusieurs délégations ont proposé que les trois « organismes publics de normalisation » formulent une position commune sur les normes privées⁵⁴⁵. La Commission a considéré, comme l'OIE, que les normes du *Codex* devaient devenir les normes de référence pour les normes privées et que toute harmonisation internationale devait être fondée sur les normes du *Codex*⁵⁴⁶.

⁵⁴² S. HENSON, J. HUMPHREY, « Les impacts de normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et les processus publics de normalisation », Document préparé par la FAO/OMS, mai 2009, p.1.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 26. L'auteur précise qu'il n'est pas question d'établir un classement des normes plus ou moins légitimes, mais de souligner les forces et faiblesses de chacune par rapport à ces critères (p. 27).

⁵⁴⁴ *Rapport de la trente-deuxième session de la Commission du Codex Alimentarius*, ALINORM 09/32/REP, Rome, Commission du Codex Alimentarius, 2009, pp. 39-43.

⁵⁴⁵ *Ibid.* p. 42.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

La question de la légitimité des normes privées a été reprise lors de la 33^{ème} session⁵⁴⁷. Plusieurs Membres ont estimé que les normes privées ne remplissaient pas suffisamment les exigences de transparence décrites par l'Accord SPS de l'OMC. Par ailleurs, une étude de la FAO et de l'OMS a été examinée⁵⁴⁸. Le Président de la session a estimé que l'OMC était le forum le plus approprié pour examiner les aspects juridiques des normes privées, et a souligné l'importance d'un rapprochement des organismes privés de normalisation par les « trois sœurs ». Contrairement à sa position précédente, il a affirmé que la CAC était disposée à établir des contacts plus étroits avec les organismes privés. Enfin, il a été décidé de confier aux comités de coordination le soin de procéder à une analyse plus approfondie des problèmes posés par les normes privées (en particulier aux PME), et de formuler des recommandations à cet égard⁵⁴⁹.

Les trois institutions examinées présentent certaines différences de structure : ainsi la CAC a un mandat historiquement différent de l'ISO, ce qui explique les différences dans le mode de fonctionnement et la composition des deux organismes. Par ailleurs, alors que l'ISO est une ONG internationale et que ses normes ont un statut mixte du fait de la nature à la fois publique et privée de ses membres, l'OIE et la CAC sont des organisations intergouvernementales⁵⁵⁰. Cependant, leurs attitudes respectives face aux normes privées révèlent de remarquables similitudes : partant d'une hostilité nettement déclarée (due à la perception des normes privées comme concurrentes de leurs propres normes), elles reconnaissent cependant la nécessité de traiter avec les acteurs privés afin de trouver des solutions communes.

Légitimité. Les trois organisations se placent dans une perspective commerciale et considèrent comme l'une de leurs missions le fait de ne pas créer d'obstacle non nécessaire au commerce. Dans ce cadre, elles considèrent que les normes qu'elles produisent bénéficient d'une légitimité que les normes privées n'ont pas. Cette

⁵⁴⁷ *Rapport de la trente-troisième session de la Commission du Codex Alimentarius*, ALINORM 10/33/REP, Rome, Commission du *Codex Alimentarius*, 2010, Point 13, pp. 36-39.

⁵⁴⁸ CX/CAC 10/33/13. Plus largement acceptée que la précédente, elle s'est cependant vu reprocher par certains Membres de placer sur les PED la responsabilité de faire respecter les normes privées.

⁵⁴⁹ *Ibid.* p. 39.

⁵⁵⁰ S. HENSON, J. HUMPHREY, « Les impacts de normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et les processus publics de normalisation », Document préparé par la FAO/OMS, mai 2009, p. 17.

légitimité serait fondée d'une part sur leur statut international, leurs normes étant reconnues par les Accords de l'OMC comme « normes internationales existantes, et d'autre part sur le caractère institutionnalisé de leur procédure de production des normes. Par ailleurs, elles reprochent aux normes privées leur caractère « coercitif » qui découlerait du fait qu'elles prescrivent souvent quels *procédés* doivent être utilisés, alors que les normes publiques sont davantage tournées vers la définition des *résultats*.

Ces critiques s'avèrent en pratique infondées, parce qu'il apparaît que le processus de normalisation des organisations internationales n'est pas aussi transparent ni aussi participatif en pratique que dans les textes. Par ailleurs, en ce qui concerne les normes de procédé, il est possible de considérer que « *les approches axées sur les résultats stimulent la créativité et l'innovation et permettent de prendre en compte les conditions locales*⁵⁵¹ ». Or c'est précisément l'absence de prise en compte des conditions locales qui constitue l'une des principales critiques que l'on peut adresser aux normes internationales, à côté de celle de leur manque d'efficacité – l'exigence d'un consensus entre les Etats Membres pouvant conduire à l'adoption de solutions de compromis insatisfaisantes.

Si l'argument de la légitimité ne permet pas de fonder la supériorité des normes internationales, l'argument de leur *fonction* a plus de poids.

Harmonisation. Les institutions internationales se prévalent de la fonction harmonisatrice de leurs normes qu'elles opposent à la multiplicité et à la prolifération des normes privées. La reconnaissance de ces trois organisations par les Accords de l'OMC, qui demandent aux Etats de fonder leurs normes et règlements sur les normes internationales, est à l'origine de cet argument. Les normes internationales constitueraient une référence commune obtenue sur une base consensuelle, alors que les normes privées sont élaborées de manière désordonnée, laissant le consommateur sans repères ni points de comparaison.

A cela on peut objecter que l'argument de la fonction harmonisatrice ne vaut que dans la mesure où la norme qui sert de fondement à l'harmonisation est elle-même fondée sur une participation de toutes les parties prenantes. Or nous avons vu que ce n'est

⁵⁵¹ M. ROBACH, « La vision du secteur privé sur les normes dites privées – quelques approches susceptibles de réduire les conflits actuels et futurs entre les normes publiques et privées », document présenté à l'occasion de la 78^{ème} session générale de l'OIE, mai 2010, OIE, 78 SG/9, p. 4.

pas toujours le cas pour ces organisations, dont l'étude révèle l'existence d'un déficit démocratique. De plus, sur le plan systémique, l'harmonisation, si elle est comprise comme la substitution des normes internationales aux normes privées, n'est pas forcément désirable, car elle correspondrait alors à la perte de toute diversité et de toute possibilité d'adapter une norme aux conditions locales.

Sur le plan de la reconnaissance, ici aussi, l'attention accordée aux normes privées par les institutions internationales leur confère une existence juridique sur le plan international. En les considérant comme un système de normes concurrent, les organisations internationales confirment la force normative des normes privées et invitent à s'interroger sur leur valeur juridique.

Conclusion du chapitre

La reconnaissance internationale des normes privées a deux fondements : l'inquiétude quant à leurs effets commerciaux d'une part, l'inquiétude quant à leur relation avec les normes internationales d'autre part. Dans le premier cas, le droit international « régulateur » s'inquiète du traitement à accorder aux normes privées ; dans le second, le droit international producteur de normes s'inquiète d'un éventuel conflit de normes.

Ces deux inquiétudes, dues aux *effets* que déploient les normes privées dans l'ordre international, ont conduit à la reconnaissance de leur existence tout en posant la question de leur statut. Cette question est cependant, à l'heure actuelle, bien loin d'être résolue en raison des divergences de vision entre les Etats, mais aussi en raison de l'existence de forums multiples pour leur prise en compte. Cette multiplicité peut conduire à des différences d'interprétation entre les différentes organisations internationales. Ainsi, il existe deux projets de définition des normes privées à l'OMC et à l'OIE, tous deux en cours d'élaboration⁵⁵². On peut imaginer que si les processus de définition aboutissent à des résultats différents, cela ne fera que compliquer la question – déjà très complexe – des normes privées. En effet, à la différence des consultations public/privé que l'OIE a décidé de mettre en place, il n'existe pas assez de concertations entre les organisations internationales elles-mêmes.

Le danger des forums multiples et les incertitudes qui en découlent limitent la portée de la reconnaissance des normes privées. La seule conclusion permise à ce stade est que la reconnaissance par les organisations internationales et, à travers elles, par les Etats, offre aux normes privées une *certaine* force normative. Afin de déterminer de manière plus précise l'étendue de cette force normative, nous allons à présent nous efforcer de déterminer le statut juridique des normes privées.

⁵⁵² « Rapport de la réunion sur les normes privées », septembre 2010, p. 2, http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/FR-Private_standards_Sept_2010.pdf (24.09.2011).

Chapitre 2. Valeur normative : statut juridique des normes privées en droit international

La question du statut juridique des normes privées (« sont-elles du droit ou un simple fait ? ») est en réalité aussi une interrogation sur le pouvoir de créer du droit, donc sur l'auteur de la norme : les Etats seuls ont-ils le pouvoir de créer des règles de droit ? Si d'autres entités ont elles aussi ce pouvoir, à quelles conditions les normes qu'elles édictent sont-elles des « règles de droit » ? Existe-t-il un « pouvoir privé » de créer du droit ?

Alors qu'une norme doit sa *portée* normative à des éléments qui lui son extérieurs et notamment à ses effets sur les normes concurrentes ou coexistantes, elle tire sa *valeur* normative de sa nature propre, de tous les éléments qui forment son essence : « *la qualité et l'autorité de son auteur, sa place dans la hiérarchie des normes, la nature de l'instrument qui la porte, la formulation de son énoncé, l'intention qui préside à son élaboration, la légitimité de son contenu, etc.*⁵⁵³ ». En ce sens, on peut qualifier la valeur normative de « force normative interne ».

Pour un juriste, la valeur normative s'apprécie toujours par rapport au droit (que ce soit par rapport au Droit en général ou par rapport à un ordre juridique particulier). Elle soulève donc en premier lieu la question de la *juridicité* de la norme, entendue au sens d'appartenance au domaine du droit (et éventuellement à un ordre juridique particulier). C'est également la question de la validité de la norme – entendue au sens formel de *légalité*.

Cependant, juridicité et valeur normative ne se recoupent pas, la seconde étant plus large que la première. La valeur normative ne doit pas non plus être confondue avec l'idée d'une « juridicité graduée » (idée que, par ailleurs, nous rejetons : une norme est juridique ou ne l'est pas, mais elle n'est pas « plus ou moins » juridique). La valeur normative implique qu'une norme n'est pas dénuée de valeur même si elle ne relève pas du domaine du juridique (une norme peut avoir une valeur normative forte même en l'absence de juridicité⁵⁵⁴). Toute norme a potentiellement un effet sur le

⁵⁵³ C. THIBIERGE, « Conclusion », *op. cit.*, p. 822.

⁵⁵⁴ Voir, par exemple, P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international » *RGDIP*, 1982, pp. 5-47.

droit, quelle que soit sa valeur propre. Concernant les normes privées, nous nous efforcerons de déterminer si cette valeur se rapproche de la juridicité ou si elle est d'une autre nature. Le but recherché n'est pas de faire entrer à tout prix les normes privées dans le domaine juridique (car cela sous-entendrait que seule la juridicité peut leur conférer une légitimité intrinsèque, ce que nous réfutons), mais de déterminer où elles se situent *par rapport* au droit, et en particulier par rapport au droit international.

Les normes privées sont-elles une source de droit ? Nous concentrant d'abord sur l'objet lui-même, nous examinerons d'abord l'éventualité d'une juridicité des normes privées (*section 1*). En raison de leur enracinement dans une réalité sociale (et juridique) extrêmement complexe, nous examinerons ensuite les normes privées *dans leur contexte*, afin de rendre compte de leur hétéronomie⁵⁵⁵ et des conséquences de celle-ci sur leur caractère juridique (*section 2*).

Section 1. Juridicité

Faut-il effectuer une distinction entre Droit et juridicité ? A la différence de certains auteurs comme E. LE ROY nous ne le pensons pas. Pour cet auteur « *la juridicité est plus grande que la conception du droit développée par les sociétés occidentales modernes tout en la comprenant*⁵⁵⁶ ». Dans cette acception, la juridicité correspond à ce que nous avons appelé « valeur normative » : celle-ci englobe en effet les normes juridiques qui auront, en ultime analyse, sans doute une « force normative » plus grande que les normes non-juridique (bien que cela dépende en réalité également

⁵⁵⁵ Nous entendons cette notion au sens que lui donne E. LE ROY dans « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité. Généralité du phénomène et spécificité des ajustements », Séminaire international « *Le nuove ambizioni del sapere del giurista : l'antropologia giuridica e la traduttologia giuridica* », Roma ,Accademia Nazionale dei Lincei,2008, p. 12 :

« *L'emploi que nous faisons de cette notion en ce début de XXI^e siècle ne met plus l'accent sur le fait de recevoir sa loi de l'extérieur, mais sur l'interdépendance entre divers ensembles de normes. Cette relation peut être de complémentarité, d'opposition, de concurrence ou de dépendance. Elle signe la constante de phénomènes d'acculturation comme mode de réception ou de rejet. Ces distinctions ont leur importance, mais encore plus importante est l'exigence de toujours devoir lire la norme en relation avec un autre dispositif.* ».

Nous souscrivons à la conception de cet auteur selon laquelle :

« *Le fait que la juridicité soit hétéronomique veut donc dire que les clés de compréhension qui assurent la légitimité, l'autorité et l'efficacité de ses dispositifs et solutions doivent être cherchées dans l'ensemble complexe de rapports qui fait tenir ensemble les composantes d'une société* ».

⁵⁵⁶ E. LE ROY, « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité. Généralité du phénomène et spécificité des ajustements », Séminaire international « *Le nuove ambizioni del sapere del giurista : l'antropologia giuridica e la traduttologia giuridica* », Roma ,Accademia Nazionale dei Lincei, 2008.

d'autres paramètres comme de leur application effective). Nous ne pensons pas que droit et juridicité se distinguent par leur portée, mais par leur *nature*⁵⁵⁷.

Plus intéressant pour notre propos est le rapprochement que fait J. VANDERLINDEN avec le modèle théorique de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE en associant le droit au schéma de la pyramide et la juridicité à celui du réseau⁵⁵⁸. Il rappelle également la distinction entre règle et processus et celle entre normativité et régulation ; dans les deux cas, le premier terme correspond à un état, le second à une démarche. C'est sous cet angle que nous effectuerons une distinction entre droit et juridicité, car les normes privées, en raison de leur forme, se rapprochent plus de la seconde que du premier. Ceci ne préjuge cependant en rien de la réponse à la question de savoir si cette juridicité est, *dans les faits*, acquise.

Il existe deux manières d'envisager la juridicité d'une norme, qui se recoupent partiellement. Nous les envisagerons comme des hypothèses de travail et nous efforcerons d'évaluer la pertinence de leur application aux normes privées.

La première approche consiste à classer les normes privées dans la vaste catégorie des normes dont la juridicité est « atténuée », généralement regroupées sous le vocable anglais '*soft law*'. La seconde envisage l'existence de droit créé par les acteurs sociaux au même titre que le droit étatique et qui coexisterait avec lui ; ce droit est nommé « droit sans Etat ». Alors que la première approche se fonde sur l'« intensité » juridique de la norme (justification interne), la seconde examine la capacité de ses auteurs à créer du droit (justification externe). Ces approches se recoupent mais ne se recouvrent pas.

Les deux approches reposent sur la prémisse théorique d'une conception pluraliste du droit⁵⁵⁹, conception qui abandonne l'assimilation entre règle de droit et droit étatique pour reconnaître à d'autres éléments de la société le pouvoir de produire du droit⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Droit et juridicité sont les deux faces d'une même médaille, le premier désignant un corps de règles (système normatif) et la seconde l'appartenance à ce corps de règles. **La juridicité est cependant à distinguer de la positivité**, car le droit est plus large que le droit positif, c'est-à-dire le droit considéré comme applicable à une société donnée à un moment donné par une doctrine majoritaire.

⁵⁵⁸ J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Vol. 49, 2002, p. 11-36.

⁵⁵⁹ Celle-ci s'oppose à la conception positiviste, typiquement décrite comme celle de KELSEN (seul l'Etat est compétent pour créer du droit). A noter que des positions intermédiaires, telles que celle de J. CARBONNIER, existent également (voir *Flexible droit, op. cit.* p. 208).

⁵⁶⁰ Sur les différentes définitions du pluralisme, voir E. LE ROY, « Editorial. Le pluralisme Juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité », in *Les pluralismes juridiques*, Cahiers d'anthropologie du droit, Karthala, 2003, 231 p., p. 10 s. Outre la définition positiviste (dualisme dans lequel l'une des normes est toujours favorisée par rapport à l'autre), il établit une

Sans ce présupposé, les normes privées sont condamnées à rester un « fait » indigne de l'attention des juristes (et dont la valeur normative, par voie de conséquence, ne mérite pas d'être étudiée). Le pluralisme juridique sera donc la base théorique de notre raisonnement ou, pour reprendre les termes du Doyen CARBONNIER, son « hypothèse de structure⁵⁶¹ ». Partant du postulat qu'il existe des modes non-étatiques de production du droit, nous nous demanderons si les normes privées en font partie.

Mais alors que les théoriciens du « droit sans Etat » énoncent clairement l'hypothèse du pluralisme, elle reste implicite voire incertaine dans le cadre de la *soft law*. Cette notion souffre en effet d'une « indétermination patente » qui résulte de l'absence d'accord de ses théoriciens sur son contenu exact et, de manière plus grave, sur la qualification juridique de ses différentes composantes. Bien qu'utile pour démontrer comment les normes privées s'inscrivent dans un système juridique de plus en plus complexe en raison de l'apparition de formes nouvelles de normativité, le concept de *soft law* ne permet pas de déterminer les fondements théoriques de la juridicité des normes privées (pourquoi doivent-elles être considérées comme du droit plutôt que du non-droit ? où se situe le seuil de juridicité ?). Nous pensons que la théorie du droit sans Etat possède à cet égard des bases théoriques plus solides, car elle pose expressément la question de la frontière entre droit et non-droit.

Nous consacrerons donc un premier développement à la réfutation de la thèse de la juridicité atténuée en ce qui concerne son utilité dans la définition du statut juridique des normes privées (A) puis expliquerons en quoi la distinction droit/non-droit ainsi que l'interrogation sur la possible existence d'un « droit sans Etat » sont fondamentales pour la compréhension des normes privées (B).

Remarque. Une remarque préliminaire s'impose cependant : *soft law* et « droit sans Etat » sont souvent examinés en relation avec les normes issues de l'*autorégulation*. Ce terme désigne les comportements des acteurs économiques par lesquels ils posent

distinction entre un pluralisme « soft » (pluralité de solutions applicables à une même situation au sein d'un ordre juridique – le plus souvent étatique) et « hard » (application à un individu, dans une situation identique, de mécanismes juridiques issus d'ordres juridiques différents – définition de VANDERLINDEN), Enfin, la définition sociologique ou anthropologique selon laquelle le droit étatique « n'est pas 'tout' le Droit ». C'est uniquement cette dernière conception qui sera retenue ici.

⁵⁶¹*Flexible Droit*, p. 11. Sur le pluralisme comme hypothèse de structure, voir G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935. Egalement S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002, 174 p.

eux-mêmes certaines conditions et limites à leurs activités. Egalement connue sous le nom de ‘*corporate governance*’, l’autorégulation désigne le plus souvent les codes de conduite ou « codes de bonnes pratiques » mis en place par les entreprises⁵⁶². Ces codes de conduite constituent le point de recoupement entre normes privées et autorégulation – mais à ce propos deux *caveat* semblent nécessaires. D’une part, l’autorégulation ne concerne qu’une partie des normes privées ; elle ne saurait englober le phénomène dans son ensemble (citons comme exemple les normes d’ONG qui n’ont pas vocation à réglementer le fonctionnement de l’ONG mais sont destinées à être reprises et appliquées par d’autres acteurs civiques ou économiques). D’autre part, le caractère « auto-régulatoire » des codes de conduite connaît une importante limite : loin de cantonner l’application des codes à leur seule entreprise, les acteurs économiques demandent (imposent ?) souvent leur respect à leurs partenaires commerciaux (fournisseurs ou intermédiaires). Ainsi, par « contagion contractuelle⁵⁶³ », les normes privées contenues dans les codes de conduite sont appliquées à des entités qui n’en sont pas l’auteur – ce qui, lorsque cette application devient la condition de l’accès à un marché donné, constitue l’un des problèmes commerciaux majeurs soulevés par les normes privées⁵⁶⁴.

Etant donné que les codes privés dépassent le cadre de l’autorégulation, nous ne nous limiterons pas, dans l’examen de la *soft law* et du droit sans Etat comme possibles justifications théoriques de la juridicité des normes privées, à l’examen des normes issues de l’autorégulation, mais inclurons dans l’analyse toutes les normes privées y compris celles de ONG et d’autres acteurs civiques – ce qui nous amènera à effectuer certaines distinctions dans le cadre d’un statut différencié et non unitaire (que la diversité des normes privées ne saurait justifier).

§ 1. Normes privées et soft law : l’hypothèse d’une juridicité graduée ou atténuée

La *soft law*, concept un temps très en vogue pour caractériser, en droit international, certaines formes de « normativité relative » qui ne tombent pas sous le strict énoncé des sources de l’article 38 de la CIJ, pourrait fournir un cadre théorique permettant de

⁵⁶² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 113.

⁵⁶³ L’expression est de F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 119.

⁵⁶⁴ Sur leur caractère obligatoire de facto, et le traitement de celui-ci par le droit international du commerce, voir PARTIE 2.

définir le statut juridique des normes privées. Droit « mou », « flou », « gradué », il désigne des normes dénuées de force contraignante, mais dont la ressemblance avec les règles de droit classiques justifient la présomption de leur juridicité – une juridicité « par intuition », pourrait-on dire. Il serait tentant, par « commodité intellectuelle », de classer les normes privées dans la vaste catégorie de la *soft law*, leur reconnaissant ainsi une juridicité « atténuée » - en raison de leur ressemblance formelle avec les règles de droit, et de leur caractère souvent *de facto* contraignant. Si ce raisonnement semble de prime abord séduisant, il contient cependant deux approximations théoriques qui ne permettent pas de rendre compte de manière rigoureuse du caractère juridique des normes privées. Tout d'abord, ce raisonnement fait l'économie d'une interrogation sur le véritable « fondement » de la juridicité, sur le critère du juridique et partant, sur la nature du Droit. Or c'est bien la nature du Droit – en ce qu'il est assimilé à l'Etat – que les normes privées remettent en cause (A). Par ailleurs, la théorie de la *soft law* est fondée sur le caractère non contraignant des normes qui la composent – or, les normes privées, par leur caractère souvent *de facto* obligatoire, remettent en question les limites et caractères de la *soft law* (B).

A. Limites du concept

Il existe deux éléments qui ne facilitent pas la détermination du caractère de *soft law* des normes privées ; tous deux sont liés à l'imprécision de la notion de *soft law* elle-même. D'une part, il existe en doctrine de nombreuses définitions et manières d'appréhender la *soft law*. D'autre part, cette notion peut concerner aussi bien des normes étatiques que des normes créées par des acteurs non-étatiques, si bien que, ses contours s'estompant, la notion de *soft law* reste certes un instrument utile pour expliquer les variations de la normativité internationale (et le développement de formes de normativité autres que la normativité étatique) mais ne permet pas déterminer la nature juridique des normes privées. En effet, on peut dire, sans trop de crainte de se tromper, en raison de la largeur de la notion, que les normes privées sont des normes de *soft law* ; cette constatation ne nous permet cependant pas de tirer des conséquences théoriques quant à leur juridicité.

Dans leur article sur l'interaction entre *hard law* et *soft law*⁵⁶⁵, Gregory SHAFFER et Mark POLLACK classent en trois catégories les définitions doctrinales de la *soft law*⁵⁶⁶. D'une part, les positivistes remettent en question le caractère juridique de la *soft law*, en raison de l'absence de caractère obligatoire. Dans cette conception, les normes de *soft law* sont un stade préparatoire à l'acquisition de la valeur de « droit dur ». D'autre part, pour les rationalistes, les Etats ont le choix entre des formes plus ou moins contraignantes d'engagement et peuvent choisir l'une ou l'autre en fonction du contexte ; aucune des deux formes ne doit donc être considérée comme supérieure à l'autre. Enfin, les constructivistes se fondent sur une logique sociologique pour affirmer que les normes de *soft law* reflètent mieux les réalités sociales du droit international (relations et interactions entre Etats, mais aussi rôle des acteurs non-étatiques). Cette école remet en question la distinction entre normes contraignantes et non-contraignantes qu'elle remplace par le concept d' « effectivité » des normes, à savoir leur capacité à avoir un impact réel sur les comportements (une norme n'est pas nécessairement '*hard*' parce qu'elle est formellement contraignante si elle est dépourvue d'effet en pratique).

La principale question sur laquelle ces conceptions s'opposent est celle de la distinction contraignant/non-contraignant. Pour les deux premières écoles, cette distinction est constitutive de la juridicité ou non-juridicité des normes). Pour les constructivistes cependant, la question du caractère contraignant n'est pas aussi fondamentale : elle est un critère parmi d'autres pour déterminer si une norme sera qualifiée de *soft law* ou de *hard law*. Ainsi, une norme contraignante mais au contenu vague sera une norme *de soft law* ; inversement, une norme non-contraignante ne sera de la *soft law* que par cette dimension mais pourra être de la *hard law* en raison de sa précision ou de son application.

Les normes privées peuvent être qualifiées de *soft law* au regard des trois positions doctrinales. Même si certaines approches ne font pas expressément référence aux acteurs non-étatiques, d'autres les y incluent expressément ; par ailleurs, si les normes privées sont '*soft*' pour les deux premières positions en raison de leur

⁵⁶⁵G.C. SHAFFER, M.A. POLLACK, "How Hard and Soft Law Interact in International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists", Working Paper n° 45/08, Society of International Economic Law, Proceedings of the Inaugural Conference, Geneva, July 15-17, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156867

⁵⁶⁶*Ibid.*, p. 2 et pp. 5 s.

caractère non contraignant, la conception constructiviste pourra leur reconnaître certains aspects ‘*hard*’ en raison de la précision de certaines normes. De manière générale, l’appréciation d’une norme ne peut se faire qu’au cas par cas, en fonction de plusieurs paramètres ; une norme particulière pourra recevoir une qualification différente en fonction des positions doctrinales. En revanche, en dépit du terme de *soft law*, cette qualification ne nous dit rien sur la juridicité de la norme, la doctrine étant trop divergente sur la juridicité de la *soft law* elle-même d’une part, et les conditions de cette juridicité d’autre part. L’une des causes de cette hésitation, et non la moindre, réside dans le critère de la force contraignante des normes.

B. Limites du critère de l’absence de force contraignante

Droit « incitatif », car reposant sur des recommandations et non sur des obligations, droit « facultatif », car dénué de réelle portée juridique⁵⁶⁷, la *soft law* se caractérise pour une doctrine majoritaire par l’absence de caractère obligatoire de ses normes. Pour reprendre les termes d’Anthony D’AMATO : “*At the micro level, a unit of soft law consists of only a norm, whereas a unit of hard law consists of a norm plus a coercive element*”⁵⁶⁸.

Si l’on considère, comme cet auteur, que l’élément coercitif constitue la « connexion » entre les normes de *hard law*, ce qui fait d’elles un système⁵⁶⁹, le caractère facultatif et très diversifié des normes privées confirmerait *a priori* leur appartenance à la *soft law*, conçue en tant qu’accumulation de normes ponctuelles pouvant entrer en conflit l’une avec l’autre. Toutefois, l’absence d’élément coercitif, au sens que lui donne D’AMATO et la doctrine en général, est comprise au sens d’absence de coercition *étatique*. Que dire cependant de la contrainte économique imposée par les acteurs économiques les plus puissants ayant une réelle emprise sur l’accès aux marchés ? Les normes privées, nous l’avons vu, peuvent être *de facto* obligatoires et *de facto* discriminatoires. Leur mise en œuvre ne concerne pas uniquement leurs auteurs, elle s’impose également à des acteurs tiers. La doctrine dans ses différentes modulations ne semble pas prendre en compte cette « obligatorité » *de facto* ; ceci constitue à nos yeux l’une des limites du concept de

⁵⁶⁷F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

⁵⁶⁸A. D’AMATO, “International Soft Law, Hard Law and Coherence”, Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Series, n° 08-01, <http://ssrn.com/abstract=1103915>, p. 9.

⁵⁶⁹D’AMATO, p. 27. : “The connection cannot be through the normative element because there are too many possible norms on entirely different subjects. Hence the connection must be through the coercive element attached to each norm”. Egalement p. 29: “Because each norm of international law can serve as the coercive element of a different norm, all the norms are connected to each other. The result is a closed system of law whose self-perpetuation is enhanced by the connectivity”.

soft law qui, en dépit de son apparente modernité, reste fondée sur le postulat d'une identité entre le droit et la sanction étatique.

Notons cependant que certains auteurs semblent prendre en compte des formes de contrainte autres que la contrainte étatique. Ainsi, pour R. CAFAGGI, il est nécessaire de distinguer entre *soft law* et autorégulation car s'il est vrai que toutes deux sont de nature volontaire, il considère que l'une est contraignante une fois adoptée (l'autorégulation) alors que l'autre (la *soft law*) ne l'est pas. Ceci aurait pour effet d'exclure les codes d'entreprise du champ de la *soft law* sur la base d'une acception large de la contrainte, ici étendue à la contrainte résultant de l'engagement unilatéral.

Si un certain « malaise théorique » est perceptible dans la doctrine et se traduit par de multiples définitions du concept de *soft law*, il ne donne cependant pas lieu à un débat approfondi sur la valeur de la contrainte et partant, sur le critère du juridique. En raison de l'indétermination de la notion de contrainte, le concept de *soft law* permet de *décrire* le phénomène des normes privées (au sens d' « appréhender »), mais ne permet pas d'en dégager le fondement et la nature juridique. L'utilité de la *soft law* pour les normes privées ne se situe donc pas tant sur le plan du statut juridique des normes privées que sur celui de son statut « social » : elle permet de situer les normes privées parmi les phénomènes multiples d'une normativité désormais « graduée », soulignant ainsi leur exclusion des sources formelles du droit en même temps que leur vocation à s'en approcher ; elle ne permet pas de déterminer si cette inclusion dans le *continuum* de la normativité graduée équivaut à une inclusion dans la sphère du juridique. Pour cela, nous pensons que le terme de '*soft law*' devrait être réservé aux normes émanant *de sources formellement reconnues* qui se distinguent des normes de droit dur par leur contenu vague et leur caractère volontaire. Il ne devrait pas être utilisé pour les nouvelles formes de normativité dont le statut juridique n'est pas encore éclairci.

§ 2. Normes privées et droit sans Etat l'hypothèse du pluralisme juridique

A. Le pluralisme juridique comme cadre théorique

Penser la juridicité des normes privées n'est possible, ainsi que nous l'avons déjà évoqué, que dans le cadre théorique du pluralisme juridique⁵⁷⁰. Précisons d'emblée qu'il faut distinguer le pluralisme *juridique* du pluralisme *normatif* : alors que ce dernier désigne la coexistence de systèmes normatifs tels que le droit, la morale ou encore les coutumes, le pluralisme juridique désigne, lui, l'existence d'autres formes de droit à côté du droit étatique⁵⁷¹. Il existe plusieurs formes de pluralisme juridique qu'il importe de distinguer : le pluralisme des *systèmes* juridiques, qui désigne la coexistence d'une pluralité de systèmes au sein d'un même ordre juridique, le pluralisme des *ordres* juridiques au sein d'un Etat ou d'un groupe d'Etats, ou enfin le pluralisme des *sources* du droit, à savoir la qualification de source du droit de normes autres qu'étatiques. Seule cette dernière configuration nous intéresse ici⁵⁷².

Pour les défenseurs du pluralisme, le droit étatique n'est pas la seule forme de normativité juridique. Il existe au contraire « d'innombrables foyers autonomes de droit⁵⁷³ », si bien que d'autres formes de normativité, qu'elles soient infra-étatiques ou supra-étatiques⁵⁷⁴, peuvent elles aussi prétendre à être du Droit.

⁵⁷⁰ F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité internationale – Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1989-1, t. 213, pp. 9-407 et P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002.

⁵⁷¹ C'est cette définition du pluralisme qui sera retenue ici. Le terme « pluralisme juridique » peut cependant recevoir d'autres significations en fonction du contexte ou de l'auteur. Didier BODEN dénombre cinq acceptions dans son article « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Archives de la philosophie du droit*, t. 49, 2005, *Le pluralisme*, p. 275 s. :

- L'expression « pluralisme juridique » peut être utilisée pour désigner le « pluralisme législatif » interne à un Etat ;
- Dans un sens anthropologique ou sociologique, le terme désigne « l'état d'une société d'individus vivant sur un même territoire et n'étant pas soumis aux mêmes règles » ;
- La troisième signification, celle de Gurvitch est aussi celle que nous retenons, à savoir l'existence de sources de droit émanant d'autres entités « détentrices d'une légitimité politique » ;
- L'acception de M. Delmas-Marty dans laquelle le pluralisme désigne « le caractère d'un droit supra-étatique formée d'obligations stipulées à la charge des Etats parties à une convention laissant une certaine latitude à ceux-ci dans le choix des moyens de tenir leurs engagements, et admettant dès lors une pluralité des observances étatiques » ;
- Le pluralisme juridique peut enfin désigner une théorie générale du droit selon laquelle « il existe plusieurs ordres juridiques, irréductibles les uns aux autres en général, et irréductibles en particulier aux ordres juridiques étatiques (...) tous ces ordres juridiques nouant entre eux diverses relations ou refusant d'en nouer ». Cette théorie s'oppose selon Boden au monisme de Kelsen et au dualisme d'Anzilotti.

⁵⁷² Sur la question de savoir si les normes privées peuvent être qualifiées de système juridique (voire d'ordre juridique...) voir le TITRE 2. Sur la distinction entre pluralisme des systèmes, des ordres et des sources, voir J.-L. BERGEL, « Le plurijuridisme. Rapport introductif », in *Le plurijuridisme*, Actes du 8^{ème} congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 11-12.

⁵⁷³ L'expression est de CARBONNIER, *Flexible Droit*, p. 19. Voir aussi GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935.

⁵⁷⁴ Ou, dans les termes de Jean-Louis BERGEL « au-dessous, à côté et en-dessus de l'Etat », article précité, p. 11.

Le pluralisme juridique est d'abord une notion issue de la sociologie juridique. Pour CARBONNIER, il existe plusieurs formes de pluralisme, « *phénomènes multiples, ressortissant à des catégories diverses, et qu'il convient de distinguer, quoiqu'une conséquence commune en découle : que le droit étatique devra subir la concurrence d'ordres juridiques indépendants de lui*⁵⁷⁵ ». Le pluralisme juridique peut ainsi exister au sein même d'un Etat sous la forme de ce que CARBONNIER nomme l'« acculturation » (ou coexistence d'un « droit de souche » et d'un « droit d'importation »), du conflit entre loi nouvelle et droit précédent, ou sur le plan individuel, du conflit entre droit laïc et droit religieux. Ces distinctions sont avant tout d'ordre sociologique et se placent dans la perspective de la perception individuelle et non dans l'optique de la *positivité* de ces ordres juridiques.

La conception que nous retenons du pluralisme pour les besoins de l'étude est plus large, car elle ne se contente pas de constater la pluralité des sources mais s'interroge sur le fondement de leur juridicité. Il faut pour cela pousser plus loin le raisonnement et se demander si les normes privées peuvent être reconnues comme juridiques *non seulement par les personnes qui les appliquent*, mais également si cette application est perçue comme faisant partie du droit positif par le droit (international) lui-même au même titre que les sources classiques. En l'absence d'indications textuelle ou jurisprudentielle, la réponse à cette question ne peut pour l'instant être recherchée que dans l'observation de faits et parmi les opinions doctrinales ; elle reste de ce fait largement théorique.

Si nous admettons, toujours avec le Doyen CARBONNIER, que « *le droit est plus grand que les sources formelles du droit* »⁵⁷⁶, la distinction entre sources formelles et sources réelles du droit devient fondamentale. Les premières (législation et jurisprudence) sont uniquement des instruments de constatation du Droit, qui leur est antérieur et créé de manière spontanée par les acteurs sociaux. A cet égard, une formule d'Eugen EHRLICH, écrite en 1936, demeure aujourd'hui encore pertinente :

⁵⁷⁵ *Flexible Droit*, p. 19.

⁵⁷⁶ « Le droit déborde de partout la notion de règle ». *Flexible Droit*, p. 21.

« Le centre de gravité du développement du droit, à notre époque... comme en tout temps, ne doit être cherché ni dans la législation, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même⁵⁷⁷ ».

Cette conception ouvre la voie à la reconnaissance de la juridicité de normes issues d'acteurs non-étatiques, qui seraient, dans le cadre de la théorie positiviste, considérées comme de la « régulation sociale ». Or, toute régulation sociale n'est pas du droit car, dans les termes de CARBONNIER, « *le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes*⁵⁷⁸ ». La question de la délimitation entre le Droit et le « social non juridique », cruciale pour la théorie positiviste, est donc repoussée, mais non supprimée, dans le cadre de la théorie pluraliste⁵⁷⁹. Alors que les positivistes définissent le droit par rapport à l'Etat (le critère du juridique le plus souvent retenu étant soit la sanction étatique soit l'existence d'un juge – critère du contentieux, du justiciable⁵⁸⁰), cette limite (formelle) n'existe pas dans la théorie pluraliste.

B. Droit sans Etat et droit « global » sans Etat

Günther TEUBNER va plus loin dans ses thèses en invoquant la création, par (ou à cause de) la mondialisation, d'un droit *global* sans Etat, dont l'exemple le plus abouti serait la *lex mercatoria*⁵⁸¹. Mais ce droit global concerne également d'autres secteurs tels que les régimes internes aux entreprises, la normalisation technique, les droits de l'homme, l'écologie ou encore le droit du sport⁵⁸². Ce droit global serait « technique » et issu des « périphéries » :

“Ehrlich, of course, is romanticizing the law-creating role of customs, habits and practices in small-scale rural communities but, in the current globalization process, his ‘living law’ seems to take on a different and quite dramatic significance relying on cold technical processes, no longer on warm communal bonds. Since it is not politics but civil society itself that drives us toward a globalization of its various fragmented discourses, the globalization of law is bound to follow as a spill-over effect of those developments. [...] Global law will grow mainly from the

⁵⁷⁷ Cité par CARBONNIER, *ibid.*.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁷⁹ Voir ci-dessous.

⁵⁸⁰ CARBONNIER et BOY.

⁵⁸¹ G. TEUBNER, “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, in TEUBNER(G.) (Ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney, 1997, p. 3. Mais le droit global sans Etat n'est pas réservé au domaine économique : “It is not only the economy, but various sectors of world society that are developing a global law of their own”.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 4. Voir également à ce sujet, F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, MartinusNijhoff, 2007, *op. cit.*

*social peripheries, not from the political centres of nation-states and international institutions*⁵⁸³.

La société civile joue un rôle primordial dans cette conception. Allant plus loin que les théories pluralistes « classiques », TEUBNER ne considère pas que ce sont des « groupes » d'acteurs tels qu'on les conçoit en général qui sont à l'origine de ce droit global, mais plutôt des *réseaux* « fonctionnels » que relie un même « discours » (et non un lien « physique » comme au sein d'une communauté).

*“Theories of legal pluralism will have to reformulate their core concepts, shifting their focus from groups and communities to discourses and communicative networks. The social source of global law is not the lifeworld of globalized personal networks, but the proto-law of specialized, organizational and functional networks which are forming a global, but sharply limited, identity”*⁵⁸⁴.

Il précise ainsi la nature de ces réseaux:

*“The new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of **highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature**”*⁵⁸⁵.

Si l'on applique cette définition aux normes privées, on constate que la plupart de ses éléments s'y retrouvent. Issues de « réseaux économiques globaux » (entreprises multinationales, ONG), les normes privées peuvent être hautement techniques (fixation de seuils de résidus, par exemple), hautement spécialisées (applicables à un secteur spécifique tel que l'agriculture biologique, la pêche ou encore le café, etc.) et définies restrictivement (par exemple, applicables à un seul domaine de production comme certains fruits ou légumes, ou applicables à une seule entreprise et à ses partenaires commerciaux). Nous consacrerons des développements ultérieurs au caractère potentiellement « hautement organisé » des normes privées, à savoir la possibilité de leur organisation en système⁵⁸⁶.

⁵⁸³*Ibid.*, p. 7. Nous soulignons (gras). Italiques de l'auteur.

⁵⁸⁴*Ibid.*, p. 7. Nous soulignons.

⁵⁸⁵*Ibid.* Nous soulignons.

⁵⁸⁶TITRE 2, Chapitre 2.

Lorsqu'un tel réseau existe il doit, selon TEUBNER, être unifié par un discours fondé sur un « code binaire légal/illégal » et reconnaissant au réseau une « validité globale »⁵⁸⁷. En d'autres termes, le droit de ces réseaux définit lui-même ses limites (en acceptant ou rejetant certaines conduites) et son champ de validité (en l'occurrence, il doit avoir une ambition globale). Ceci est applicable à certains schémas que produisent les normes privées, en particulier ceux des codes d'entreprise – dont le champ d'application est global (s'il s'agit d'une entreprise multinationale) et qui rejettent très nettement les comportements qui ne s'y conforment pas, en excluant toute relation commerciale avec un acteur économique qui ne s'y conformerait pas. On retrouve cette vocation globale pour certaines normes produites par des ONG, bien que pour celles-ci la volonté d'instaurer une différenciation entre normes conformes et non-conformes soit moins évidente ; les normes d'ONG ont un caractère volontaire plus marqué que les normes d'entreprises en ce qu'elles constituent des recommandations pures – aucun mécanisme de « sanction » (économique ou sociale) n'étant prévu en cas de non-respect.

Il faut donc rester prudent en ce qui concerne l'application aux normes privées de la théorie du « droit global sans Etat ». Alors que cette théorie est séduisante car elle permet d'établir non seulement la juridicité, mais aussi les modalités et les limites de certaines formes d'organisation des normes privées, il importe de garder à l'esprit que cela n'est le cas que pour certaines normes privées, à savoir les normes d'entreprise à vocation globale. Pour autant, les autres normes privées ne sont pas exclues de la théorie du droit sans Etat ; elles sont seulement exclues du droit *global* sans Etat, car l'organisation (la structure, le réseau ?) leur fait défaut. En revanche, le fondement théorique, à savoir la possibilité de création de droit par la société civile – acteurs économiques et acteurs civiques – leur est pleinement applicable.

C. Droit sans Etat et critère du juridique

Revenons sur une question théorique que nous n'avons fait pour l'instant qu'évoquer : si l'on considère comme acquise l'éventualité de la juridicité des normes privées dans le cadre de la théorie du droit sans Etat, comment distinguer les normes qui acquerront un statut juridique de celles qui resteront du domaine de la régulation sociale ? La théorie du droit sans Etat ne permet pas d'échapper à la question du

⁵⁸⁷*Ibid.*, p. 8. Ces critères apparaissent lors d'une 'second-order observation'.

critère du juridique, car elle n'implique pas que toute norme, quelle qu'elle soit, soit du Droit.

Pour Günther TEUBNER, la distinction ne doit pas être recherchée dans les attributs traditionnels de la « règle ». Opérant un changement de perspective de la norme vers le « procédé », il place le critère du juridique non dans la norme elle-même, mais dans le discours (ou contexte) dans lequel elle s'insère :

“In the switch from structure to process, the central elements of a legal order are énoncés, communicative events, legal acts and not legal rules. It has proved hopeless to search for a criterion delineating social norms from legal norms. The decisive transformation cannot be found in the inherent characteristics of the rules, but in their insertion in the context of different discourses⁵⁸⁸”.

Le cœur de ce discours, ce qui le rend juridique et permet de le distinguer d'autres tendances sociales est un code, que TEUBNER appelle le « code binaire légal/illégal » :

“It is the implicit or explicit invocation of the legal code which constitutes phenomena of legal pluralism, ranging from the official law of the state to the unofficial laws of world markets⁵⁸⁹”.

“It is neither structure nor function but the binary code which defines what is the ‘legal proprium’ in local or global legal pluralism⁵⁹⁰”.

En d'autres termes, une norme est juridique lorsqu'elle s'insère dans un système qui se définit lui-même comme légal, qui établit lui-même une frontière entre lui et les autres systèmes de normes. Cette légalité à laquelle il est fait référence n'est pas la légalité étatique (sous peine de retomber dans une vision positiviste) mais une légalité propre aux acteurs privés, rendue possible par l'approche pluraliste. Elle permettrait, selon TEUBNER, de filtrer les normes juridiques privées afin de les séparer des « conventions sociales » et « normes morales ».

Dans cette vision, la norme privée définit donc elle-même sa validité⁵⁹¹. Cette vision est à rapprocher du concept d'autopoïèse, récurrent dans l'œuvre de TEUBNER⁵⁹², qui

⁵⁸⁸“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society”, in TEUBNER (G.) (Ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney, 1997, p. 13.

⁵⁸⁹*Ibid.*, p. 14.

⁵⁹⁰*Ibid.*, p. 15.

désigne la capacité d'un système de se reproduire à partir de ses propres éléments⁵⁹³. Dans cette conception, le droit est un système autopoïétique de second degré dont les « éléments sont des communications sur les valeurs de légalité/illégalité et se reproduisent en tant qu'actions juridiques par l'intermédiaire d'autres actions juridiques⁵⁹⁴ ». Dans la conception autopoïétique du droit, le « critère du juridique » ou plutôt le processus d'acquisition de la juridicité est l'application du code binaire droit/non-droit. Ce « code juridique » est « l'instrument imparable et universel d'une 'naturalisation' des événements ambiants en événements du système. Le code du droit transforme, en la jugeant, toute communication en communication juridique⁵⁹⁵ ». Cette vision permet d'entrevoir un élément dont il sera plus longuement question dans la section suivante : l'importance de la volonté des acteurs dans la détermination du statut des normes qu'ils créent, notamment dans leur qualification de juridique ou non-juridique. Elle appelle cependant deux remarques.

Tout d'abord, le droit sans Etat tel que l'envisage TEUBNER présuppose l'appartenance de la norme à un système fermé et autonome⁵⁹⁶, d'un réseau capable de s' « auto-produire », c'est-à-dire de définir son identité par lui-même à partir de ses composantes et indépendamment des systèmes qui l'entourent. La juridicité d'une norme ne peut donc être établie que dans le cadre du système auquel elle appartient et dont on aurait préalablement établi le caractère de système juridique. Plus exactement, dans les termes de la théorie de l'autopoïèse, le système juridique acquiert son autonomie par son autolimitation sur la base du code binaire droit/non-

⁵⁹¹ Ou, selon les termes de l'auteur, sa propre légitimité, *ibid.*, p. 18. Voir sur ce point J. CLAM, *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, PUF, 1997, p. 270-271 : « La légitimation du système juridique ne s'acquiert désormais que par la fiction légale d'une validité positive de ses normes *maintenue en dehors de toute référence axiologique*. [...] Tout essai de fondation de la validité du droit dans une métanorme bloque le système qui doit être compris – dans sa positivité – comme une « machine historique » qui se transforme en une autre machine avec chaque opération qu'elle effectue. Dès lors c'est le *temps* qui constitue l'unique et inéluctable fondement de la validité. Le report de la légitimation d'une instance hiérarchiquement supérieure vers le temps permet de faire l'économie d'une 'légitimation normative de la validité' ».

⁵⁹² Voir notamment G. TEUBNER, *Le droit : un système autopoïétique*, PUF, Paris, 1993, 296 p.

⁵⁹³ Voir la définition de H. MATURANA citée par TEUBNER, ouvrage précité, p. 39-40 : « L'organisation autopoïétique tire son caractère unitaire d'un réseau de composantes, qui : 1/ collaborent récursivement à former le réseau de production dont elles sont issues elles-mêmes, et qui 2/ réalisent ce réseau comme une unité dans l'espace où elles se trouvent ».

⁵⁹⁴ Également, TEUBNER (G.), *Le droit : un système autopoïétique*, PUF, Paris, 1993, 296 p., p. 4 : « Le droit serait un système autopoïétique de second degré qui acquiert, vis-à-vis de la société globale – prise comme système autopoïétique de premier degré – une clôture opérationnelle autonome. Celle-ci résulte, dans le cas du droit, de la constitution autoréférentielle des composantes systémiques, et de leur connexion au sein d'un hypercycle proprement juridique ».

⁵⁹⁵ J. CLAM, *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, PUF, 1997, p. 269.

⁵⁹⁶ Tout système autopoïétique est nécessairement autonome. Voir par exemple chez LUHMANN, le concept de « clôture opérative » du système juridique ('operative Geschlossenheit'), N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, p. 44. Voir également J. CLAM, *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, PUF, 1997, p. 250. Cette « clôture opérative » est cependant à distinguer d'une isolation d'un système juridique de son environnement. CLAM, p. 267.

droit ou légal/illégal⁵⁹⁷ (voir *supra*). Pour les normes privées, cela implique tout d'abord qu'elles fassent partie d'une forme d'organisation, ce qui, étant donné la diversité des normes privées, peut ne pas être toujours le cas⁵⁹⁸ et ensuite que cette organisation soit un système autonome⁵⁹⁹. Or, à la différence de la *lex mercatoria* citée en exemple par TEUBNER, les normes privées n'ont pas pour vocation de créer un système global de normes, mais sont applicables de manière ponctuelle et non coordonnée. Il est d'ailleurs intéressant de noter que TEUBNER lui-même reconnaît comme le « point faible » de la *lex mercatoria* le fait qu'elle soit constituée d'« épisodes » reliés entre eux par de faibles « liens communicatifs ». Ces liens, censés faire d'elle un système (associations privées produisant des contrats-types, arbitrage), font face à des « obstacles structurels » :

“Thus, the chances that an autonomous legal evolution of lex mercatoria will occur are rather slim. While legal variation and selection mechanisms are indeed in place, its stabilization mechanism is so underdeveloped that, in the foreseeable future, the development of this law will follow the ‘external’ evolution of the economic system but fail to develop an ‘internal’ evolution of its own⁶⁰⁰”.

Ceci nous amène à notre deuxième observation, qui porte sur le fait que la théorie du droit global sans Etat semble élaborée essentiellement par référence aux processus économiques (tels que le contrat) et aux marchés. Or, il existe des normes privées dont la vocation n'est pas de participer (du moins directement) aux activités économiques – on pense ici aux normes élaborées par les ONG qui servent de *référence* aux acteurs économiques, mais ne constituent pas en elles-mêmes un acte économique. On peut dès lors se demander si la théorie du droit sans Etat est transposable au domaine extra-commercial, notamment aux normes environnementales et sociales où les divergences de perception entre les acteurs (et les Etats) impliqués semblent beaucoup plus importantes que lorsqu'il s'agit de définir des règles communes régissant les modalités des échanges internationaux. En d'autres termes, alors que les intérêts de la « société globale des marchands » semblent pouvoir faire l'objet d'un consensus et donc d'un droit global, les acteurs

⁵⁹⁷CLAM, *ibid.*, p. 268 s.

⁵⁹⁸ On pense aux codes d'entreprises qui ne s'inscrivent, *a priori*, dans aucun système.

⁵⁹⁹ Ce système doit posséder, pour être juridique, une « capacité de reconnaissance de soi » (l'expression est de J. CLAM, p. 273), ce que l'on peut mettre en doute dans le cas des normes privées.

⁶⁰⁰G. TEUBNER, “Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society”, in TEUBNER (G.) (Ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney, 1997, 305 p., pp. 3-28.

promouvant les questions environnementales et sociales semblent trop disparates pour pouvoir être qualifiés de « société » et les règles qu'ils élaborent trop hétérogènes pour être qualifiées de droit global. Celui-ci suppose une unité qui fait défaut dès que l'on s'écarte de la sphère purement économique.

D. Remarques : l'hypothèse du pluralisme et l'illusion du non-droit

Deux remarques finales s'imposent, qui font toutes deux apparaître les limites de l'hypothèse du pluralisme juridique. La première porte sur l'« illusion du pluralisme » dénoncée par M. DELMAS-MARTY, la seconde sur l'hypothèse du non-droit du Doyen CARBONNIER.

1. « La grande illusion du pluralisme »

M. DELMAS-MARTY, suivant l'exemple de CARBONNIER, dénonce « la grande illusion » résultant du fait que le pluralisme « *se heurtait jusqu'à présent au fait que le droit étatique finissait toujours par l'emporter*⁶⁰¹ ». Il s'agit en effet de dénoncer une lutte inégale dans laquelle ce n'est pas « *droit contre droit, mais sous-droit contre droit*⁶⁰² ». Toute théorie pluraliste doit donc éviter le piège de la persistance d'une hiérarchie implicite des normes ou, en d'autres termes, le piège d'un recours persistant au modèle pyramidal si profondément ancré dans les traditions juridiques occidentales. DELMAS-MARTY dénonce aussi une illusion inversée, « l'illusion du relativisme », qui « *se heurte aujourd'hui au fait que, malgré la discontinuité apparente des ensembles normatifs, l'autonomie parfaite n'existe pas*⁶⁰³ ». Le droit sans Etat doit par conséquent veiller à ne tomber dans aucun de ces extrêmes s'il veut saisir la réalité des normes privées, car celle-ci n'est ni celle d'un sous-droit, ni celle d'un corps de droit entièrement autonome, ainsi que nous allons le montrer dans la section suivante.

2. L'hypothèse du non-droit

Dans *Flexible Droit*, CARBONNIER invoque « l'hypothèse du non-droit », définie de manière générale comme « *l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation à s'appliquer*⁶⁰⁴ ». Cet état ne désigne pas le

⁶⁰¹ Cours sur « le relatif et l'universel », p. 2.

http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL12948_res0304delmasmarty.pdf, L'auteur cite la formule de CARBONNIER selon laquelle le pluralisme « croit avoir filmé le combat entre deux systèmes de droit, mais ce qu'il montre est un système juridique aux prises avec l'ombre d'un autre », *Sociologie juridique*, p. 361.

⁶⁰² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, p. 361.

⁶⁰³ Cours sur le relatif et l'universel, p. 2.

⁶⁰⁴ J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, pp. 25-26.

« vide absolu de droit » mais « une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique⁶⁰⁵ ». Le non-droit est à distinguer de « l'anti-droit » (ou droit injuste) et du « sous-droit » (ou phénomènes infra-juridiques), tous deux phénomènes de droit positifs.

L'hypothèse du non-droit part du constat de la coexistence entre le droit et d'autres systèmes de normes. L'étude de CARBONNIER ne porte pas sur la forme ou le contenu de ces autres normes, mais sur l'*absence* de droit conçue comme un *mouvement* du droit au non-droit : « *Le non-droit, en ce qu'il a de plus significatif, est le retrait ou la retraite du droit*⁶⁰⁶ ». L'étude porte par conséquent sur « les mécanismes par lesquels le droit se retire ».

Le non-droit peut se présenter comme une donnée sociale (auto-limitation du droit, auto-neutralisation ou résistance du fait au droit) ou comme un choix individuel (choix diffus ou choix organique). Sans plonger dans l'évaluation sociologique des relations entre droit et non-droit (rapport hiérarchique et rapport chronologique), nous pouvons essayer d'évaluer la pertinence de l'hypothèse au regard des normes privées. Les exemples de CARBONNIER sont essentiellement tirés du droit de la famille, mais rien n'interdit de penser que le retrait du droit est également observable dans le domaine commercial. Ce sont les hypothèses de l'auto-limitation du droit et du choix individuel organique qui ont pour l'essentiel retenu notre attention. Si l'on transpose la première au droit international, on pourrait penser que cette auto-limitation ne découle pas d'une volonté spécifique, mais de la nature même du droit international qui n'a pas (pas encore) vocation à s'appliquer aux détails des relations commerciales entre fournisseur et acheteur. La deuxième hypothèse implique que la situation de non-droit (ici le recours à une norme privée) résulte d'un choix individuel. Selon nous ce choix n'est pas « diffus » (volonté implicite de tenir le droit à l'écart), mais « organique », c'est-à-dire qu'il exprime la volonté expresse de choisir le non-droit comme alternative au droit, d'avoir recours à « *une sorte de shadow-institution dont les structures sont similaires quoique plus floues*⁶⁰⁷ ». Pour les normes privées, cela implique qu'elles soient conçues et appliquées dans le but de créer un espace normatif plus souple que celui du droit et avec la volonté expresse de profiter de tous les

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁰⁶ *Flexible Droit*, p. 27.

⁶⁰⁷ J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, p. 34.

avantages que celui-ci présente (souplesse, rapidité, malléabilité, attributs utiles dans les relations commerciales internationales).

C'est d'ailleurs dans la catégorie du non-droit que Jean-Guy BELLEY place le concept d' « ordre privé » en lui reconnaissant toutefois des liens très étroits avec le droit étatique sous la forme d'une constante interaction :

« Les normes informelles, les règles morales, les croyances partagées qui ont cours au sein d'une organisation, d'un groupe ou d'un réseau d'acteurs y participent à la régulation des attentes et des conduites en interaction avec les règles formelle ou officielles. Les détenteurs de l'autorité au sein des ordres privés (...) prennent acte de cette incontournable internormativité plus facilement et plus opportunément que les gestionnaires de l'Etat. Parce qu'ils n'ont pas à soutenir idéologiquement la souveraineté de la juridicité officielle. Surtout parce que leur préoccupation première est de mobiliser toutes les ressources, y compris celles de la normativité et de ses différentes espèces, pour l'accroissement optimal du rendement organisationnel ou collectif⁶⁰⁸ ».

Ainsi, non seulement le non-droit présente certains avantages par rapport à la normativité étatique, mais il peut également résulter d'un choix conscient lié à un souci d'organisation et de rendement.

Par conséquent, il n'est sans doute pas utile de vouloir à tout prix soumettre les normes privées à la sphère du juridique, avec l'arrière-pensée de vouloir, à toute force, justifier leur légitimité. Ce serait précisément retomber dans les travers des théories positivistes, qui ne voient que dans le droit la forme légitime de la régulation sociale. Laissons donc aux normes privées le bénéfice du doute. Peut-être est-il plus utile de s'interroger sur les modalités pratiques de leurs rapports avec l'autorité étatique que de spéculer sur la nature théorique de leur juridicité.

Section 2. « Juridicisation »

A la différence de la réflexion sur la juridicité des normes privées qui porte sur leur valeur intrinsèque, sur la possibilité de leur reconnaître une valeur juridique « en

⁶⁰⁸ J.-G. BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in D. MANAI, R. ROTH et J. KELLERHALS (Eds.), *Pour un droit pluriel. Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Genève, 2002, p. 144.

l'état », sans aucune manipulation ni modification, la réflexion sur leur juridicisation met en évidence le fait que, dans de nombreux cas, la question de la juridicité se trouve résolue (*a priori* ou *a posteriori*) par l'intégration plus ou moins officielle des normes privées à la sphère juridique « classique » (ou étatique), par des mécanismes à la valeur plus ou moins reconnue. Le pluralisme juridique s'applique ici non à la définition des sources, mais à la définition des mécanismes de production du droit ; conçue non comme une théorie statique des sources, le pluralisme est appréhendé ici de manière dynamique par l'examen des rapports entre les normes privées et les normes étatiques⁶⁰⁹. Ceci implique une réflexion sur le rôle de l'Etat face aux « nouvelles formes de régulation » dont les normes privées sont caractéristiques.

Ces mécanismes peuvent être classés en deux catégories : ceux relevant de la réception en droit par le biais de la référence aux normes privées ou « juridicisation *a posteriori* » (A) et ceux relevant d'une coopération normative lors de la phase d'élaboration des normes privées ou « juridicisation *a priori* » (B). Par ailleurs, il existe une « voie indirecte » d'accession à la juridicité des normes privées, par l'influence qu'elles exercent sur le droit étatique national, voire sur le droit international (C).

Une remarque préliminaire d'ordre sémantique s'impose cependant quant à l'utilisation de l' « affreuse expression⁶¹⁰ » qu'est la « juridicisation ». Nous l'utilisons ici, faute de mieux, uniquement pour désigner les mécanismes permettant à une norme non-juridique de passer dans le domaine juridique, en général grâce à (ou à cause de) la participation de l'autorité étatique. Nous n'entendons pas la

⁶⁰⁹ Par cette conception dynamique du pluralisme, nous nous rapprochons de la vision de Jean-Guy BELLEY, qui replace la notion dans le cadre historique des évolutions des Etats et des marchés au siècle dernier et pour lesquelles il constate « une horizontalisation de la juridicité étatique qui s'arrime à une verticalisation de la juridicité non étatique ». Ce dont il conclut que :

« la privatisation de l'espace public conçu de façon plus fonctionnelle et la publicisation du marché privé conçu de manière plus territoriale sont les deux vecteurs principaux du nouveau pluralisme juridique. La pluralité et l'interpénétration des modes de régulation (intégration, coordination, coopération) dans la gestion interne de l'Etat et des autres organisations, comme dans l'ajustement stratégique de leurs interactions, ont rendu obsolète l'idéologie classique d'un droit public forcément autoritaire et d'un droit privé nécessairement libéral ».

J.-G. BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in D. MANAI, R. ROTH et J. KELLERHALS (Eds.), *Pour un droit pluriel. Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Genève, 2002.

⁶¹⁰ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Kluwer Editions Juridiques Belgique et LGDJ, Paris, 1994, p. 51.

juridicisation au sens que lui donne TEUBNER de profusion du droit entraînant une « pollution juridique » ou « pollution par le droit »⁶¹¹.

§ 1. Réception

Pour ceux qui considèrent que la sanction est le critère du juridique, et entendent par « sanction » non la coercition mais la réception dans un système juridique donné⁶¹², les mécanismes que nous allons décrire constituent la condition de la juridicité d'une norme. Cette réception peut se faire par incorporation – réception directe (A), ou par renvoi – réception indirecte (B). Dans les deux cas, la norme privée « reçue » dans un ordre juridique donné perd son caractère privé pour devenir étatique (et sort par là-même du champ de cette étude).

A. Incorporation

L'incorporation par le droit étatique peut être le fait de la loi ou d'une décision judiciaire. Dans le premier cas, la norme privée est reprise intégralement par le texte législatif et devient obligatoire au même titre que ses autres dispositions. L'inconvénient de cette technique est qu'en raison de la nature évolutive des sujets traités par les normes privées (notamment celles à consonance technique, par exemple qui définissent un seuil maximum de résidus), la reprise par la loi prive la norme de sa flexibilité. Modifier la norme impliquerait alors de modifier la loi. Pour cette raison, la technique du renvoi est en général préférée à celle de l'incorporation⁶¹³ (voir *infra*).

Pierre TRUDEL identifie également une hypothèse d' « intégration implicite » des normes privées par la voie des « standards » juridiques de bonne conduite⁶¹⁴. Ainsi, si un texte législatif fait référence à la « haute qualité » d'un produit, l'interprète de cette notion devra sans doute aller chercher dans les normes privées le sens qui lui est dévolu dans un secteur particulier d'activité. Mais, ainsi que le précise TRUDEL, « *c'est cependant un choix que fait ce dernier car nulle part il n'est prescrit d'avoir*

⁶¹¹ L'auteur fait référence aux débats sur « l'explosion juridique », la « crise régulatrice » ou la « délégalisation » et au phénomène de croissance qu'elles impliquent.

⁶¹² Par exemple L. BOY, « Normes », p. 3 : « *Lorsque l'on dit que le critère du juridique réside dans la sanction, il faut prendre le mot sanction dans son sens substantiel, à savoir la prise en compte formelle de comportements par le droit, de telle sorte que, si le droit est toujours sanctionné, il n'est pas toujours assorti de sanctions répressives* ».

⁶¹³ Voir P. TRUDEL, « Les effets de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Vol. 19/2, 1989, p. 269.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 269 s.

*recours aux textes et préceptes volontaires afin de dégager le sens que doit revêtir le standard dans une situation donnée*⁶¹⁵ ».

Plus rarement, les normes privées peuvent être « incorporées » par le juge s'il leur reconnaît « un certain rôle comme révélateur des usages généralement suivis⁶¹⁶ ».

TRUDEL met cependant en garde contre une confusion des genres :

*« Les normes volontaires n'équivalent pas nécessairement aux usages. Ce sont, d'abord et avant tout, des normes qui expriment des commandements, tandis que les usages sont des actions répétées pendant un certain temps ne se révélant, en fin de compte, que par l'observation ou l'habitude. Il ne faut donc pas confondre normes volontaires et usages*⁶¹⁷ ».

Pour G. FARJAT, les codes de conduite peuvent comporter l'énoncé d'usages « étant entendu qu'à la différence des usages traditionnels, il s'agit ici d'usages qu'on veut créer⁶¹⁸ ». De toute évidence, les hypothèses de « reconnaissance judiciaire rétrospective⁶¹⁹ » de ces usages sont peu fréquentes car, en raison de leur application souvent ponctuelle, il est difficile d'établir l'accession d'une norme privée au stade d'usage.

Un cas particulier d'incorporation par la jurisprudence est la doctrine de la « State Action » développée par la Cour Suprême des Etats-Unis à partir des années 1940. Cette doctrine permet de traiter une norme privée comme un acte étatique ; elle permet notamment le contrôle de leur constitutionnalité. Devant l'extension de la doctrine dans les années 1960, le besoin a été ressenti de définir plus nettement quel degré d'implication étatique est nécessaire afin de considérer l'acte privé comme un acte public ; les critères de « *clear articulation* » et « *active supervision* » ont ainsi été élaborés. Ils permettent de déterminer que l'acte en question résulte d'une volonté étatique et est soumis à un contrôle effectif de la part de l'Etat.

Il n'est pas interdit de penser que l'Organe de règlement des différends pourrait également endosser ce rôle d'incorporation, si l'occasion s'en présente.

⁶¹⁵*Ibid.*, p. 271.

⁶¹⁶TRUDEL (P.), « Les effets de l'autoréglementation », p. 277.

⁶¹⁷*Ibid.*

⁶¹⁸G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in CLAM (J.), MARTIN (G.) (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 161.

⁶¹⁹F. CAFAGGI, « New Foundations of Transnational Private Regulation », in SCOTT (C.), CAFAGGI (F.), SENDEN (L.) (Eds.), *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, Wiley-Blackwell, Malden USA/Oxford UK, 2011; *Journal of Law and Society*, Vol. 38/1, p. 22. Sur la possibilité de « juridiciser » les codes d'entreprise, voir également L. Boy, « Normes », p. 11 : « *En cas de conflit le juge ou l'arbitre aura l'occasion de juridiciser le code et de le rendre obligatoire* ».

B. Renvoi

Une seconde technique de réception, plus flexible que l'incorporation, est le renvoi explicite à un texte ou corpus de normes par le législateur. L'avantage de cette technique est de prendre en compte les variations auxquelles sont sujettes les normes qui font l'objet du renvoi. Comme pour l'incorporation, les normes privées deviennent alors obligatoires pour les sujets soumis à la loi.

Un cas particulier de renvoi est, au niveau international, la reconnaissance des normes privées par les organisations internationales. On peut citer la reconnaissance des normes ISO en tant que normes internationales reconnues dans le cadre de l'Accord TBT ou l'éventualité de reconnaissance de normes de RSE par l'OIT. Ces normes deviennent alors contraignantes dans le champ d'application de cette organisation (dans la mesure prévue par les accords)⁶²⁰.

§ 2. Coopération

Par coopération normative, nous entendons toutes les formes de régulation impliquant des acteurs publics et des acteurs privés, dans une relation de complémentarité. Les normes qui en résultent ne sont pas issues d'une édicition unilatérale, mais d'un processus de collaboration. La coopération normative est susceptible de *degrés* : la participation respective des différents acteurs varie en fonction du type de processus envisagé. Ainsi, la part de l'Etat dans l'élaboration des normes peut être plus ou moins grande.

L'incitation constitue, du point de vue de l'Etat, le « degré zéro » de la collaboration normative, puisqu'il ne participe pas directement à l'élaboration de la norme mais pèse sur le *choix* de l'acteur privé ; il joue en quelque sorte le rôle de déclencheur du processus de normalisation. Cette forme de régulation n'implique aucune redistribution des pouvoirs normatifs (A). La délégation, elle, implique un transfert de la part de l'Etat de son pouvoir normatif à un organisme privé. Bien qu'il ne participe pas directement à l'élaboration de la norme, il s'y implique à travers la formulation expresse de sa volonté de la déléguer à un acteur privé (B). Enfin, le « droit négocié », situé entre ces deux extrêmes, suppose un *partage* du pouvoir normatif entre tous les acteurs concernés (C).

⁶²⁰ F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", *op. cit.*, p. 42.

A. *Incitation à l'autoréglementation*

L'incitation a généralement pour objet l'autorégulation, ou auto-réglementation, des entreprises. L'Etat peut en effet estimer que la coïncidence entre régulateur et entité régulée plus efficace ou plus légitime pour une certaine norme et inciter les entités en question à produire leurs propres normes ; on parle alors d'autorégulation « provoquée » ou « dirigée⁶²¹ ». L'incitation des entreprises à l'auto-réglementation peut être plus ou moins « intense », voire plus ou moins formalisée. Allant de la suggestion à « l'épée de Damoclès⁶²² », elle laisse aux organismes privés une marge de manœuvre plus ou moins importante selon les situations. L'incitation repose cependant presque toujours sur une menace : l'application d'un droit étatique obligatoire assorti de l'éventualité d'une sanction répressive en cas d'inaction de la part de l'organisme privé. Cette menace peut être explicite ou implicite.

Lorsque la menace est implicite, c'est la seule existence d'une loi (plus défavorable) qui incite l'acteur privé à agir. TEUBNER nomme « négociation à l'ombre de la loi » (*'bargaining in the shadow of the law'*) la situation dans laquelle « *la seule existence d'un droit matériel et de sa menace de sanction assigne aux acteurs, privés ou publics, des positions de négociation qui se répercutent en dernière analyse sur le résultat de la négociation* »⁶²³. Ici ce n'est pas uniquement la position d'un acteur qui est influencée mais, de manière plus concrète, sa décision de s'autoréguler et son « passage à l'action ». Une menace implicite existe également si l'Etat subordonne la délivrance d'une autorisation à la preuve de l'existence d'un régime privé.

La menace peut également être explicite. Dans ce cas il s'agit soit de la promesse d'avantages par l'Etat, soit de la menace « *d'adopter une réglementation étatique plus défavorable, dans l'hypothèse où les milieux privés concernés ne seraient pas en mesure de s'autoréguler*⁶²⁴ ». Comme l'explique A. FLÜCKIGER, cette menace peut être diffuse ou formalisée ; dans cette dernière hypothèse, le législateur exprime par une loi sa volonté de « provoquer activement la constitution de réseaux entièrement

⁶²¹ Voir A. FLÜCKIGER, « L'autorégulation provoquée ou la loi 'Damoclès' : une forme de corégulation en droit suisse », in BERGEL (J.L.), (Dir.), *Le plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique, Aix-en-Provence, 4-6 Septembre 2003, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 321.

⁶²² Le terme est de FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 322.

⁶²³ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Kluwer Editions Juridiques Belgique et LGDJ, Paris, 1994, p. 90.

⁶²⁴ FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 322.

régulés de manière autonome, gouvernant ainsi de manière indirecte⁶²⁵ ». C'est ce que cette auteur appelle une 'loi Damoclès' car « *le législateur suspend là une épée de Damoclès sur la tête des acteurs privés, ne les obligeant pas juridiquement à s'autoréguler, mais les y contraignant en fait*⁶²⁶ ». En effet, le législateur « *adopte par anticipation une réglementation de substitution applicable uniquement dans l'hypothèse où le secteur privé concerné ne se serait pas révélé capable d'instaurer un régime autonome de réglementation privée*⁶²⁷ ». La loi en question est une loi cadre⁶²⁸ qui fixe les objectifs de politique publique et accorde une marge de manœuvre aux acteurs privés quant aux moyens de les mettre en œuvre.

Une telle loi a pour effet d'ancrer dans le domaine juridique des comportements privés, à la différence d'une simple démarche conventionnelle telle qu'un « *gentlemen's agreement* » entre l'Etat et l'acteur privé. Pour FLÜCKIGER, elle est l'expression des principes de proportionnalité (en ce que les normes privées constituent un moyen moins « intrusif » d'atteindre l'objectif visé) et d'efficacité (en ce qu'elles permettent d'atteindre ce but plus rapidement).

En ce qu'elle définit uniquement le cadre de l'action privée (la réglementation étatique étant subsidiaire), la loi d'incitation relève du domaine de ce que l'on a appelé l' « Etat réflexif » ou « Etat procédural ». Dans cette hypothèse le rôle de l'Etat est uniquement de définir les conditions de l'action privée.

L'auto-réglementation « provoquée » s'oppose ici à l'auto-régulation spontanée et fait entrer les normes privées dans le domaine des politiques publiques. Alors que la forme reste la même, la *volonté* se déplace des acteurs publiques vers les acteurs privés ; la décision d'adopter les normes privées n'est plus volontaire qu'en théorie.

B. Délégation

La délégation est le transfert du pouvoir normatif d'une entité publique à une entité privée. Elle peut être plus ou moins 'institutionnalisée'. Elle peut résulter d'une obligation légale⁶²⁹ explicite ou implicite, ou alors être de nature contractuelle. Elle peut être le fait d'un Etat ou d'une organisation internationale.

⁶²⁵FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 321.

⁶²⁶*Ibid.*, p. 322.

⁶²⁷*Ibid.*

⁶²⁸*Ibid.*, p. 328.

⁶²⁹A. FLÜCKIGER p. 321.

On peut citer notamment la législation européenne sur la qualité des aliments qui impose aux professionnels de produire des aliments sans risque et de « *procéder à des contrôles prouvant qu'elles ont intégré des mesures de qualité alimentaire dans leur gestion* ». Pour reprendre les termes de G. SMITH⁶³⁰ :

« L'approche de contrôle largement prescriptif a été abandonnée au profit d'une démarche d'autoréglementation, les instances réglementaires imposant aux entreprises agroalimentaires de définir et de mettre en œuvre leurs propres règles et procédures internes pour atteindre les objectifs qui leur ont été fixés. Il appartient ensuite aux autorités réglementaires d'approuver ces règles internalisées et d'en contrôler la bonne application⁶³¹ ».

Pour cet auteur, la même tendance peut être observée aux Etats-Unis, où le législateur accorde une marge de manœuvre importante aux producteurs par le biais d'obligations de résultat.

Remarque. La délégation du pouvoir normatif est à distinguer d'une délégation de responsabilités par l'Etat aux acteurs privés. Ainsi notamment dans le domaine du contrôle de qualité, il est de plus en plus fréquente que les autorités publiques s'en remettent aux acteurs privés sur la base d'une « convention d'autocontrôle⁶³² » par laquelle un importateur s'engage à effectuer les inspections et contrôles de qualités nécessaires, alors que l'Etat veille uniquement au respect de leurs engagements par les parties concernées (réalisation des autocontrôles). Alors que cette délégation de responsabilités témoigne d'une coordination croissante entre les actions publiques et privées, elle ne concerne pas le statut juridique des normes privées, en particulier le passage d'une norme privée au statut de norme étatique. C'est au niveau de l'attribution d'une conduite à l'Etat que l'étude de cette forme de coopération est intéressante⁶³³ – l'attribution n'impliquant pas la perte de son caractère « privé » par une norme.

⁶³⁰ G. SMITH, « Interactions entre normes publiques et privées dans la filière alimentaire », Editions OCDE, p. 22.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² Il s'agit d'accords négociés « entre les différents acteurs de la distribution et l'instance collective les représentant, *puis approuvée par les autorités publiques* ». G. SMITH, « Interactions entre normes publiques et privées dans la filière alimentaire », Editions OCDE, p. 22. Nous soulignons.

⁶³³ Voir sur ce point PARTIE 2.

C. Droit négocié ?

Les normes privées peuvent-elles être élaborées dans le cadre de négociations impliquant le législateur étatique ? Le « droit négocié » est un droit issu d'un processus associant différentes parties, publiques comme privées et dont le but est de mettre en place, sur une base consensuelle, un instrument normatif destiné à réaliser un objectif commun. L'exemple-type du droit négocié est issu du droit du travail. Il se rencontre également en droit de l'environnement⁶³⁴. Il est susceptible de manifestations diverses, allant de la simple consultation d'acteurs intéressés à leur association à la prise de décision.

Il peut être malaisé de distinguer le droit négocié des autres formes de coopération normative, car l'instrument négocié s'inscrit en général dans le cadre d'une politique publique. Pour certains, il n'est qu'un instrument de régulation à la disposition du législateur étatique et les normes qu'il produit n'ont aucun statut juridique autonome⁶³⁵. Le droit négocié apparaît cependant comme la forme de production du droit caractéristique du réseau.

Il existe peu d'exemples de négociations directes entre un Etat ou une organisation internationale et les auteurs des normes privées. L'Etat peut cependant participer à l'élaboration de normes hybrides par le biais de son organisme de normalisation : ainsi la norme OHSAS 18001a été élaborée par négociation entre plusieurs organismes nationaux de normalisation, des organismes de certification et des agences de consultants⁶³⁶. Quelles conclusions la participation d'organismes nationaux permet-elle de tirer quant à la juridicité de la norme ? Il est particulièrement difficile de répondre à cette question dans le cas d'une norme hybride telle que OHSAS, élaborée par des organismes nationaux et privés et dont la vocation est internationale. Elle ne s'inscrit donc pas dans le cadre d'une politique publique ainsi que ce serait le cas au niveau purement étatique. L'élément de légitimation ou de juridicisation requis par la théorie positiviste fait donc défaut. La norme OHSAS est une illustration des difficultés supplémentaires qui naissent de l'absence de politiques coordonnées au niveau international ; il n'existe en effet aucun point d'ancrage auquel rattacher la juridicité de ce type de norme, bien qu'en

⁶³⁴ Voir par exemple P. LASCOUMES, « Les contrats de branche et d'entreprise en matière de protection de l'environnement en France. Un exemple de droit négocié », in CH.-A. MORAND (Ed.), *L'Etat propulsif*, Publisud, Paris, 1992, pp. 221-235.

⁶³⁵ Voir LASCOUMES, *précité*, qui n'y voit qu'une « technique d'application et d'adaptation » de la législation, pp. 230-231.

⁶³⁶ <http://www.ohsas-18001-occupational-health-and-safety.com/who.htm>

principe rien dans sa forme ni dans son mode d'élaboration n'exclue que la juridicité lui soit reconnue dans le cadre de la théorie pluraliste.

Bilan provisoire. Ces trois modèles de coopération normative sont tous des formes de co-régulation, mais relèvent, si l'on se place dans la perspective des Etats et non des normes privées, d'une vision radicalement différente du rôle de l'Etat dans la régulation des conduites sociales. Alors que l'incitation relève de ce qui a été appelé le modèle de l'Etat « propulsif », la délégation se place du côté de l'Etat « procédural » ou « réflexif⁶³⁷ ». Dans le premier cas, l'Etat « *agi[t] sur la société civile pour l'influencer dans des directions autres que celles qu'elle risquerait d'emprunter sous l'empire des règles spontanées gouvernant les rapports interindividuels*⁶³⁸ » ; dans le second, l'Etat intervient non pour influencer la direction de l'action normative privée, mais pour en définir la cadre procédural, la structure « fixe » dans laquelle viendront s'insérer les normes privées de concrétisation⁶³⁹. Le droit négocié s'inscrit dans cette deuxième tendance, dans laquelle l'Etat « *fait l'apprentissage de la subsidiarité*⁶⁴⁰ », mais à un stade de désengagement moins avancé ; la négociation suppose en effet son implication directe dans le processus de conception et d'élaboration de la norme. Si l'on aborde la question du point de vue d'une « mise en relation des acteurs concernés », l'Etat propulsif apparaît fondé sur des « programmes finalisés » alors que l'Etat réflexif s'appuie sur des « programmes relationnels ».

En termes de juridicité, il est clair que le droit « propulsif » reste le plus conforme à une conception positiviste du Droit : les normes privées ainsi « juridicisées » sont considérées comme du droit au regard de la théorie positiviste des sources car elles sont endossées par l'Etat, seule institution dotée du pouvoir de créer du droit.

⁶³⁷ Ce dernier qualificatif est utilisé par les théoriciens de l'autopoïèse pour insister sur le fait que « *le droit s'identifie lui-même comme un système autopoïétique, élément d'un monde constitué de systèmes autopoïétiques, et en tire des conséquences opérationnelles* », G. TEUBNER, *Le droit : un système autopoïétique*, PUF, Paris, 1993, pp. 109-110). Mais la théorie de l'Etat réflexif repose bien sur une acception procéduraliste du droit qui « *se fonde précisément sur des vertus secondaires et procédurales, telles que la volonté de conserver une pluralité d'options dans l'action, ou la recherche d'une base de compatibilité en cas de dissensions (...)* », K.-H. LADEUR, cité par TEUBNER p. 107). Cette procéduralisation du droit implique selon TEUBNER que le droit se contente de « *régler l'organisation, les procédures et la redistribution des conséquences de régulation, au lieu de proposer directement des normes de conduite sociale* » G. TEUBNER, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Kluwer Editions Juridiques Belgique et LGDJ, Paris, 1994, p. 90.

⁶³⁸ CH.-A. MORAND, « Préface à l'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat » in CH.-A. MORAND (CH.-A.) (Ed.), *L'Etat propulsif*, Publisud, Paris, 1992, p.5.

⁶³⁹ Voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 152, selon lesquels le rôle de l'Etat est ici de « *se borner à favoriser la négociation entre 'partenaires sociaux', se contentant de leur indiquer l'objectif qu'il serait souhaitable d'atteindre en tentant une certaine mise en concordance des compromis négociés au sein des divers secteurs sociaux* ».

⁶⁴⁰ L'expression est de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 152.

Juridiques au sens positiviste du terme, les normes privées le seront *a fortiori* aussi au sens de la théorie pluraliste, mais elles relèveront alors du droit étatique et non des autres systèmes ou « nouvelles formes de régulation juridique ». Le statut juridique des normes privées est moins clair dans le cas du droit réflexif car il ne peut être déterminé qu'au cas par cas, en fonction du degré d'implication étatique dans l'élaboration des normes (vision positiviste) ou de la volonté des entités normalisatrices privées de reconnaître les règles qu'elles édictent comme du droit (vision pluraliste).

Transposée dans le milieu international, la juridicité par intégration se retrouve au niveau de certaines organisations internationales qui, par référence expresse aux normes privées, rendent celles-ci applicables à leurs Membres (voir l'exemple des normes ISO et de l'Accord OTC). Le deuxième cas de figure, celui de la procéduralisation du droit, trouve un exemple éclatant au niveau régional avec la « nouvelle approche » du droit communautaire en matière d'harmonisation des normes techniques⁶⁴¹ : seules les exigences essentielles de sécurité font l'objet d'une harmonisation législative, les « organes compétents » de normalisation, y compris les organismes privés, étant chargés de l'élaboration des spécifications techniques.

Une dernière question, dont nous laisserons ouverte la réponse, concerne les formes de coopération où la contribution de l'Etat se borne à un soutien financier à l'organisme auteur de la norme. C'est notamment le cas de la *Ethical Trading Initiative (ETI)*, organisation tripartite rassemblant syndicats, entreprises et ONG et financée depuis son origine par le DFID (*Department for International Development*) du Royaume-Uni⁶⁴². Y a-t-il ici un lien suffisant pour établir l'appartenance d'une norme privée à un programme étatique ? D'un côté l'impact international d'ETI semble s'y opposer, mais d'un autre côté rien n'interdit de considérer que cette norme fait partie de la politique de développement du Royaume-Uni.

641 Voir la Résolution du Conseil 85/C 136/01, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation.

642 S. SCHALLER, "The Democratic Legitimacy of Private Governance. An Analysis of the Ethical Trading Initiative", *INEF Report 91/2007*, Institute for Development and Peace, University of Duisburg-Essen, 2007, p. 24. En 2006 un programme de partenariat a été mis en place entre ETI et le DFID. Renégocié en 2008, le financement accordé pour la période 2008-2011 s'élève à 1,6 millions de livres. Voir <http://www.dfid.gov.uk/work-with-us/funding-opportunities/not-for-profit-organisations/ppas/eti/>

§ 3. *Interactions : phénomènes d'internormativité*

Nous aborderons à présent une forme d'interaction moins tangible que les précédentes, car fondée uniquement sur l'influence mutuelle des systèmes publics et privés, sans que cette influence ne se traduise par une coopération explicite.

L'influence mutuelle des sphères publique et privée est visible à plusieurs niveaux. Pour reprendre la terminologie de F. CAFAGGI, les normes publiques et privées peuvent entretenir un rapport de « compétition », de « coordination » ou d'« hybridation⁶⁴³ ». Dans le premier cas, le contenu de la norme privée s'écarte de la norme publique (par exemple pour fixer un seuil de résidus ou niveau de protection plus élevé)⁶⁴⁴. Il n'y a là a priori aucun lien entre les normes, si ce n'est un possible effet d'« émulation » conduisant la norme la plus « faible » à s'ajuster sur le niveau plus élevé ; il s'agit d'une incitation qui n'est pas nécessairement voulue par son émetteur. Dans ce phénomène, que nous appellerons « rétroaction⁶⁴⁵ », le lien entre les deux normes est trop faible et trop indirect pour justifier un quelconque effet sur la juridicité de la norme privée ; nous serons amenés à l'évoquer ultérieurement, mais ne l'incluons pas dans les développements sur la juridicité. Dans les deux autres cas cependant, l'influence mutuelle est plus tangible ; nous nous demanderons donc si, dans les hypothèses de coordination (A) et d'hybridation (B), l'interdépendance qui se crée entre normes publiques et privées est de nature à affecter la juridicité de ces dernières.

A. Coordination

La coordination implique l'interdépendance de deux systèmes autonomes. Le lien entre ces systèmes réside dans la poursuite d'un but commun, tel que la dissuasion (définition de la « diligence » requise par rapport à certaines normes privées) ou l'augmentation de l'effectivité (recours aux normes privées pour la mise en œuvre d'une politique publique)⁶⁴⁶. Cette stratégie se rapproche de la corégulation, le lien entre normes publique et normes privées étant ici moins intense et surtout, moins formalisé.

⁶⁴³F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", in SCOTT (C.), CAFAGGI (F.), SENDEN (L.) (Eds.), *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, Wiley-Blackwell, Malden USA/Oxford UK, 2011 (*Journal of Law and Society*, Vol. 38/1, p. 18. La quatrième catégorie identifiée par l'auteur, la coopération normative ('*cooperativerule-making*') a déjà été traitée sous la lettre B.

⁶⁴⁴*Ibid.*

⁶⁴⁵ Dans la mesure où il implique une action correctrice.

⁶⁴⁶ Les exemplifions de F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", p. 45.

CAFAGGI associe à la coordination le concept de « complémentarité verticale » entre la *soft law* internationale et les normes privées transnationales⁶⁴⁷. Cette complémentarité peut s'exprimer par la voie contractuelle⁶⁴⁸, notamment dans les chaînes d'approvisionnement agro-alimentaires⁶⁴⁹. Ainsi, dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises, les contrats conclus tout au long de la chaîne d'approvisionnement seraient le moyen de concrétiser les normes de *soft law* contenus dans des instruments internationaux tels que le Global Compact de l'ONU ou les *Lignes Directrices à l'intention des entreprises multinationales* de l'OCDE. Il en va de même dans le domaine environnemental où la reprise des normes ISO 14000 dans les contrats des grandes entreprises avec leurs fournisseurs leur assure une application concrète et dépassant les frontières nationales. Enfin, dans le domaine de la sécurité alimentaire, les contrats incorporent des standards de produit ou de procédé, tels que HACCP (le contrat reprend le code de conduite de l'entreprise qui, lui, peut faire référence à des normes de *soft law* internationales).

B. Hybridation

L'hybridation concerne plus les *mécanismes* que les systèmes : elle consiste en l'utilisation de mécanismes relevant en principe du droit étatique par les organismes privés de normalisation, et de techniques contractuelles par les acteurs publics tels que les organisations internationales⁶⁵⁰. Elle se place au niveau de la structure de l'organisme et non au niveau du contenu des normes.

CAFAGGI identifie plusieurs formes d'hybridation :

- L'utilisation de droits nationaux dans les « chartes » d'organismes privés de normalisation (comme fondement/ ancrage juridique). CAFAGGI cite l'exemple du FSC (*Forest Stewardship Council*), constitué d'une association de droit mexicain et d'une société à responsabilité limitée de droit allemand (*GmbH*) chargée d'accréditer

⁶⁴⁷F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/53, p. 30, http://privateregulation.eu/wp-content/uploads/2010/12/RSCAS_2010_53.final.pdf

⁶⁴⁸ Sur l'importance du contrat comme mécanisme de corégulation, voir P. AMSELEK, « le droit tend à devenir de plus en plus une sorte de technique de 'cogestion' des conduites qui s'inscrit dans un dialogue permanent et complexe entre les gouvernants et les gouvernés eux-mêmes. En ce sens, l'époque actuelle vient assez remarquablement apporter, plus de cent ans après, une confirmation inattendue à la fameuse loi de MAINE qu'on avait reléguée depuis longtemps au musée des idées surannées et selon laquelle la technique juridique évoluerait du 'statut' au 'contrat' » dans « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », p. 152

⁶⁴⁹Voir F. CAFAGGI, "Private Regulation, Supply Chain and Contractual Networks: The Case of Food Safety", *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/10, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13219/RSCAS_2010_10.pdf?sequence=1

⁶⁵⁰F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/53, p. 18.

les organismes certificateurs qui seront chargés d'accorder le label FSC. De la même façon, ISO est une organisation soumise au droit suisse⁶⁵¹.

- L'application de principes de « droit administratif⁶⁵² » aux activités (fonctionnement) des organismes privés (règles de transparence, participation, contrôle judiciaire ou non-judiciaire). Ainsi les règles procédurales réglementant l'élaboration des normes introduites par ISO avaient pour but d'assurer une plus grande transparence et 'accountability'⁶⁵³ (responsabilité) de l'organisation. L'introduction de ce genre de règles est due à des facteurs internes (pressions des parties prenantes de nature sociale ou économique, notamment de la part des ONG), à des facteurs externes (influence de régimes publics externes tels que le Code de conduite de l'Accord OTC mais aussi de régimes privés tels que ceux liés à la RSE⁶⁵⁴) ou, plus rarement, à une décision judiciaire qui demande à l'entité interne de modifier ses règles de procédure interne en raison de la nature publique du processus de normalisation.

Ces interactions sont-elles suffisantes pour assurer la juridicité des normes privées ? Nous ne le pensons pas. Ici aussi, la théorie de l'internormativité a une valeur explicative mais ne permet pas d'établir la juridicité des normes privées. Ceci résulte de la diversité des configurations possibles et du lien plus ou moins étroit qui peut exister entre les normes étatiques et privées.

Une dernière question a été soulevée quant à la nature de ce lien : la régulation privée doit-elle être considérée comme une alternative ou un complément à la réglementation étatique ? Il est généralement considéré qu'il s'agit d'une simple alternative : les normes privées se développeraient là où les normes publiques sont considérées comme insuffisantes. Tout en admettant que dans les faits, les normes privées jouent souvent un rôle de substitution, F. CAFAGGI adopte cependant une approche de « complémentarité institutionnelle » selon laquelle les normes privées, au niveau national et international, ne peuvent exister de manière légitime en l'absence d'institutions étatiques fortes et d'un cadre constitutionnel solide⁶⁵⁵. Cette

⁶⁵¹*Ibid.*, p. 19.

⁶⁵² Au sens d'exigences de transparence et 'due process' auxquelles sont soumises les autorités administratives.

⁶⁵³ F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/53, p. 22.

⁶⁵⁴ CAFAGGI souligne le lien entre hybridation et harmonisation internationale, notamment l'effet en ce sens de la présomption de compatibilité avec le droit de l'OMC pour les normes conformes aux normes internationales. F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/53, p. 23.

⁶⁵⁵ F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/53, p. 38. Pour cet auteur il existe une « corrélation fonctionnelle » entre les normes privées (ou régimes privés) et l'existence / la nature de

complémentarité peut être soit « horizontale » (interaction de régimes publics et privés au niveau transnational, le droit interne pouvant intervenir pour combler d'éventuelles lacunes) soit « verticales » (régimes hybrides intervenant à plusieurs niveaux, par exemple élaboration de la norme au niveau international et mise en œuvre au niveau national). Dans ce dernier cas cependant, un certain degré de coordination est, nécessaire ; la pratique correspond plutôt à la première catégorie, celle de la complémentarité horizontale dans laquelle tout cadre légal commun fait défaut.

Il apparaît donc, en conclusion, que si les mécanismes d'interaction et de complémentarité peuvent conduire à la juridicité des normes privées à condition que le degré de coordination ou d'hybridation soit suffisant, l'observation de la réalité internationale démontre que, dans une grande majorité de cas, le lien est insuffisant pour permettre de conclure à la juridicité des normes privées.

La multiplicité des modes de production du droit auxquels sont associées les normes privées montrent que la juridicité de celles-ci est peut-être à rechercher plus dans les circonstances de leur élaboration que dans leurs caractères intrinsèques. La complexité de la réalité internationale (nature des normes et interactions avec d'autres corps de normes) témoigne en effet de l'impossibilité de juger de la juridicité des normes privées sans prendre en compte l'environnement normatif dans lequel elles évoluent.

Certes, la conception qui fait d'un certain degré de participation étatique la condition de la juridicité des normes privées est moins novatrice que la théorie qui leur reconnaît, « par nature », une « certaine » juridicité. Mais elle nous semble plus adaptée à la réalité et à la perception actuelle du droit, en particulier du droit international. La reconnaissance d'une juridicité intrinsèque des normes privées

normes publique. Celle-ci impliquerait une dialectique entre effectivité et légitimité : l'effectivité des régimes privés dépend de la légitimité des régimes publics aussi bien au niveau national qu'international ; mais, inversement, l'existence de régimes privés est aussi de nature à consolider la légitimité des régimes publics. En d'autres termes, la dichotomie public/légitime, privé/effectif n'est pas considérée comme satisfaisante.

révèle en effet deux faiblesses : dans le premier cas (celui de la *soft law*) ce n'est qu'une *certaine* juridicité qui leur est reconnue, sans que son étendue et sa nature puissent être précisées ; dans le second cas (celui du droit sans Etat) c'est le fondement théorique de la juridicité qui n'est pas clairement défini. Dans les deux cas, la persistante question du critère du juridique constitue un obstacle au raisonnement.

Peut-être faut-il donc s'éloigner d'une conception du pluralisme fondée sur l'observation des *caractères* de la norme privée, afin de se tourner vers l'observation de son *milieu*, du contexte dans lequel elle évolue, de ses contacts avec d'autres formes de régulation et en particulier avec le droit étatique. Le pluralisme juridique serait alors conçu non comme une théorie des sources, mais comme une théorie dynamique des relations et interactions entre les normes. La réponse à la question de la juridicité ne se résumerait plus à l'affirmative ou à la négative (toutes les normes privées sont juridiques ou ne le sont pas), mais serait susceptible de déclinaisons en fonction du contexte et du mode d'élaboration de la norme ; ces déclinaisons concernent l'existence de la juridicité et non son degré (« une norme privée est juridique si... » et non « une norme privée est plus ou moins juridique »).

Cette conception du pluralisme possède cependant elle aussi ses limites. En effet, elle ne propose pas de solution « définitive » à la question de la juridicité des normes privées, mais dépend d'une analyse au cas par cas. Par conséquent, elle ne permet pas de définir un statut international unitaire des normes privées. Elle a cependant le mérite d'être « réaliste », dans la mesure où elle permet de prendre en compte l'impressionnante diversité des normes privées. Elle ne s'oppose pas à la classification des normes en système et permet de pressentir que la validité des normes privées ne doit pas être recherchée uniquement dans leur cohérence en tant que catégorie légale, mais suppose aussi l'examen de l'effectivité de leur application et de la légitimité de leurs fondements. En somme, il s'agit ici d'un pluralisme juridique « *plus organisé que spontané, plus dynamique que statique, plus réflexif que symbolique*⁶⁵⁶ ».

⁶⁵⁶ J.-G. BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in D. MANAI, R. ROTH et J. KELLERHALS (Eds.), *Pour un droit pluriel. Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Genève, 2002, p. 139.

Dans cette acception du pluralisme juridique, le concept de « mouvement » est extrêmement important et, corrélativement, celui d'adaptation, de prise en compte des « *variations concrètes des multiples espèces de la juridicité* ». Le droit est alors conçu comme un « *faisceau de communications juridiques circulant dans tous les sens sur un réseau complexe de voies d'entrée et de sortie* » ; l'« interconnexion » en est le « principe opératoire⁶⁵⁷ ».

A l'inverse de la théorie classique, les relations entre les normes n'y sont pas envisagées sous l'angle du conflit mais sous celui de l'interaction. Le pluralisme est ici conçu comme un « pluralisme juridique de concertation » qui s'inscrit dans une logique de complémentarité entre les droits étatiques, supra-étatiques, infra-étatiques, mais aussi les manifestations du non-droit.

Les procédés d'analyse n'ont alors pas recours à l'antinomie, mais à la nuance : « *l'analyse dialectique de la science pluraliste du droit devra mesurer correctement les différents degrés d'intensité des relations de rapprochement entretenues par des unités d'action et de sens qui évoluent entre les deux pôles extrêmes de la fusion (un monisme totalement intégré) et de la contradiction (un pluralisme complètement chaotique)*⁶⁵⁸ ». En d'autres termes, l'outil conceptuel du *continuum*, que nous avons rejeté pour l'analyse des degrés de juridicité (*soft law*), devient applicable à l'intensité des relations entre les normes. Il permet de classer plus que de mesurer et s'adapte à la diversité des situations induites par les normes privées et à leurs variations dans le temps⁶⁵⁹.

Un autre aspect positif de cette théorie est qu'elle permet de délimiter le « social non juridique » des règles pouvant potentiellement entrer dans le champ du juridique. BELLEY distingue ainsi deux cas de « social non juridique »⁶⁶⁰ : l'« *irrelevance juridique* » (faits qui s'opposent au droit dans une « dialectique d'antinomie », tels que le « droit » d'une bande criminelle - ou « social antidroit ») et l'« *indifférentisme juridique* » (faits résultant d'un retrait volontaire ou imposé du « monde social

⁶⁵⁷ Ces expressions sont empruntées à J.-G. BELLEY, précité, p. 151 s.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 153.

⁶⁵⁹ « L'éphémère sévit aujourd'hui dans la sphère du droit au même titre que le multiple ». *Ibid.*, p. 159.

⁶⁶⁰ J.-G. BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in D. MANAI, R. ROTH et J. KELLERHALS (Éds.), *Pour un droit pluriel. Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Genève, 2002, p. 160 s. BELLEY conçoit le droit organisé comme « un régime de droit réservé aux organisations et aux formes de sociabilité formelles (v.g. la réglementation) ou informelles (v.g. la normativité sociale) » par opposition à la « sociabilité spontanée ». D'un point de vue sociologique, il conçoit la société actuelle sur la base d'une rupture profonde entre le « psychisme collectif » et le « psychisme individuel » (p. 163). Seul un « pluralisme juridique critique » constitué par les individus eux-mêmes serait capable d'intégrer la notion de droit spontané.

ordinaire », tels que les activités d'une secte - ou « social juridiquement indifférent »). Ce raisonnement semble pertinent, en ce que ces deux catégories résultent d'une *volonté* de s'écarter du droit. Cependant, elles sont ramenées par BELLEY au critère commun de l'organisation, par opposition à la spontanéité : alors que toute « *pratique organisée ou représentation systématisée* » « *peut acquérir et acquerra normalement une signification juridique* », ce n'est pas le cas pour « *toute forme de sociabilité qui reste enfermée dans la spontanéité* ». Alors que nous souscrivons au raisonnement sur le social non-juridique, le critère d'opposition droit organisé/droit (ou non-droit) spontané ne nous paraît pas adapté. Un instrument normatif spontané peut très bien avoir vocation à régler une situation, voire à s'instituer en système si les circonstances s'y prêtent. Il nous semblerait par conséquent plus judicieux de recourir au critère de la volonté pour distinguer le social non juridique du « potentiellement juridique ». On pourra objecter que ceci crée une marge trop grande de « juridicité » : tout ce qui n'est pas expressément ou implicitement exclu de la sphère juridique aurait vocation à y pénétrer. Cette largeur du champ de la juridicité est cependant compensée par le fait qu'il ne s'agit *a priori* que d'une juridicité *potentielle* dont la concrétisation dépendra des circonstances de l'espèce (et de l'appréciation de l'autorité compétente)⁶⁶¹.

Il est possible d'ajouter une couche supplémentaire à l'analyse en posant la question de l'autonomie des ces différents systèmes juridiques ou normatifs les uns par rapport aux autres : si l'on admet, comme Jacques VANDERLINDEN, que la coexistence de

⁶⁶¹ D'autres auteurs font ainsi reposer la notion de pluralisme sur l'individu plutôt que sur l'organisation (le collectif). Voir J. VANDERLINDEN, qui dans son article « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » (*Revue de la Recherche Juridique*, 1993/2, pp. 573-583) revoit sa propre définition du pluralisme reposant sur la société (« *l'existence au sein d'une société déterminée de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques* ») au profit d'une définition fondée sur l'individu : le pluralisme est alors « *la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation* » ou la « *sujétion simultanée de l'individu à plusieurs droits* » (pour cette deuxième définition, voir J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Vol. 49, 2002, p. 11-36). En faisant valoir que toute société est « hiérarchisante » et « totalitaire », il démontre que la référence à la société dans la définition du pluralisme suppose que l'on se place dans le cadre d'une société de référence (en général un Etat, un territoire) par rapport à laquelle les autres ordres normatifs seront « ordonnancés » : « *Comme l'Etat, lorsqu'elles concèdent éventuellement certains pouvoirs à d'autres sociétés, cette concession est fondée sur la dialectique qui, de manière permanente, les confronte les unes aux autres et, évidemment, à l'Etat lorsque celui-ci, lorsque celui-ci est présent* ».

Notons que dans les deux définitions de VANDERLINDEN, la coexistence de plusieurs « mécanismes juridiques » est supposée acquise : le pluralisme sert ici plus à déterminer les modalités - ou plutôt le cadre - de leur coexistence que l'existence et la nature de leur juridicité. Il est néanmoins intéressant que VANDERLINDEN fasse reposer la nature de leur « ordonnancement » ou « hiérarchisation » sur la volonté de l'individu. Pour notre raisonnement, qui se situe en aval, au stade de la détermination de la juridicité de ces mécanismes juridiques, cela signifie que si l'individu est capable de décider à quels systèmes juridiques il est soumis, il devrait également, a fortiori, pouvoir décider à quels mécanismes il décide de se soumettre *en tant que règles juridiques*.

droits différents ne peut se faire de manière autonome⁶⁶² (mais uniquement par rapport à un droit de référence), alors concevoir le pluralisme du point de vue de la volonté individuelle constitue certes un changement de perspective utile, mais ne permet pas de fonder l'autonomie de ces normes juridiques. Celle-ci suppose en effet un changement de perspective encore plus radical : renoncer à définir le droit par rapport à une quelconque autorité pour « *admettre finalement qu'[est] juridique ce que les parties choisissant d'inscrire leur action dans un groupe social quel qu'il fût consid[èrent] comme étant du droit*⁶⁶³ ». Cette « position non-essentialiste » est également exprimée par BERMAN dans un article sur le « pluralisme juridique global » où il considère qu'il faut « [...] *treating as law that which people view as law* ». Pour reprendre une expression qui illustre le changement de perspective qu'implique cette conception du pluralisme :

« *Finally, pluralism frees scholars from needing an essentialist definition of 'law'*⁶⁶⁴ ».

Fondant son raisonnement sur l'« hybridité » issue de la coexistence de divers ensembles normatifs, il reconnaît que les conflits entre systèmes ou entre normes sont inévitables mais considère que, plutôt que de traiter cette hybridité comme un problème insoluble pour lequel existent uniquement des solutions de compromis insatisfaisantes, il est nécessaire de trouver les mécanismes permettant de la gérer sans l'éliminer⁶⁶⁵. Ces mécanismes, inspirés par la théorie du pluralisme, devront être de nature procédurale ; parmi les mécanismes proposés on trouve le recours aux marges d'appréciation, les régimes d'autonomie limitée (qui incluent l'éventualité d'un partage du pouvoir normatif entre l'Etat et des acteurs non-étatiques), la subsidiarité, des « arrangements hybrides » (vocabulaire sous lequel il faut comprendre toute forme de coopération public-privé appliquée à un cas particulier), ou les

⁶⁶² En soulignant le fait que la reconnaissance d'« ordres juridiques autres » par un ordre juridique donné a pour effet de les « incorporer » à l'ordre juridique qui les reconnaît, VANDERLINDEN met en évidence le problème de leur autonomie. L'intégration n'est en effet pas comprise ici au sens de « fusion », mais au sens de « contrôle de l'application » : « *les droits, d'une manière ou d'une autre, ne tolèrent pas, dans les limites de leur sphère d'action, l'existence d'autres ordres juridiques qui soient à proprement parler autonomes* ». Ce qui n'exclut pas la coexistence voire l'interaction entre plusieurs droits : « *À chaque société correspond un droit autonome et un seul ayant vocation à représenter la norme juridique pour les membres de cette société quelle qu'elle soit sa nature, son mode de formation ou sa dimension. Ceci ne veut pas dire que ce droit soit fermé et imperméable aux influences des autres droits. Au contraire, il existe entre tous les droits des interactions multiples et diverses qui conditionnent, en grande partie et selon une dialectique complexe, leurs évolutions respectives* ». J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Vol. 49, 2002.

⁶⁶³ *Ibid.*.

⁶⁶⁴ P. S. BERMAN, « Global Legal Pluralism », *Southern California Law Review*, Vol. 80, 2007, p. 1178 et 1177. Voir également B. Z. TAMAHANA, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, Vol. 27/2, 2000, p. 296.

⁶⁶⁵ « [...] a pluralist framework recognizes that normative conflict is unavoidable and so, instead of trying to erase conflict, seeks to manage it through procedural mechanisms, institutions and practices [...] ». *Ibid.*, 1192.

régimes de reconnaissance mutuelle⁶⁶⁶. L’auteur lui-même reconnaît toutefois que ces solutions reposent toutes sur la participation volontaire des acteurs concernés :

“certainly my focus on procedural mechanisms, institutions, and practices necessarily limits the range of pluralism somewhat because it requires participants to accept the principles underlying the values of procedural pluralism itself⁶⁶⁷”.

Tout en soulignant les limites d’une vision pluraliste, cette approche, comme celle consistant à définir le droit par rapport à la volonté des acteurs, a cependant le mérite du pragmatisme ce qui est, on le répète, une vertu non négligeable pour le traitement juridique des normes privées ainsi que pour la définition de leur statut.

⁶⁶⁶ Nous serons amenés à revenir plus loin sur certaines de ces techniques, voir le TITRE 2 de cette partie.

⁶⁶⁷ P.S. BERMAN, “Global Legal Pluralism”, *op. cit.*, p.1178 et 1177.

Conclusion du Chapitre

Les normes privées sont-elles des normes juridiques ? On a vu que leur diversité se laisse difficilement enfermer dans un cadre théorique unique, y compris celui du pluralisme juridique qui révèle, à leur contact, certaines de ses limites.

Deux constats, cependant et une interrogation.

Nous ne sommes pas de ceux qui, s'enfermant dans une vision positiviste, excluent *a priori* la possibilité de leur juridicité. Cependant, nous récusons également un pluralisme excessif, sorte de « panjurisme » qui, trop absorbé par l'observation des constellations hybrides que forment les divers systèmes normatifs, ne permettrait pas de faire la différence entre le social et le juridique. Nous optons donc pour un « pluralisme de concertation », voie médiane qui ne peut que passer par l'analyse au cas par cas et par une importance accrue accordée à la volonté des acteurs.

La spécificité des normes privées ne doit pas faire oublier l'imbrication qui existe souvent, dans les faits, avec diverses formes de régulation étatique. Ici aussi, l'hybridité est la règle, la clarté l'exception. Certes, le théoricien avide de réponses théoriques claires et de critères de délimitation précis restera sur sa faim. Mais le droit est inutile s'il n'est pas capable d'appréhender la réalité sociale qui l'entoure (et dont il est, en fin de compte, issu). En cela, le cadre théorique d'un droit réflexif ou « procédural » est séduisant : il permet de prendre en compte le lien factuel entre réglementation publique et normes privées tout en l'inscrivant dans un cadre théorique précis.

Notre interrogation porte sur une possible implication concrète de la juridicité ou non-juridicité des normes privées : faut-il considérer que la juridicité des normes privées est un préalable à leur prise en compte par le droit de l'OMC ? Cette question découle à la fois de l'incertitude persistante autour du statut juridique des normes privées et du débat international qu'elles suscitent.

Deux réponses à cette question : d'un point de vue purement juridique, la juridicité est nécessaire car seul un conflit entre deux normes juridiques peut faire l'objet d'une solution juridique. Le conflit entre une norme sociale ou morale et une norme juridique est lui du ressort de la conscience individuelle. Cependant d'un point de vue réaliste, c'est-à-dire politique (car l'OMC reste, malgré son système juridique

élaboré, une organisation éminemment politique), la prise en compte des normes privées par le droit de l'OMC est nécessaire pour rassurer les Etats-Membres sur les capacités d'action de la communauté internationale.

Cela rend-il leur prise en compte (et leur traitement juridique) facile ? Certes non, et cette volonté de traiter comme une norme juridique celle qui ne l'est pas (ou du moins, ne l'est pas pour une grande majorité des opinions –doctrinales ou non-doctrinales existantes) explique sans doute pourquoi les négociations n'arrivent pas à dépasser le stade de la question de la compétence de l'OMC. Tant que la question du statut des normes privées ne sera pas résolue, la compétence de l'OMC ne pourra pas être déterminée (cette détermination sera en revanche d'autant plus facile une fois le statut des normes privées défini : si elles sont un simple fait, les modalités de leur réglementation seront nettement plus restreintes que si leur valeur juridique est reconnue).

Nous n'avons pas l'intention de saper par cette réflexion les fondements théoriques de notre deuxième partie (qui portera sur la réglementation internationale des normes privées). Au contraire, elle permet de définir la cause de l'incertitude juridique en ce qui concerne la réglementation par l'OMC à la fois dans sa nature et dans sa portée (partie 2) et de mettre en évidence l'importance du lien entre la nature des normes privées et la construction de leur régime.

En conclusion, la possibilité d'une reconnaissance juridique des normes privées ainsi que le développement de formes mixtes de réglementation (et donc de juridicité) peuvent être interprétés à la fois comme « *un très net recul du politique au profit du marché*⁶⁶⁸ » et comme un nécessaire rééquilibrage des modes de production du droit permettant d'y représenter tous les intérêts existants. En partisans du second point de vue, nous pensons que le déficit de légitimité que certains associent toujours au « moins d'Etat » se trouve largement compensé par une autre forme de légitimité qui est, elle, « participative » ou « procédurale ». La recherche de la juridicité des normes privées (facteur de validité interne s'il en est) nous a conduits, assez paradoxalement, à la constatation d'une *validation externe* par l'association aux acteurs étatiques dans les modes de production de la norme.

⁶⁶⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 157.

Il apparaît que, pour appréhender la validité des normes privées, le seul examen de leur validité formelle est insuffisant. Nous allons par conséquent tenter de démontrer qu'il ne suffit pas de porter son attention sur « la » norme, mais qu'il faut également envisager « les » normes en ce qu'elles forment des conglomérats qui influencent, dans les faits, les relations commerciales internationales. Après avoir vu la norme comme une unité théorique, nous allons à présent l'envisager dans sa dimension collective, en tant qu'ensemble factuel.

CONCLUSION DU TITRE

La force normative des normes privées ne se mesure pas en termes quantitatifs mais résulte d'une appréciation subjective. Celle-ci provient de deux sources, l'une externe et l'autre interne au phénomène.

Le regard des autres. La reconnaissance par les composantes d'une sphère que l'on aspire à intégrer constitue le premier aspect de la force normative. En ce sens, la reconnaissance des normes privées par les Etats Membres de plusieurs organisations internationales leur garantit un « droit d'accès » à la sphère du droit international, et en particulier à celle du droit international des échanges car c'est l'OMC qui a pris l'initiative du débat international sur les normes privées. La reconnaissance est en quelque sorte proportionnelle aux effets produits par les normes : en l'occurrence ceux-ci affectent principalement la sphère commerciale.

A l'heure actuelle, la reconnaissance concerne uniquement le phénomène, non l'objet juridique. En d'autres termes, le droit international perçoit les normes privées comme un problème à résoudre, non comme une source de droit ; il leur reconnaît une certaine force juridique mais ne prend pas position sur leur statut. Le droit international n'intègre les normes privées pas plus qu'il ne les rejette, il en prend acte, mais reste neutre. C'est un autre point de vue qu'il faut adopter si l'on veut déterminer cette composante de la force normative qu'est le statut juridique des normes privées.

Regard interne et regard externe. Si l'on se place dans la perspective purement interne du juriste, l'appréciation de la juridicité des normes privées dépend de la position théorique de celui qui s'y livre. Ainsi les positivistes la rejettent d'emblée, alors que les pluralistes acceptent son éventualité sans être d'accord sur ses modalités exactes. Au contraire, si l'on se place dans une perspective purement externe, comme les théoriciens de l'autopoïèse, on est amené à considérer que « *le droit prend son origine dans l'arbitraire de sa propre positivité*⁶⁶⁹ ». Il n'y a plus alors de véritable critère de juridicité ; les normes privées seraient juridiques si elles appartiennent à un système juridique.

⁶⁶⁹ G. TEUBNER, in *Le droit : un système autopoïétique*, PUF, Paris, 1993, p. 8. Il ajoute que « *La validité ne peut pas s'importer de l'extérieur, elle ne peut être qu'un produit interne du droit* ».

Pour remédier à cette situation insatisfaisante, il peut être utile de recourir à une vision « externe modérée » ou sociologique, qui n'envisage le droit qu'en conjonction avec les autres sous-systèmes sociaux. Les normes privées peuvent alors être considérées comme un sous-ensemble social (dont le statut juridique exact, ou le degré de juridicité reste à déterminer) dont on devrait étudier les rapports avec le sous-système « droit ». La distinction entre le *droit* et le *juridique* prend ici tout son sens : alors que le premier terme doit être utilisé dans le cadre d'une analyse interne à titre d'ensemble systémique, le second terme, plus large que le premier, est adapté à l'analyse interactionnelle entre divers sous-systèmes du système global. La notion de juridique se rapproche ici de celle de force normative en ce qu'elle englobe les catégories de l'*infra-juridique* ainsi que les formes de juridicité atténuée. Or, cette force normative ne peut être déterminée qu'à travers l'observation de la perception sociale de la norme⁶⁷⁰. Ainsi, G. JELLINEK constatait déjà que :

« Le fondement de tout droit réside en dernière analyse dans la conviction que l'on a [...] de sa force normative. Ainsi donc c'est de la conviction populaire [...] qu'il dépend à un moment donné, qu'une prétendue norme possède réellement le caractère de norme véritable⁶⁷¹ ».

Or, il apparaît, dans ce contexte, que la force normative des normes privées ne peut être évaluée, à l'heure actuelle, qu'en relation avec leur interaction avec le droit étatique. L'hypothèse d'un droit sans Etat est une construction théorique ; elle ne permet pas de prendre en compte une réalité qui dépasse la question de la juridicité « pure ». Ce sont les rapports avec l'Etat qui fondent pour l'instant la force normative des normes privées, que ce soit par reconnaissance, par intégration, ou par influence mutuelle.

⁶⁷⁰ Il ne faut pas confondre cette vision avec l'opinion considérant que la juridicité résulte de la volonté subjective de l'auteur de la norme. En effet, admettre que le droit est défini de manière purement subjective peut mener à des dérives ; tout individu pourrait alors considérer sa volonté comme étant du « droit ». Cependant, si ce critère ne satisfait pas le juriste qui a besoin d'outils lui permettant de circonscrire le champ de sa discipline, il est entièrement valide si l'on se place dans une perspective externe, qui est celle des sociologues et des anthropologues du droit. En effet « *vu de Sirius (...) rien, strictement rien n'interdit d'utiliser (le) mot (droit) pour désigner d'autres règles que celles passées à la moulinette du contrôle étatique* ». D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 134 et 136. Cet auteur constate que « *en définitive, aucun obstacle théorique ne s'oppose à ce qu'une conception générale du Droit fasse l'économie d'une référence à l'Etat. Du reste, les définitions des anthropologues-juristes s'en sont presque toutes affranchies, bien évidemment pour pouvoir s'ouvrir à l'étude des autres mondes. [...] En revanche, les difficultés pratiques d'une approche universelle, et a fortiori d'une définition générale du Droit, sont évidemment énormes.* » (p. 139).

⁶⁷¹ Cité par C. THIBIERGE, « Introduction », in C. THIBIERGE et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 38. Le constat de l'importance de la volonté individuelle constitue donc en quelque sorte un retour aux sources ou, en l'espèce, au cheminement théorique de Georg JELLINEK qui, au début du XX^{ème} siècle – et en véritable précurseur – étudiait déjà la « force normative du factuel » (*Die normative Kraft des Faktischen*).

Nous allons à présent abandonner la perspective interne du juriste qui recherche avant tout la juridicité des normes privées, au profit d'une vision « externe modérée » plus large, qui les envisage comme un système. Dans le cas des normes privées, ce choix méthodologique résulte de l'impasse à laquelle mène le point de vue purement interne, incapable de rendre compte du fait que les normes privées sont certes encore avant tout un phénomène social, mais qu'elles sont également un phénomène juridique en devenir (ou en voie de reconnaissance). Il semble donc justifié de s'écarter de l'analyse interne pour faire intervenir les « vécus juridiques » relatifs aux normes privées :

« Ou bien l'étude portera sur le système des règles imposées dans une société donnée à un moment donné, et l'on s'en tient à l'analyse interne du système ; ou bien l'observateur souhaitera faire intervenir, dans l'objet de son analyse, les imaginaires et les vécus juridiques, ceux-là même qui permettent d'apprécier la force présente du droit en vigueur et ses faiblesses, de prévoir aussi, dans une certaine mesure, de quoi demain sera fait. Et dans ce cas, l'analyste ne traite plus de l'objet spécifiquement juridique nommé 'droit'⁶⁷² ».

⁶⁷² A.-J. ARNAUD, « Système (en sociologie du droit) », in ARNAUD (A.-J.) et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 598-600, p. 600.

TITRE 2. LES NORMES PRIVEES COMME SYSTEME

Il est difficile de définir la norme juridique de manière isolée. Pour cela, il peut être nécessaire de la définir par son appartenance à un système juridique :

« La norme ne peut donc être définie que par son insertion dans un système normatif et la seule différence entre la norme juridique et la norme morale ou religieuse est que la première est insérée dans un ordre normatif spécifique, l'ordre juridique⁶⁷³ ».

Nous envisagerons à présent la dimension systémique de la norme, afin de voir de quelle manière le fait d'envisager les normes privées dans une perspective systémique peut contribuer à la définition de leur statut juridique⁶⁷⁴.

Définition et utilité de la notion de système

Le droit comme système est un thème fondamental de la théorie du droit moderne. Le juriste présuppose en quelque sorte que le droit est un système ; ou, en d'autres termes, la notion de système fait partie d'un '*Vorverständnis*' du droit⁶⁷⁵. Mais la notion de système est également imprécise, et recouvre plusieurs définitions différentes. J. COMBACAU constatait ainsi que *« parmi les ustensiles verbaux douteux que la mode introduit à intervalles serrés dans le monde frivole des sciences humaines et sociales, une bonne place doit être réservée au mot de système⁶⁷⁶ »*. Sans vouloir remettre en doute l'utilité de la notion, il faut cependant mettre en garde contre sa diversité sémantique : alors que le système désigne toujours un ensemble organisé et structuré d'éléments, les modalités de cette organisation varient en fonction des auteurs. Ainsi, si KELSEN conçoit le système selon le célèbre modèle de la pyramide, N. LUHMANN le conçoit sur un modèle circulaire. De même, la sociologie juridique recense également plusieurs conceptions du système : le « système-synthèse », qui met l'accent sur l'unité ; le « système-calcul » qui insiste sur la cohérence interne et la prévisibilité et sécurité juridique qui en découle ; enfin,

⁶⁷³ M. TROPER, « Système juridique et Etat », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 29-44, p. 31.

⁶⁷⁴ En effet, l'intégration des normes privées à l'ordre juridique international dépend de la volonté des Etats souverains. Or les souverainetés peuvent déterminer *« l'apparition de mécanismes originaux ou (l'adaptation à un nouvel environnement de mécanismes apparus dans l'ordre étatique (ou) en (expulser) d'autres comme étrangers aux exigences structurelles de l'ordre international »*. J ; COMBACAU, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 85-105, p. 102.

⁶⁷⁵ K. PLEZSKA, T. GIZBERT-STUDNICKI, « Le système du droit dans la dogmatique juridique », *Archives de philosophie du droit*, t.31, 1986, pp. 107-119, p. 108. Pour ces auteurs, « la conception acceptée de la validité (d'une norme juridique) suppose la thèse de la systématisme du droit ». cité par R. SEVE, « Introduction », *Archives de philosophie du droit*, t.31, pp. 1-10, p. 1.

⁶⁷⁶ J. COMBACAU, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 85-105, p. 85.

le « système-organisme » qui fonde l'analyse systémique sur une analogie avec les systèmes vivants en biologie⁶⁷⁷.

Alors que les définitions du système varient grandement, il n'en est pas de même de ses caractères. Ainsi, on retrouve toujours dans la description d'un système les deux éléments fondamentaux que sont son unité et son autonomie. L'exigence d'unité est le résultat d'une « idéologie de la cohérence⁶⁷⁸ » ; on distingue ainsi entre cohérence formelle et cohérence substantielle du système⁶⁷⁹. L'autonomie du système, elle, est très présente dans l'analyse autopoïétique et se conçoit par rapport aux autres systèmes, social, politique économique⁶⁸⁰. Au sujet de l'autonomie des systèmes juridiques étatiques, OST et VAN DE KERCHOVE distinguent trois dimensions de l'autonomie⁶⁸¹ : sociale (existence d'un « corps social » spécifique), organique (existence d'organes propres⁶⁸²) et organisationnelle (faculté d'auto-organisation du système)⁶⁸³.

Le système juridique international présente plusieurs spécificités par rapport à la définition du système juridique classique ; les plus importantes sont son « horizontalité » (absence de hiérarchie) et sa subjectivité. J. COMBACAU parle ainsi de l' « *horizontalité essentielle de cet ordre juridique, qui jamais ne se verticalisera : explicitement conçu par des Etats comme un mode anarchique de régulation de leurs rapports, le droit international est par nature intersubjectif et ne tolère logiquement aucune atteinte à son ressort essentiel, la souveraineté*⁶⁸⁴ ».

Remarque : sur le plan terminologique, il est important de distinguer un *système de normes* (ensemble organisé de normes) d'un *système juridique*, notion plus large qui regroupe les normes, les institutions et les comportements collectifs. La notion de

⁶⁷⁷ Sur cette classification, voir A.-J. ARNAUD, « Système (en sociologie du droit », *op. cit.*, p. 599), Selon cet auteur, une autre classification est possible en fonction de l'objet du système : systèmes d'interaction ou système de normes (*ibid.*).

⁶⁷⁸ Voir à ce sujet A.-J. ARNAUD, « Système », *op. cit.*, p. 599 :

« Mais la recherche d'une telle unité révèle souvent, chez l'opérateur, une idéologie de la cohérence. Il y a, en effet, une doctrine très vivace (...) selon laquelle le droit est nécessairement caractérisé par une cohérence logique. Celle-ci tiendrait moins au fait que les normes juridiques seraient entre elles dans un rapport logique d'implication, qu'à l'impossibilité absolue d'une éventuelle incompatibilité entre elles ».

⁶⁷⁹ Voir J. COMBACAU, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 85-105.

⁶⁸⁰ A.-J. ARNAUD, *op. cit.* p. 599.

⁶⁸¹ *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p. 189 s.

⁶⁸² Ce critère est cependant relatif. Les auteurs citent l'exemple du droit international : « L'autonomie organique de l'ordre juridique international est dès lors également très limitée, sans qu'on doive nécessairement en conclure qu'il ne forme pas, pour cette raison, un système juridique spécifique ». F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p., p. 193.

⁶⁸³ Nous reviendrons sur ces trois dimensions de l'autonomie plus tard, au sujet des systèmes informels privés (*infra*, Chapitre 2, section 2).

⁶⁸⁴ J. COMBACAU, *op. cit.*, p. 105.

système juridique est souvent utilisée comme synonyme de l'*ordre juridique*, mais certains auteurs distinguent des nuances qui différencient ces deux notions. Ainsi, pour M. HARTNEY, « le terme 'système juridique' donne d'un droit positif essentiellement l'image d'un ensemble de normes, et insiste sur l'aspect de systématisation et de cohérence logique (...). Par contre, le terme 'ordre juridique' a une saveur sociologisante et évoque davantage qu'un ensemble de normes : soit la société, la culture ou le Volksgeist qui donnent naissance aux normes, soit les relations sociales et l'ensemble de l'ordre social qui résultent des normes juridiques⁶⁸⁵ ». Pour J. COMBACAU, l'*ordre* est un système au sens strict ou abstrait, c'est-à-dire un « ensemble uni par la cohérence formelle de ses éléments⁶⁸⁶ ».

On distingue également espace et ordre normatif. Alors que l'*espace normatif* est ordonné selon des chaînes logiques, l'*ordre normatif* ordonné selon des chaînes d'habilitation⁶⁸⁷.

Dans le cas des normes privées, le caractère systémique n'est pas présupposé, mais doit être construit, à partir de l'observation empirique du phénomène. L'unité semble compromise par la diversité des normes, mais nous verrons qu'il existe des éléments d'unification sur le plan téléologique. L'autonomie devrait être le point le plus difficile à établir, du moins dans sa dimension organisationnelle. Les normes privées ne possèdent pas, par exemple, le degré d'organisation de l'ordre juridique sportif⁶⁸⁸. Cependant, la création de structures normatives dans certains secteurs (tels que l'agriculture biologique) permet de supposer que cette autonomie va s'accroître à l'avenir.

Il est intéressant de noter que la définition du système est souvent extrêmement subjective, « tout opérateur s'arrangeant pour délimiter à l'avance l'objet de son étude en un corpus cohérent répondant aux qualités du système⁶⁸⁹ ». Or, si la

⁶⁸⁵ M. HARTNEY, « Système juridique », in ARNAUD (A.-J.) et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 595-598.

⁶⁸⁶ J. COMBACAU, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *op. cit.*,

⁶⁸⁷ G. TMSIT, « Système », *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 1453-1456, p. 1454. L'auteur précise que dans les deux cas, le système est pensé sous forme pyramidale. Voir aussi R. SEVE, « Introduction », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 1-10.

⁶⁸⁸ Ost et Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 206. Voir également F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 849 p.

⁶⁸⁹ « Tandis que l'unité du système ne pose donc pas de problème majeur (à ceci près, cependant, qu'elle est non au départ, mais l'arrivée du discours), tout opérateur s'arrangeant pour délimiter à l'avance l'objet de son étude en un corpus cohérent répondant aux qualités du système (...) », A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 599.

délimitation des contours du système se fait en fonction des caractéristiques que l'on souhaite lui donner, cela ne présente pas grand intérêt de constater l'existence d'un système « en soi ». Pour cela, nous nous contenterons de souligner le potentiel des normes privées à former un système (en termes d'autonomie et d'unité, voir *supra*) et utiliserons la notion de système non en tant qu'instrument de catégorisation mais en tant qu'outil d'analyse. Le système est en effet non seulement une « qualité », mais également une « manière de considérer et d'interpréter » :

« On retrouve une autre caractéristique commune à tout système : qu'il est non pas une qualité empiriquement observable, mais une manière de considérer et d'interpréter les phénomènes observés⁶⁹⁰ ».

Dès lors, nous l'envisagerons comme un moyen d'appréhender et d'expliquer les normes publiques, mais aussi d'étudier leurs interactions avec les autres sous-systèmes sociaux.

Les normes privées comme système juridique informel

Dans cette optique, nous poserons l'hypothèse que les normes privées forment un « système informel de droit », celui-ci étant défini comme un « *ordre concurrentiel ou complémentaire du système juridique formel, qui se caractérise par le défaut de règles rigides et d'un appareil formel de coercition⁶⁹¹* ». Appliqué aux normes privées, le système juridique informel sera entendu ici au sens d'ensemble de normes d'origine privée (et donc d'application volontaire), ayant pour objet de réglementer la qualité des produits, qui s'est développé en marge du droit international classique, dans la sphère du droit transnational.

L'hypothèse du système de droit informel suppose, bien évidemment, que l'on se place dans une perspective pluraliste qui admet que « *au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendamment de lui, éventuellement ses rivaux⁶⁹²* ». Nous avons évoqué l'approche pluraliste antérieurement et ne reviendrons donc pas ici sur ses modalités.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ R. PEREZ PERDOMO, « Système informel de droit », in ARNAUD (A.-J.) *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 594-595.

⁶⁹² G. TIMSIT, « Système », *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 1453-1456, p. 1454.

Il faut, ensuite, replacer l'hypothèse du système informel de droit dans le cadre du droit transnational. F. RIGAUX le décrit en ces termes :

« La notion même de 'droit transnational' désigne un ordre non territorial dont les sujets sont les agents d'un pouvoir économique diffus à travers le monde. En dépit de leur implantation territoriale et de la nécessaire localisation de leurs activités, ces agents économiques ont réussi à se créer un 'domaine réservé', analogue à celui des Etats, à l'intérieur duquel ils n'obéissent à d'autres règles que celles qu'ils se sont à eux-mêmes fixées⁶⁹³ ».

Pour cet auteur, les lacunes théoriques dans la description de ce droit ne justifient pas sa négation : *« il est loisible à certains de déplorer la complaisance avec laquelle les théoriciens du droit transnational de la délocalisation des contrats internationaux, de la formation d'une lex mercatoria ou d'un « droit anational », ont soutenu l'exercice de ce pouvoir. Il serait beaucoup plus inexcusable d'en atténuer l'impact en niant l'efficacité de pouvoirs réellement exercés⁶⁹⁴ ».*

Le droit transnational est indépendant de tout territoire ; il est donc *« une 'construction psychologique', une 'pure notion', un 'espace imaginaire' voire, à la limite, une 'fiction' ⁶⁹⁵ ».* L'une des caractéristiques de ce droit est qu'il est dépourvu de hiérarchie et repose sur une organisation en réseau.

Le système juridique informel est ensuite un système « horizontal », au sens de M. Troper. Pour cet auteur, il existe à la fois des systèmes verticaux (ou hiérarchisés) dans lesquels *« un énoncé se présente comme une norme, si son auteur le justifie en invoquant un énoncé émanant d'un autre et que le sien aurait pour objet d'appliquer »⁶⁹⁶*, et des systèmes horizontaux *« dans lesquels les énoncés ne sont pas justifiés les uns par les autres ».* En d'autres termes, *« leur signification de normes ne résulte pas de leurs relations mutuelles⁶⁹⁷ ».*

Les normes privées sont également un système horizontal au sens que lui donne J. COMBACAU (absence de rapports hiérarchiques, voir *supra*). Cependant, à la place des

⁶⁹³ F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977, 486 p., p. 400. L'auteur ajoute que *« les ordres juridique étatiques (...) ont permis la constitution de pouvoirs suffisamment autonomes pour se créer une sphère juridique propre. La mobilité des mêmes agents à travers un espace international pauvrement structuré a renforcé leur pouvoir, leur autonomie et, partant, leur faculté de créer du droit »* (p. 440-441).

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 413.

⁶⁹⁵ OST et VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 220. Egalement F. RIGAUX, *op. cit.* p. 442.

⁶⁹⁶ Le système vertical se subdivise à son tour en système statique et système dynamique.

⁶⁹⁷ M. TROPER, « Système juridique et Etat », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 29-44, p. 41.

rappports intersubjectifs du droit international, dans le cas des normes privées se mettent en place, progressivement, des rapports en réseau.

Enfin, pour un système juridique « classique », se posent les questions de son existence, de son identité, de sa structure et de son contenu⁶⁹⁸. L'analyse d'un système de droit « informel », tel que nous le présupposons dans le cas des normes privées, doit se poser en des termes légèrement différents. L'incertitude entourant la juridicité des normes qui le composent (*supra*, Titre 1) ainsi que leur diversité empirique (*supra*, chapitre préliminaire) rend difficile l'identification du système par son contenu ou sa structure. De même, sortant du cadre classique permettant de délimiter un système juridique formel (norme fondamentale, règle de reconnaissance), l'« identité » d'un système informel est difficile à définir au regard des critères classiquement employés. Face à ces difficultés théoriques, nous allons nous concentrer d'abord sur les aspects « empiriques » (ou empiriquement mesurables) du système juridique informel, en tentant de mesurer sa cohérence, telle qu'elle est ressentie par les acteurs de la société civile internationale (chapitre 1). Ensuite, nous tenterons d'établir les qualifications juridiques liées à la dimension systémique des normes privées (chapitre 2).

⁶⁹⁸ J. RAZ, in *The Concept of a Legal System* Oxford, Clarendon Press, 2e éd., 1980, cité par M. HARTNEY, « Système juridique », p. 596. Cet auteur précise que la question de l'existence se rapporte à l'identification du ou des systèmes juridiques en vigueur dans une société donnée (elle concerne donc l'identification du droit positif?). La question de l'identité touche à la délimitation d'un système donné (identification de ses limites); deux critères peuvent être adoptés : celui de l'origine de la norme (législateur suprême, norme suprême ou règle de reconnaissance) ou reconnaissance de la norme par les organes qui appliquent le droit). Le problème des rapports entre droits étatiques et droit international (et ses réponses moniste ou dualiste) fait partie de ce questionnement. La question de la structure concerne d'une part l'ordonnement des normes (la thèse majeure étant celle d'une « structure hiérarchique de normes en ordre décroissant de généralité », ou pyramide) et d'autre part la nature des normes constituant le système juridique (normes de conduite, de compétence, d'organisation – normes primaires et secondaires au sens de Hart – mais aussi normes primaires et secondaires au sens de normes imposant des conduites et de normes imposant des sanctions). La question du contenu, enfin, peut être considérée soit comme une question de fait, et relève alors « des sciences empiriques comme l'ethnologie juridique », ou comme une question de droit, et porte alors sur la juridicité des normes constituant le système (et sur la question de savoir s'il y a « des contenus qui sont nécessaires pour qu'un système normatif puisse être qualifié de juridique »).

Chapitre 1. Cohérence du système

Les normes privées sont issues d'une normativité différente que les règles de droit : alors que celles-ci peuvent se prévaloir d'une normativité spécifique que l'on peut qualifier de « forte » en raison du pouvoir étatique de coercition qui veille à son application. Les normes privées, elles, relèvent d'une normativité « simple » qui repose sur l'application volontaire des normes⁶⁹⁹. Le fait qu'elles forment un ensemble cohérent est par conséquent particulièrement important pour assurer leur application effective.

La cohérence d'un système peut être appréhendée de deux manières. La première est « externe » et concerne l'effectivité des normes. L'effectivité permet en quelque sorte de mesurer l'adéquation des normes qui le composent aux attentes sociales auxquelles elles répondent. Dans cette optique, les normes privées semblent avoir un avantage en ce qu'elles sont souvent élaborées directement en réponse aux demandes des consommateurs (section 1). La seconde dimension de la cohérence est « interne » et est relative à la légitimité des normes. Elle permet de mettre en évidence l'unité du système sur le plan axiologique (section 2).

Section 1. Cohérence externe : effectivité

Pour les normes juridiques, l'effectivité désigne souvent le volet « factuel » ou « empirique » de leur validité. Elle permet de mesurer, pour ainsi dire, la performance de la règle⁷⁰⁰. Plus exactement, elle décrit le « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit*⁷⁰¹ ». Pour reprendre les termes de P. LASCOUMES, l'effectivité est un « *concept évaluatif de la réception et de la mise en œuvre des normes juridiques* »⁷⁰².

⁶⁹⁹ Ce dernier type de normativité permet « *toutes les analyses interactionnelles entre les divers sous-systèmes en présence dans le cadre du système social global, ou avec d'autres systèmes, comme le système politique ou économique* ». Voir A.-J. ARNAUD, « Système (en sociologie du droit) », in ARNAUD (A.-J.) *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 598-600, p. 600 :

⁷⁰⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, p. 328 s. Ces auteurs la décrivent comme l'« aptitude à atteindre l'objectif poursuivi au moindre coût économique et social », *op. cit.*, p. 329. Ils notent que le recours croissant au critère de l'effectivité traduit un déplacement de la régularité des sources de la règle vers ses effets, dans l'évaluation de sa légalité.

⁷⁰¹ P. LASCOUMES., « Effectivité », in ARNAUD (A.-J.) *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 217-219, p. 217.

⁷⁰² *Ibid.*

L'effectivité est à distinguer de l'efficacité qui mesure, elle, les conséquences juridiques de la norme et son adéquation aux fins qu'elle vise⁷⁰³. Alors que l'effectivité s'intéresse aux effets concrets des normes (leur respect par leurs destinataires), l'efficacité concerne leur « *aptitude réelle (...) à réaliser leur but*⁷⁰⁴ ». Issu de la sociologie juridique qui étudie l'impact du droit sur les sociétés qu'il régit⁷⁰⁵, le critère de l'effectivité a connu une utilisation croissante depuis quelques décennies. Pour reprendre les termes de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, le critère de l'effectivité serait aujourd'hui non plus une simple « confirmation empirique » de l'emprise du droit sur le réel, mais « l'exigence centrale adressée à la règle » dans le modèle du réseau⁷⁰⁶. Le recours à ce critère traduit une prise de distance par rapport à la théorie kelsénienne, dans laquelle « *le critère principal de validité d'une règle est son mode d'édition et non son application effective*⁷⁰⁷ ». Il révèle au contraire une vision selon laquelle « *la réalisation du droit s'effectue non dans l'idée, mais dans les faits*⁷⁰⁸ ».

Précisons que l'on peut évaluer à la fois l'effectivité d'une norme et celle d'un système. Dans ce deuxième cas, l'effectivité permet d'évaluer l'existence d'un système de normes accepté, auquel les acteurs acceptent de se soumettre. Nous tenterons de démontrer en quoi l'effectivité des normes privées peut contribuer à la reconnaissance de leur existence en tant que système. L'effectivité est en effet considérée comme un critère nécessaire (mais non suffisant) pour établir l'existence d'un système juridique⁷⁰⁹.

⁷⁰³ Voir R. BETTINI, « Efficacité », in ARNAUD (A.-J.) *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 219-221. p. 219. Il faut également distinguer l'effectivité de l'« efficacité », qui caractérise une règle « efficace au moindre coût ». OST et VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 331.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 220. Pour les normes privées, l'étude de l'efficacité conduirait à s'interroger non sur leur respect par leurs utilisateurs, mais sur leur capacité à promouvoir de manière sensible des objectifs tels que l'agriculture biologique, la pêche raisonnée, les bonnes pratiques sociales, etc. La question de l'efficacité, primordiale pour l'amélioration et le développement futur des normes privées, dépasse cependant le cadre théorique de cette étude qui se limite à la définition de leur statut en droit, et ne sera donc pas prise en compte ici. Dans ce domaine, les normes privées ne sont d'ailleurs pas exemptes de critique : des doutes ont par exemple été formulés sur la capacité des normes FSC et MSC à atteindre leurs objectifs. En particulier le label MSC doit faire face à l'accusation d'être décerné trop facilement et pour des espèces de poisson dont le renouvellement n'est pas garanti.

⁷⁰⁵ Cette conception, qui implique de s'interroger sur les rapports entre droit et société a notamment été adoptée par J. CARBONNIER (« Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, VII, 1958, pp. 3-17) et J.-F. PERRIN (« Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme juridique ? », *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, 1979, pp. 91-94), cités par P. LASCOUMES, « Effectivité », *op. cit.*

⁷⁰⁶ OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p. 329.

⁷⁰⁷ P. LASCOUMES, *op. cit.*, p. 218.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ Voir sur ce point M. HARTNEY, « Système juridique », p. 597 : « il est universellement admis qu'une condition nécessaire de l'existence d'un système juridique est son *effectivité* »),

Pour les normes telles que les normes privées, dont la juridicité n'est pas clairement établie, le critère de l'effectivité présente donc l'intérêt d'être un indicateur de leur juridicité, ou, du moins, l'un des fondements de leur juridicité future⁷¹⁰ ; il permet de faire le lien entre la dimension sociale des normes (qui prédomine dans l'analyse empirique) et leur dimension juridique⁷¹¹. En effet, ainsi que l'a démontré J. TOUSCOZ, il existe une corrélation directe entre l'effectivité d'une norme et sa validité juridique : « *Il existe une relation nécessaire entre les règles et situations juridiques et la réalité sociale et cette relation tend progressivement vers une identification*⁷¹² ». Ce que TOUSCOZ souligne avant tout, c'est que l'effectivité d'une norme indique l'existence d'effets juridiques (effets qui, s'ils sont établis pour les normes privées, pourraient être opposables aux sujets de droit international étrangers à leur élaboration). A l'inverse, l'absence d'effectivité d'une norme affaiblit son statut juridique.

L'effectivité permet de mesurer la « capacité à fournir référence⁷¹³ » d'une norme, son aptitude à guider les conduites et influencer les actes de ses destinataires. En d'autres termes, l'effectivité permet d'établir dans quelle mesure une norme est un modèle d'action⁷¹⁴.

Ainsi entendue, l'effectivité n'est pas réservée aux normes obligatoires, mais peut être étendue aux normes d'application volontaire – ces dernières pouvant être effectives au même titre que les règles obligatoires si elles sont choisies comme modèle d'action par leurs destinataires. OST et VAN DE KERCHOVE mettent ainsi en garde contre le caractère « faussement simple » de la notion d'effectivité : elle ne désigne pas uniquement la « *capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur* », car elle s'applique aussi bien

⁷¹⁰ L'effectivité joue donc ici le double rôle de critère de validité (ou de validation) d'un système et de critère d'établissement de l'existence de ce système.

⁷¹¹ Voir R.A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et 'inférentielle' », *Sociologie et sociétés*, 1986, vol. 18/1, pp. 47-58. L'auteur attire l'attention sur le fait que l'adoption d'un point de vue positiviste (juridique ?) conditionne la perception de la normativité au sens de juridicité : ne seront considérées comme juridiques que les normes explicites et formulées par des *institutions*. En l'absence d'institution, la reconnaissance du caractère juridique d'une norme est plus difficile. Les normes sont alors redéfinies par rapport à la norme issue de l'institution (antécédent, élément d'interprétation). Or pour les normes privées on se trouve dans le cas de normes explicites mais « inférées » (c'est-à-dire non exprimées « rituellement » dans le cadre d'une institution) ; elles sont pour cela considérées comme pré-juridiques ou non juridiques).

⁷¹² J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, LGDJ, 1964.

⁷¹³ Voir C. THIBIERGE, « Conclusion », *préc.*, p. 817-818.

⁷¹⁴ Voir également E. DURKHEIM, qui parle de la « valeur modératrice de la règle » (cité par P. LASCOURMES, « Effectivité », *op. cit.*) à propos de « normes de comportement qui, sans contrainte directe, guident positivement les actions individuelles ». Voir P.LASCOURMES, p. 218.

aux normes impératives qu'aux normes supplétives ; ces auteurs choisissent de retenir « *la conception de la règle proposée par P. Amselek ('modèle pour l'action') : est effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique* ».

Nous analyserons, d'une part, dans quelle mesure l'application effective des normes privées est due à l'acceptation du contenu des normes par leurs destinataires (§ 1) et d'autre part, dans quelle mesure l'existence de mécanismes de « sanction » spécifiques aux normes privées – les mécanismes de contrôle de conformité – contribue à leur effectivité (§ 2).

§ 1. Effectivité de la norme

Le fait que les normes privées ne soient pas, a priori, issues d'un système organisé, ne fait pas, en principe, obstacle à leur effectivité. F. RIGAUX constate cette dissociation entre degré d'organisation et degré d'effectivité pour ce qu'il nomme les « pouvoirs non territoriaux inorganisés » :

« Le seuil en-deça duquel un pouvoir n'est pas organisé est difficile à fixer avec certitude. Cela importe assez peu, dès qu'on reconnaît que même non ou peu organisé tout pouvoir est apte à produire le droit qui le régit⁷¹⁵ ».

Afin de déterminer concrètement le degré d'acceptation d'une norme comme modèle de conduite, il est nécessaire de mesurer le degré de consensus et de mise en œuvre concrète dont elle fait l'objet⁷¹⁶. C'est surtout la question de la mise en œuvre qui nous intéressera ici (celle du consensus, plus problématique, sera étudiée au sujet de l'élaboration des normes et non de leur application, notamment à travers la question de la participation des PED à leur création⁷¹⁷) (B). L'étude de l' *'implementation'* des normes, pour reprendre la terminologie utilisée par les auteurs anglo-saxons, permet en effet de mettre en lumière l'un des plus grands paradoxes des normes privées : étant par nature d'application volontaire, leur respect par un nombre important d'acteurs économiques devrait *a priori* traduire un degré important d'acceptation sociale de la norme ; or, le phénomène de l'obligatorité *de facto* des normes privées

⁷¹⁵ F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 430

⁷¹⁶ P. LASCOUMES, *op. cit.*, p. 219.

⁷¹⁷ *Infra*, Partie 2, Titre 2.

– qui en fait une condition nécessaire de l'accès à certains marchés – conduit à penser que leur respect effectif n'est pas tant l'expression de leur acceptation sociale que celle d'une nécessité économique liée aux intérêts du commerce international (B).

A. Degré d'utilisation

Les normes privées ont connu, ces dernières années, un important accroissement de leur application à travers le monde, ainsi que le montre l'augmentation du nombre des produits certifiés. En 2012, 10% du commerce international de thé concernait des produits certifiés ainsi que 8% du commerce international de café⁷¹⁸. Dans le secteur des bananes, la proportion des produits certifiés est passée de 1% à 22% en une décennie⁷¹⁹.

Sur le plan juridique, cette augmentation du recours aux normes privées traduit deux situations. D'une part, il s'avère que les normes privées sont devenues, dans un laps de temps relativement court, un modèle d'action⁷²⁰ pour de nombreux acteurs économiques et par conséquent un mode de direction, ou plutôt de « guidage » des conduites, en raison (ou en dépit) de leur nature volontaire. Cela nous amène à une deuxième observation : l'important taux de respect des normes privées des normes privées semble traduire de la part des acteurs qui s'y soumettent, la conscience – ou la volonté – de se soumettre à une obligation. Les normes privées se rapprochent en cela de la problématique de l'engagement volontaire⁷²¹ qui pose, à son tour, la question des relations entre initiatives privées et réglementation publique.

Cependant, l'engagement ne repose pas toujours sur une souscription aux buts et valeurs de la norme en question. Il peut également résulter de ce qui est perçu comme une contrainte économique ; ce sont les configurations dans lesquelles les normes sont *de facto* obligatoires.

B. L'obligatorité de facto des normes privées

⁷¹⁸ Dans ce dernier secteur, la valeur de ce marché est estimée à 90 milliards de dollars. Voir H.P. EGLER, « Private Voluntary Standards: The Instruments for a Lasting Trade Policy in Africa? », *Bridges Africa Review*, Vol.1/3, ICTSD, 4th July 2012.

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ Voir C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 51, 2008, pp. 341-371.

⁷²¹ A ce sujet voir par exemple P. BÖRKEY, M. GLACHANT, « Les engagements volontaires de l'industrie : un mode original de réglementation environnementale », *Revue d'économie industrielle*, 1998, vol. 83, pp. 213-224 et N. HERVE-FOURNEREAU (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, 2008, 326 p.

Une question spécifique relative à l'effectivité des normes privées est celle de leur obligatorité *de facto*. En effet, l'application d'une norme privée qui n'est jamais obligatoire *de jure* car n'étant pas issue d'un organe étatique (et par conséquent ne peut être soumise à la contrainte étatique), peut être, dans les faits, obligatoire. C'est le cas lorsque la norme est élaborée par un acteur dominant sur un marché et imposée à l'ensemble de ses fournisseurs. L'accès à ce marché particulier est alors conditionné par le respect de la norme en question. La question de l'obligatorité *de facto* est particulièrement délicate et pose la question d'une éventuelle utilisation protectionniste des normes privées. Ce serait le cas si un Etat incitait, d'une manière ou une autre, les acteurs influents de son marché domestique à mettre en place une ou plusieurs normes particulièrement contraignantes. La norme serait alors de nature privée, mais aurait dans les faits les mêmes effets qu'une norme étatique juridiquement contraignante et restrictive pour le commerce.

Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de manière de prendre en compte l'obligatorité *de facto* d'une norme privée autrement que par son attribution à un Etat si l'implication de ce dernier est suffisante (voir *infra*, Partie 2 Titre 1). La norme n'est alors plus privée, mais devient étatique. Cependant, une norme peut également être *de facto* obligatoire sans aucune intervention étatique dans son élaboration ou son application. Pour l'instant, il n'existe aucun moyen juridique de prendre en compte ce type d'obstacle au commerce.

Il est intéressant de noter que la question de l'obligatorité *de facto* a été récemment abordée par l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD) dans le cadre de la dispute entre les Etats-Unis et le Mexique relative à l'étiquetage en matière de méthodes de pêche du thon (*Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, affaire DS381). Il s'agissait en l'espèce de déterminer si la législation américaine réglementant les conditions d'application du label *Dolphin Safe* (garantissant que le thon en question n'a pas été pêché de manière à entraîner une mortalité élevée chez les dauphins), était un règlement technique (obligatoire) ou bien une norme (volontaire) au sens de l'Accord OTC. L'obtention du label n'est pas obligatoire pour commercialiser un produit aux Etats-Unis ; en revanche, le respect des conditions énoncées par cette

législation est obligatoire pour pouvoir se prévaloir du recours à des méthodes de pêche ‘*dolphin safe*’.

Le Mexique a d’abord construit son argumentation dans le sens d’une obligation *de jure* du label, car "le respect de ces prescriptions est la seule façon de pouvoir utiliser un label *Dolphin Safe*⁷²²". A titre subsidiaire cependant, le Mexique fait valoir que la réglementation en question est *de facto* obligatoire, « parce que les conditions en vigueur sur le marché des États-Unis sont telles qu’il est impossible de commercialiser et de vendre efficacement des produits du thon sans la désignation *Dolphin Safe*⁷²³ ». L’argumentation est la suivante :

« Selon le Mexique, l'apposition d'un label *Dolphin Safe* sur les produits du thon a une "valeur commerciale importante" sur le marché des États-Unis "étant donné que les consommateurs à chaque stade de la consommation exigent ce label pour que les produits du thon puissent être vendus ou achetés".

Le Mexique fait valoir que les mesures ont un effet négatif direct sur les produits du thon importés et vendus sur le marché des États-Unis car les réseaux de distribution et de vente au détail de ce pays en ce qui concerne les produits du thon sont très sensibilisés à la question de l'absence de risque pour les dauphins et au fait qu'ils seront confrontés à des actions telles que des boycotts, encouragées par certaines ONG ayant des intérêts économiques en jeu, s'ils proposent du thon qui n'est pas désigné *Dolphin Safe*. Le Mexique fait valoir que les grandes chaînes d'épicerie des États-Unis ont indiqué qu'elles ne pourraient pas offrir de produits du thon mexicains à moins qu'ils n'arborent un label *Dolphin Safe* approuvé par le gouvernement des États-Unis. Le Mexique identifie aussi des effets négatifs indirects sur le thon capturé par la flottille de thoniers mexicaine.

Il reconnaît que l'argument des États-Unis voulant que l'apposition du label *Dolphin Safe* soit volontaire et qu'il soit licite de vendre aux États-Unis des produits du thon sur lesquels n'est pas apposé ce label "peut être juste" *de jure*. Toutefois, il estime que ***de facto*, le label est essentiel si l'on veut que les**

⁷²² Affaire *Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, Rapport du Groupe spécial du 15 septembre 2011, WT/DS381/R, p. 160.

⁷²³ *Ibid.*

produits du thon soient vendus dans les principaux circuits de distribution sur le marché des États-Unis.

Ainsi, le Mexique allègue que leurs dispositions *Dolphin Safe* ont "pour effet d'exclure les produits du thon mexicains des principaux circuits de distribution du marché des États-Unis et de créer de nouveaux obstacles au commerce". Il fait donc valoir que "le respect des prescriptions imposées par les États-Unis devient obligatoire pour la branche de production mexicaine du thon si elle veut avoir accès au marché des États-Unis"⁷²⁴ ».

Les Etats-Unis considèrent au contraire que le caractère obligatoire peut résulter uniquement d'une « action des pouvoirs publics » et que « **les préférences des consommateurs ou des détaillants ne peuvent pas, à elles seules, déterminer si une prescription en matière d'étiquetage est obligatoire**⁷²⁵ ». Par ailleurs, les Etats-Unis « font valoir que le fait que certains circuits de distribution aux Etats-Unis achètent et vendent effectivement des produits du thon qui ne sont pas étiquetés *Dolphin Safe* démontre que les dispositions de la DPCIA en matière d'étiquetage ne sont pas obligatoires⁷²⁶ ».

Le Groupe spécial ne tranche pas, dans cette affaire, la question de l'obligatorité *de facto*, car il considère que la réglementation américaine est obligatoire *de jure*. Pour lui, un document est obligatoire :

« si le document dans lequel figurent ces caractéristiques, procédés et méthodes de production a pour effet de réglementer d'une manière juridiquement contraignante ou obligatoire les caractéristiques en cause et s'il *prescrit* ou *impose* ainsi d'une manière *contraignante* ou *obligatoire* ceci: un certain produit *doit* ou ne *doit pas* posséder des caractéristiques, une terminologie, des symboles, emballages, marques ou labels ou il *doit* ou ne *doit pas* être élaboré au moyen de certains procédés et méthodes de production ».

Le Groupe spécial fait ensuite une différence entre le recours *volontaire* au label et le fait de réglementer « effectivement d'une manière contraignante l'utilisation de l'appellation⁷²⁷ ».

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 160s. Nous soulignons.

⁷²⁵ *Ibid.* p. 162. Nous soulignons.

⁷²⁶ *Ibid.* pp. 162-163.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 171.

« À notre avis, dans la mesure où elles prescrivent, dans un instrument contraignant exécutoire juridiquement, la manière dont le label *Dolphin Safe* peut être obtenu aux États-Unis et interdisent toute autre utilisation d'une désignation indiquant que le produit est issu d'une pêche sans risque pour les dauphins, les mesures des États-Unis relatives à l'étiquetage du thon "réglementent" les prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* "d'une manière contraignante ou obligatoire". Il n'est pas obligatoire de *satisfaire* à ces prescriptions et d'arbore le label pour vendre du thon sur le marché des États-Unis. Les mesures des États-Unis ne prescrivent donc pas d'une manière "positive" l'*obligation d'étiqueter*. Toutefois elles prescrivent et imposent effectivement *les conditions auxquelles* un produit peut être étiqueté *Dolphin Safe*. En particulier, elles prescrivent "sous une forme négative", selon les termes de l'Organe d'appel, qu'aucun produit du thon ne puisse être étiqueté *Dolphin Safe* ou faire autrement référence aux dauphins, aux marsouins ou aux mammifères marins s'il ne remplit pas les conditions qu'elles énoncent et, par conséquent, *imposent* une interdiction de la mise en vente aux États-Unis de produits du thon sur lesquels est apposé un label faisant référence aux dauphins et ne satisfaisant pas aux prescriptions énoncées.

Nous voyons une différence, à cet égard, entre le fait que le respect de la *norme* sous-jacente qui donne accès au label (c'est-à-dire l'utilisation de certaines méthodes de pêche pour capturer le thon) n'est pas obligatoire et le fait que les mesures prescrivent d'une manière contraignante les conditions d'utilisation de certains termes sur les labels destinés aux produits du thon, sur la base du respect ou de l'absence de respect de cette norme sous-jacente⁷²⁸ ».

Il considère enfin que la réglementation en question est obligatoire *de jure*, car les mesures, qui « ont pour fonction d'informer les consommateurs au sujet de la manière dont le thon a été capturé », « réglementent d'une manière contraignante les renseignements qui peuvent être formulés à cet égard, ainsi que la manière dont ils peuvent l'être⁷²⁹ ». Le raisonnement est le suivant :

« Premièrement, les mesures en cause sont **juridiquement exécutoires et contraignantes** dans le cadre de la législation des États-Unis (elles sont promulguées par les pouvoirs publics et incluent des sanctions légales). Il

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 170.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 171-172.

s'agit d'une composante importante du caractère "obligatoire" des mesures. Cela seul, toutefois, ne permettrait pas nécessairement de les distinguer de normes protégées dans le droit commun contre l'usage abusif et fallacieux, comme la protection des marques ou les lois contre les pratiques frauduleuses. De plus, cependant, les mesures en cause **imposent certaines prescriptions qu'il faut respecter pour pouvoir formuler *n'importe quelle* revendication** concernant la manière dont le thon contenu dans les produits du thon a été capturé relativement aux dauphins. Elles réglementent non seulement l'utilisation du label particulier en cause mais, plus généralement, l'utilisation d'un éventail de termes pour la mise en vente des produits du thon, au-delà même de l'appellation spécifique *Dolphin Safe*⁷³⁰. (...)

En outre, les mesures font du respect d'une norme spécifique le **moyen exclusif d'établir le statut *Dolphin Safe*** pour les produits du thon. Elles ne laissent aucune liberté de recourir à une autre norme pour informer les consommateurs du caractère *Dolphin Safe* du thon si ce n'est de satisfaire aux prescriptions spécifiques de la mesure. En fait, la norme *Dolphin Safe* qui trouve son expression dans les mesures en cause est, en application desdites mesures, la *seule* norme permettant de traiter la question. Au moyen de l'accès au label, les mesures réglementent effectivement le statut *Dolphin Safe* des produits du thon d'une manière contraignante et exclusive et imposent, à la fois d'une manière positive et d'une manière négative, les prescriptions pour affirmer qu'un produit est issu d'une pêche sans risque pour les dauphins. Cela distingue cette situation d'une situation dans laquelle, par exemple, diverses normes peuvent coexister concurremment pour la même question, contenant des revendications différentes mais liées et dont chacune peut être protégée à part entière⁷³¹ ».

Cette argumentation démontre que le caractère *de jure* obligatoire ne repose pas uniquement sur le caractère exécutoire et contraignant de la mesure, mais que l'absence d'alternatives (un autre label, permettant d'autres critères de protection) joue un rôle important dans la qualification de la mesure. Ceci pourrait être transposé à l'établissement du caractère *de facto* obligatoire des normes privées, qui résulte bien souvent de l'existence d'un schéma normatif prédominant sur un marché, et de

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 172.

⁷³¹ *Ibid.*

l'absence de normes concurrentes (la diversité des normes privées peut donc être un atout, et n'est pas nécessairement un obstacle au commerce).

Dans une opinion séparée, l'un des membres du Groupe spécial se prononce contre le caractère obligatoire du label américain. Il réfute d'abord son caractère obligatoire⁷³² *de jure*, puis se penche sur la question de l'obligatorité *de facto*. Pour cela, « il est nécessaire d'examiner, à titre préliminaire, si la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* englobe les situations dans lesquelles le document en cause serait obligatoire *de facto* et non pas *de jure*⁷³³ ».

« En l'occurrence, cette formulation n'exclut pas que le caractère obligatoire de la mesure puisse résulter de l'effet combiné de diverses mesures ou actions imputables au Membre en question, et non pas nécessairement, de manière exclusive, de l'instrument spécifique dans lequel les "caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant" sont énoncés. Ce qui est requis est que le respect des caractéristiques énoncées dans le document soit obligatoire. Cela ne préjuge pas nécessairement du point de savoir si le caractère obligatoire est contenu dans cet instrument lui-même. Cela n'exclut pas que des prescriptions en matière d'étiquetage volontaires et non obligatoires puissent devenir obligatoires à la suite d'"une autre action des pouvoirs publics" ou, plus généralement, d'une autre action imputable au Membre concerné⁷³⁴ ».

Pour l'auteur de l'opinion dissidente il faut donc, pour que la mesure soit considérée obligatoire, qu'elle soit « *imposée* par suite d'une autre action imputable aux Etats-Unis⁷³⁵ » ou, en d'autres termes, que le caractère obligatoire soit le résultat d'« une

⁷³² « En résumé, les mesures en cause énoncent les prescriptions imposées pour l'étiquetage *Dolphin Safe*, mais elles n'imposent aucune obligation d'étiqueter (ou de ne pas étiqueter) le thon comme étant *Dolphin Safe*. Pour cette raison, le respect des prescriptions en matière d'étiquetage en cause n'est pas "obligatoire" au sens de l'Annexe 1.1.

La notion de "respect obligatoire" au sens de l'Annexe 1.1 suppose le caractère obligatoire des *caractéristiques* prescrites dans une mesure, et non pas simplement le caractère juridiquement exécutoire des mesures. Une distinction devrait être établie dans ce contexte entre, d'une part, le caractère *juridiquement contraignant* d'un document énonçant des prescriptions en matière d'étiquetage et, d'autre part, le *respect obligatoire* des conditions signalées par l'utilisation du label. S'il peut bien être nécessaire que les mesures en cause soient juridiquement exécutoires, cela n'est pas nécessairement suffisant pour les rendre "obligatoires" au sens de l'Annexe 1.1. De fait, la notion de "respect obligatoire" se rapporte plus fondamentalement au fait que la mesure en cause prescrit ou *impose* le respect de prescriptions spécifiques pour permettre la commercialisation d'un produit, sans laisser la faculté de s'en écarter. ». *Ibid.*, p. 174-175, §§ 7.153 et 7.154.

⁷³³ *Ibid.* p. 178, § 7.169.

⁷³⁴ *Ibid.* p. 179, § 7.173.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 179, § 7.174. L'auteur cite comme exemple la situation suivante : « Il serait concevable, par exemple, que si un Membre accordait en fait la certification en ce qui concerne une norme particulière comme moyen de respecter une prescription réglementaire mais pas en ce qui concerne d'autres normes, ses actions puissent transformer cette norme, volontaire du point de vue de la forme, en un règlement technique *de facto* » (note 333).

situation factuelle suffisamment liée aux actions des États-Unis⁷³⁶ ». L'analyse doit donc comporter deux volets :

« Premièrement, l'impossibilité de commercialiser des produits du thon aux États-Unis sans le label *Dolphin Safe* doit être établie. Deuxièmement, cette impossibilité doit découler de faits suffisamment liés aux dispositions *Dolphin Safe* des États-Unis ou à une autre action du gouvernement des États-Unis⁷³⁷ ».

Pour la première question, le membre du Groupe spécial constate que l'impossibilité de commercialiser les produits du thon aux États-Unis n'est pas absolue. Le Mexique avait évoqué uniquement l'impossibilité de vendre « efficacement » ses produits. Pour lui, le fait qu'une disposition influence positivement ou négativement la compétitivité d'un produit ne suffit pas à la rendre obligatoire au sens de l'Accord OTC⁷³⁸. Par ailleurs, la décision de ne pas acheter les produits non étiquetés est celle des grands détaillants américains, non celle du gouvernement. Or, « *de telles actions privées, à elles seules, ne devraient pas pouvoir transformer une norme par ailleurs volontaire en un règlement technique*⁷³⁹ ». Dans l'impossibilité de démontrer que ces décisions sont imputables au gouvernement, la mesure ne peut pas être qualifiée d'« obligatoire ». Dans les faits, ainsi que le souligne l'argumentation des États-Unis, il apparaît que les entreprises concernées (qui pour certaines avaient mis en place leur politique avant l'entrée en vigueur de la législation actuelle) seraient prêtes à poursuivre leur politique commerciale actuelle même dans le cas d'une modification de la législation, en raison de la pression des consommateurs⁷⁴⁰. Le fait que cette politique résulte également du souci de ne pas être soumis à la concurrence des entreprises mexicaines en cas de modification de la législation ne change rien au fait que cette politique n'est pas imputable au gouvernement⁷⁴¹.

Posée dans un contexte exclusivement interétatique, la question de l'obligatorité *de facto* ne permet pas de tirer de conclusions certaines quant à la manière dont serait envisagée l'obligatorité *de facto* des normes privées. Il apparaît néanmoins que leur imputabilité à un gouvernement serait sans doute un préalable à leur prise en compte. Si la décision du Groupe spécial, qui a par ailleurs été confirmée par l'Organe

⁷³⁶ Ibid., p. 179, § 7.175.

⁷³⁷ Ibid., p. 179, § 7.175.

⁷³⁸ Ibid., p. 180, § 7.177.

⁷³⁹ Ibid., § 7.178.

⁷⁴⁰ Ibid., §§ 7.179-7.186.

⁷⁴¹ Voir spécifiquement § 7.183.

d'appel⁷⁴², ne permet pas de tirer de conclusions définitives, elle est l'occasion de s'interroger sur le rôle que seront amenées à jouer, à l'avenir, les préférences des consommateurs en tant qu'élément de politique commerciale⁷⁴³. On peut notamment se demander si elles ne devraient pas se voir attribuer un rôle indépendant, en tant qu'élément influençant les relations commerciales, en dépit de la non-intervention des pouvoirs publics.

En conclusion, il est intéressant de noter que l'effectivité d'une norme peut traduire deux réalités très différentes. Dans un premier cas de figure, elle traduit une acceptation sociale ; c'est la dimension psychologique de l'effectivité, qui découle d'une adéquation de la norme avec les perceptions de ses destinataires. Pour certains, cette dimension psychologique se double d'une dimension symbolique traduisant l'aptitude de la norme à marquer les représentations des destinataires, représentations qui elles-mêmes auraient une aptitude à marquer le réel (et donc l'évolution du droit positif⁷⁴⁴).

Dans une seconde perspective, l'effectivité de la norme ne découle pas d'une acceptation volontaire, mais d'une contrainte. Cette contrainte est de nature économique, et non juridique, mais elle pourrait conduire, à l'avenir, à la prise en compte des normes par les règles juridiques et notamment par le droit de l'OMC.

§ 2. Effectivité des « sanctions »

Il n'existe pas de sanction, au sens juridique de contrainte étatique, pour les normes privées. Cependant, il existe en pratique des mécanismes de surveillance et de contrôle de conformité qui jouent le rôle de sanction économique. Les acteurs qui ne respectent pas les prescriptions contenues dans les normes ne peuvent pas obtenir de certificat de conformité – ce qui leur interdit d'utiliser le label associé à la norme, s'il en existe un – et par conséquent, et ils risquent de perdre l'opportunité d'accéder à un marché donné.

⁷⁴² Voir WT/DS381/AB/R, Rapport du 16 mai 2012.

⁷⁴³ Pour une interrogation allant dans ce sens, voir M. JANSEN, "Product Labeling, Quality and International Trade", *Staff Working Paper*, DERD-2002-01, WTO, Development and Economic Research Division, February 2002, 41 p.

⁷⁴⁴ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 324.

L'évaluation de conformité désigne l'ensemble des activités permettant de déterminer si les critères posés par une norme sont satisfaits⁷⁴⁵ ; les normes qui y sont relatives ne contiennent donc pas de prescriptions sur les produits ou procédés de fabrication, mais réglementent l'aspect procédural de la mise en œuvre des normes « substantielles ». Elles ont pour fonction de garantir et de contrôler leur application effective.

L'évaluation de conformité peut découler d'une initiative issue du domaine public ou du domaine privé car l'Etat, aussi bien que l'entreprise importatrice, ont intérêt à s'assurer de la conformité des produits reçus aux normes qu'ils imposent. L'évaluation peut donc être demandée soit par les autorités de l'Etat importateur (si le produit doit être en conformité avec les normes étatiques) soit par l'acquéreur des produits (l'importateur, s'il lui importe que le produit respecte les normes définies par son entreprise ou celles d'un organisme international de normalisation tel que l'ISO). De la même façon, l'organisme qui évalue la conformité peut être soit public soit privé.

Pour ce qui concerne le champ des normes privées, l'évaluation de conformité peut être « privée » de deux manières différentes : d'une part, en raison de la nature privée de l'organisme de certification ou, plus rarement, d'accréditation, d'autre part, en raison du caractère privé de la norme qui sert de référentiel à l'évaluation.

L'évaluation de conformité peut concerner les caractéristiques du produit ou son mode de production ; elle peut donc exiger la mise en place de procédures plus ou moins complexes :

« En fonction du champ d'application de la norme (site de production seulement ou produit compris), l'évaluation de conformité concerne le produit et/ou le site de production. L'évaluation de la conformité des aspects sociaux et environnementaux des produits exige des procédures qui sont suivies pendant toute la chaîne de responsabilité– le circuit par lequel les produits sont distribués, depuis l'origine jusqu'à leur utilisation finale⁷⁴⁶ ».

⁷⁴⁵ UNIDO, « Les impacts des normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et sur les processus publics de normalisation », Document de la FAO/OMS, précité, p. 29.

⁷⁴⁶*Ibid.*

Par ailleurs, l'évaluation de conformité peut intervenir à un niveau plus ou moins éloigné du fournisseur du produit. Elle peut être effectuée par le fournisseur lui-même (*'first-party assessment'*), par l'acquéreur ou un organisme mandaté par celui-ci (*'second-party assessment'*) ou par un organisme tiers indépendant (*'third-party assessment'*). Le degré d'objectivité et de neutralité (impartialité) de l'évaluation varie en fonction de la méthode utilisée ; elle dépend en particulier du fait que l'entité évaluatrice est distincte de l'auteur de la norme (évaluation par une tierce partie) ou non (auto-évaluation). L'évaluation par un tiers, qui englobe la certification, les audits et les tests, est plus contraignante et plus fiable que l'auto-évaluation qui repose uniquement sur une déclaration de conformité de la part du fabricant (accompagnée éventuellement d'un audit interne).

Plusieurs procédures et acteurs sont impliqués dans l'évaluation de la conformité par un tiers⁷⁴⁷. Au sens étroit, celle-ci comprend les tests, l'inspection (les audits), la certification ainsi que la déclaration de conformité de la part du fournisseur. Au sens large, elle recouvre également la métrologie et l'accréditation des organismes de certification⁷⁴⁸. La métrologie étant très technique car relative aux mesures et à la quantification, elle ne sera pas prise en compte dans cette étude. L'accréditation en revanche, qui concerne l'établissement de la compétence des organismes de certification concerne directement les systèmes de normalisation privés et sera donc incluse dans l'analyse⁷⁴⁹.

A. Certification

La certification est l'évaluation d'un produit ou d'une entreprise au regard d'un référentiel donné. Elle « se traduit par une attestation officielle («un certificat») affirmant que le produit est conforme à la norme prescrite ou aux spécifications du client (c'est-à-dire qu'elle va au-delà des rapports d'inspection ou d'essai en laboratoire) ou par l'octroi au producteur du droit d'apposer une marque de certification sur le produit ou son emballage⁷⁵⁰ ».

⁷⁴⁷ Voir la définition que donne la norme ISO/IEC 17000:2004 'Evaluation de la conformité – Vocabulaire et principes généraux'.

⁷⁴⁸ OMC, *Rapport sur le commerce international*, 2005, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁴⁹ Il est parfois contesté que les organismes d'accréditation fassent partie des organismes d'évaluation de conformité. En effet, ils n'évaluent pas à proprement parler la conformité d'un produit, mais la compétence d'un organisme de certification. S'ils se situent donc à un niveau différent dans la chaîne de l'évaluation de conformité, ils n'y sont pas extérieurs. De plus le recours fréquent à l'accréditation dans le cadre des normes concernant la santé ou la sécurité sanitaire nous incite à les prendre en compte.

⁷⁵⁰ OMC, *Rapport sur le commerce international*, 2005, *op. cit.*, p. 109.

La certification est nécessairement effectuée par un organisme tiers. En raison de cette indépendance du contrôle, et de l'octroi d'un « certificat » formel de respect de la norme (de ces garanties d'objectivité), la certification est le mode d'évaluation le plus utilisé dans les domaines de la santé ou de la sécurité⁷⁵¹.

Il est nécessaire de distinguer la certification de l'attribution d'un label, signe distinctif faisant apparaître sur un produit la mention que celui-ci respecte, dans ses caractéristiques ou dans son monde de production, les exigences d'une norme donnée. Le label peut être attribué à l'issue de la procédure de certification, si celle-ci permet de constater le respect de la norme, et donne le droit au producteur de faire figurer sur le produit le résultat de l'évaluation de conformité.

Cependant, la certification n'entraîne nécessairement le droit d'utiliser un label. Ainsi, pour les normes utilisées dans les relations interentreprises (*business-to-business*), la certification reste généralement invisible aux yeux du consommateur car le respect de la norme intéresse ici uniquement l'acheteur ou le distributeur. C'est le cas par exemple des codes de conduite propres à une entreprise comme IKEA ou H&M, qui définissent les conditions que doit remplir le fournisseur afin de voir ses produits acceptés par l'entreprise ; ces conditions ne sont pas visibles pour le consommateur final. En d'autres termes, alors que la certification désigne à la fois le processus et le résultat de l'évaluation de conformité, le label est un outil d'information permettant de rendre ce résultat visible aux yeux du consommateur.

Enfin, notons avec G. Louis que :

« La certification d'entreprises se distingue de la certification de produits. En effet, on peut trouver des entreprises certifiées qui vendent des produits standard et inversement des entreprises non certifiées qui vendent des produits sous signes officiels de qualité ou d'origine⁷⁵² ».

B. Test et inspections

Les tests et inspections peuvent être effectués à la demande du fournisseur, de l'acquéreur ou des autorités nationales, qui peuvent, pour cela, avoir recours à des

⁷⁵¹ OMC, *Rapport sur le commerce mondial*, 2005, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁵² G. LOUIS, « Les signes officiels d'identification de la qualité et de l'origine des produits agricoles et alimentaires », *Rapport présenté au nom de la section de l'agriculture et de l'alimentation*, adopté par l'Avis du Conseil économique et social du 14 mars 2001, Paris, 2001, p. II-143.

institutions commerciales spécialisées. Les deux termes sont souvent utilisés ensembles et de manière indifférenciée, mais ils désignent deux procédures distinctes. Les tests font référence à des examens techniques du produit en laboratoire permettant de déterminer si celui-ci présente les caractéristiques requises par la norme (résidus de pesticides, calibrage, etc.) alors que l'inspection se fait en général de manière « visuelle » et repose sur l'évaluation subjective de l'inspecteur⁷⁵³. Egalement appelée audit, l'inspection a pour but de vérifier, dans les locaux de production, si les conditions de travail et d'hygiène sont conformes aux normes applicables à l'entreprise. Les audits sont souvent demandés par les sociétés de grande distribution, qui imposent à leurs fournisseurs certaines conditions (voir la norme IWAY d'IKEA, déjà citée). Les audits peuvent être internes à l'entreprise (réalisés par le fournisseur lui-même) ou effectués par une partie tierce : consultants, organe indépendant ou parties agréées⁷⁵⁴. Parfois, une combinaison des deux est appliquée (c'est le cas pour le code IKEA)⁷⁵⁵. L'audit comprend une visite du site de production, un examen des documents et des entretiens avec le personnel, sur la base desquelles l'auditeur établit son rapport. Celui-ci peut demander des mesures correctives ainsi que des délais de mise en œuvre⁷⁵⁶.

Remarque : Alors que les tests et les inspections sont nécessairement relatifs aux caractéristiques des produits ou aux modalités de fabrication, la certification peut également s'appliquer à l'évaluation d'un système, c'est-à-dire au dispositif normatif mis en place par une entreprise pour répondre à une norme spécifique (par exemple d'un système de management de la qualité tel qu'il est décrit par la norme ISO 9000).

C. Accréditation

Afin d'augmenter encore sa légitimité et sa crédibilité aux yeux des consommateurs ou des entreprises requérant la certification, un laboratoire, un organisme d'inspection ou un organisme de certification peut avoir recours à l'accréditation.

Ce terme désigne « *l'attestation de la compétence, de l'impartialité et de l'indépendance d'un organisme certificateur, d'un laboratoire ou d'un organisme*

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ UNIDO, *précité*, p. 29.

⁷⁵⁵ D'après UNIDO p. 30, le coût de l'audit est en général supporté par l'acheteur lorsqu'il s'agit de son propre code de conduite, alors que les frais de certification sont à la charge du fournisseur. Il existe cependant des exceptions à cette règle, voir IKEA.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 30.

*d'inspection au regard des normes en vigueur*⁷⁵⁷ ». Cette évaluation est toujours effectuée par un organisme indépendant et atteste de la compétence de l'organisme demandeur à remplir correctement sa mission d'évaluation de conformité.

L'accréditation se fait sur la base d'une norme ou référentiel normatif définissant les modalités de la certification. Ainsi, les organismes d'accréditation adoptent généralement un ensemble de « bonnes pratiques » que l'organisme demandeur doit respecter afin d'obtenir l'accréditation⁷⁵⁸. Par exemple, dans le cadre du système IFOAM, les organismes de certification souhaitant obtenir l'accréditation IFOAM doivent respecter les '*IFOAM Basic Standards*' (remplacé depuis août 2012 par le '*IFOAM Standard*'⁷⁵⁹) et les '*IFOAM Accreditation Requirements*'. L'accréditation est délivré par un organisme indépendant nommé *International Organic Accreditation Service Inc.* Depuis 2010, IFOAM a mis en place un système d'accréditation supplémentaire, le '*IFOAM Global System Accreditation*' (IGOSA). Ce système est fondé sur la notion d'équivalence et permet l'accréditation de tout organisme qui respecte une norme de la '*IFOAM Family of Standards*', à condition qu'il respecte également les critères d'accréditation d'IFOAM⁷⁶⁰.

L'accréditation suppose souvent une certaine implication étatique, que l'organisme d'accréditation soit lui-même un organisme public ou que l'Etat reprenne à son compte la décision d'accréditation. Mais il se peut également que l'auteur de la norme ait son propre organisme d'accréditation, sous la forme d'une « filiale » - en général une branche de l'organisation devenue au fil du temps une société indépendante⁷⁶¹. La SAI et le FSC avaient ainsi des départements d'accréditation, devenus des sociétés indépendantes (voir *supra*, le chapitre introductif). On peut cependant dans ces hypothèses s'interroger sur l'indépendance effective de l'accréditation.

⁷⁵⁷ <http://www.industrie.gouv.fr/portail/pratique/accreditation.html>

⁷⁵⁸ Ici réside un important potentiel d'harmonisation (ou à défaut de reconnaissance mutuelle) entre les organismes. En effet, l'adoption d'un référentiel commun permet de faciliter la reconnaissance d'une accréditation par différents organismes, voire par différents Etats. Nous en verrons les détails dans la Partie 2, Titre 2.

⁷⁵⁹ http://www.ifoam.org/about_ifoam/standards/norms.html (15.09.2012).

⁷⁶⁰ IFOAM s'efforce également de promouvoir son système d'accréditation en tant qu'outil d'harmonisation auprès des gouvernements. Voir le document "How Governments Can Regulate Imports of Organic Products Based on the Concepts of Harmonization and Equivalence," IFOAM, juillet 2011, 7 p., http://www.ifoam.org/press/positions/pdfs/Policy_Brief_Imports_web.pdf (15.09.2012)

⁷⁶¹ UNIDO, *op. cit.*, p. 26 : « Certains propriétaires de normes (l'entité qui écrit la norme) participent aussi à l'accréditation des parties tierces appelées à certifier la norme ou peuvent eux-mêmes avoir une filiale qui certifie la norme ».

L'évaluation de conformité est génératrice de coûts ; ceux-ci peuvent être prohibitifs pour les petites entreprises issues des pays en développement et empêcher ainsi certains producteurs d'accéder à un marché. Un rapport de l'UNIDO estime ainsi que le coût journalier de la certification sociale SA 8000 comprend entre 500 et 1500 dollars ; ce calcul prend en compte les honoraires fixés par les auditeurs en fonction de la taille de l'usine, de son implantation et du nombre de jours nécessaires.

A côté du coût de certification proprement dit, il existe de nombreuses dépenses « associées » : coût des mesures préventives et correctives pour arriver à la conformité, coût de la préparation de l'audit, coût des audits intermédiaires, le cas échéant, coût des mesures correctives prises en cas de non-conformité⁷⁶². Afin de réduire ces coûts, la certification de groupe est présentée comme une option possible⁷⁶³.

L'effectivité des normes privées peut donc être influencée par ces considérations économiques : si un acteur économique n'a pas les moyens de mettre en œuvre une norme et de maintenir le respect de ses prescriptions, son effectivité risque d'en être amoindrie.

Section 2. Cohérence interne : légitimité

La légitimité peut être définie comme la « *qualité de conformité au critère normatif qui fixe les paramètres de valorisation de l'objet qu'il règle et par lequel on prédit ou non la légitimité*⁷⁶⁴ ». En d'autres termes, la légitimité désigne la conformité à certaines valeurs prédéfinies, cette conformité étant la condition de la « valorisation » de l'objet considéré. La légitimité est donc un critère éminemment subjectif, en ce qu'il suppose la définition préalable de certaines valeurs par rapports auxquelles elle sera évaluée.

Pour cela, la légitimité, qui est souvent considérée comme un critère de validité des normes juridiques, est sans doute la dimension la moins « indépendante » de la validité. En effet, peut être confondue avec l'une des deux autres dimensions de la validité : légalité d'une part (une règle édictée conformément aux règles de

⁷⁶² Voir UNIDO, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁶³ Voir Partie 2, Titre 2.

⁷⁶⁴ F. JAVIER DE LUCAS, « Légitimité », in ARNAUD (A.-J.) *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 343-345, p. 343.

compétence et de procédure en vigueur serait une règle légitime⁷⁶⁵) ou effectivité d'autre part (une norme effectivement appliquée, et donc socialement acceptée, serait également légitime⁷⁶⁶). Ceci résulte du caractère flexible et subjectif de la notion de légitimité, dont le contenu ne peut être défini précisément mais varie en fonction des circonstances et des personnes concernées. On peut ainsi admettre avec F. JAVIER DE LUCAS que « chaque époque a sa propre notion de légitimité ». Nous ajouterons que, pour une même époque, la compréhension de la légitimité varie également dans l'espace, selon la société dans laquelle on se place et dont on adopte le regard.

La légitimité est également la dimension la moins « juridique » de la validité, car elle implique la prise en compte de plusieurs considérations extérieures au droit : le fondement socio-politique d'un système d'une part, les perceptions et jugements de valeur des membres d'une société d'autre part. La légitimité implique en effet la *reconnaissance* d'une règle comme étant (moralement, socialement) acceptable ; cette reconnaissance fait en principe naître la volonté de s'y soumettre. Alors que dans sa dimension individuelle elle fait appel à l'acceptation des *valeurs* véhiculées par la norme, la légitimité implique, dans sa dimension systémique, la reconnaissance du *pouvoir* qui est à l'origine de la règle. En ce sens, la légitimité peut être définie comme la « *qualité qui, attribuée à un ordre juridico-politique, suppose sa 'reconnaissance' comme domination, et la reconnaissance de sa capacité à dicter des ordres auxquels on doit obéir*⁷⁶⁷ ».

Dans les deux sens, individuel et collectif, la légitimité possède un caractère de **justification** et désigne toute norme ou tout ordre juridique qui a été jugé digne d'être respecté et appliqué par l'ensemble de ses destinataires. En ce sens, la notion de légitimité touche aux fondements du droit, mais aussi du pouvoir (ou des pouvoirs) régissant une société⁷⁶⁸ ; elle est, alors, une notion politique.

⁷⁶⁵ Notamment dans les théories de WEBER et de KELSEN ; voir à ce sujet F. JAVIER DE LUCAS, « Légitimité », in ARNAUD (A.-J.) et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 343-345., p. 344. L'étymologie du terme « légitime » va également dans ce sens : issu du latin *legitimus*, et dérivé de *lex*, il désigne ce qui est établi par loi, conformément à la loi, juste. « Dans ce sens, l'analyse étymologique ne fait apparaître aucune différence entre les termes *légitime* et *légal* ». F. JAVIER DE LUCAS., « Légitimité », p. 343.

⁷⁶⁶ Il s'agit de l'explication de la légitimité par la performance, telle qu'elle est décrite notamment chez N. LUHMANN, voir F. JAVIER DE LUCAS, p. 344.

⁷⁶⁷ F. JAVIER DE LUCAS, *op. cit.*.

⁷⁶⁸ Cette réflexion sur les fondements du pouvoir a d'ailleurs conduit à l'assimilation entre légitimité et légalité. Ainsi par exemple, la théorie wébérienne de la légitimité, qui « présuppose cependant une réduction de la légitimité au niveau formel exclusivement (...) en rejetant ce qui est idéologique, que nous pouvons qualifier de légitimité substantielle, relative aux buts et valeurs poursuivis ». F. JAVIER DE LUCAS, *op. cit.*, p. 344.

L'essai de formulation d'une théorie purement juridique de la légitimité, tel qu'il a été construit par Kelsen, conduit à l'assimilation entre légitimité et validité, « *résolue intra-systématiquement par la structure normative de l'ordonnement juridique et, en dernier recours, par la norme fondamentale : l'obligation à l'obéissance, l'obéissance juridique n'est pas une donnée étrangère à la norme juridique, mais la norme même*⁷⁶⁹ ». La légitimité est ici entendue en son sens formel, à l'exclusion de toute dimension idéologique. Cette légitimité « positiviste » est « *réduite à la cohérence du discours juridique, sans référence ni orientation matérielle*⁷⁷⁰ ». De même, les théories assimilant légitimité et effectivité se fondent sur les seuls résultats obtenus, non sur le contenu des normes. La justification résulte ici de la structure, ou de la performance.

Ayant déjà examiné la question de la performance sous l'aspect de l'effectivité des normes (Chapitre 1), nous ne reviendrons pas sur cet aspect de la légitimité par la suite.

Il est également possible d'envisager une légitimité *matérielle*, reposant sur le respect de certaines valeurs comme fondement de l'acceptation des normes ou du système. La reconnaissance dépend alors d'un jugement de valeur par le destinataire des normes si l'on se place dans une perspective interne (acceptation sociale)⁷⁷¹, ou de l'observateur si l'on se place dans une perspective externe, doctrinale :

« Le jugement de légitimité est fonction nécessairement d'un choix de valeurs qui demande à être justifié par des arguments rationnels bien qu'ils ne soient pas susceptibles d'un fondement absolu »⁷⁷².

Ceci signifie que la reconnaissance de la légitimité se fonde nécessairement sur l'existence d'un discours dominant au sein d'une société, qui en définit les valeurs et les exigences sur la base d'« intérêts universalisables⁷⁷³ » ; elle repose sur un consensus social qui n'est cependant pas nécessairement absolu. Comme l'effectivité, la légitimité est d'ailleurs également variable dans le temps ; le terme « légitimation⁷⁷⁴ », utilisé en sociologie du droit, renvoie ainsi à la dimension

⁷⁶⁹ F. JAVIER DE LUCAS, *op. cit.*, p. 344.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁷⁷¹ Dans le cas des normes privées il peut s'agir des destinataires immédiats (producteurs, fournisseurs, etc.) mais aussi, et le plus souvent, des destinataires médiats que sont les consommateurs et plus largement l'ensemble de la société.

⁷⁷² F. JAVIER DE LUCAS, *op. cit.*, p. 344.

⁷⁷³ L'expression est de F. JAVIER DE LUCAS, *ibid.*

⁷⁷⁴ F. JAVIER DE LUCAS, *op. cit.*, p. 343.

temporelle de la légitimité et au fait qu'elle dépend des perceptions, par définition variables, des destinataires d'une norme ou des sujets d'un ordre juridique.

Nous envisagerons ici uniquement la dimension axiologique de la légitimité, c'est-à-dire l'ensemble des valeurs sur lesquelles reposent les normes privées et qui constituent leur fondement théorique. Nous distinguerons à ce titre deux notions, fondamentales pour comprendre les normes privées, qui ne sont pas elles-mêmes des valeurs mais qui en sont porteuses : il s'agit de la qualité d'une part (section 1), et de l'éthique des affaires d'autre part (section 2).

§ 1. Normes privées et qualité

La qualité est définie, dans la langue courante, comme « *ce qui fait qu'une chose est plus ou moins recommandable* », ou comme un « *degré plus ou moins élevé d'une échelle de valeurs pratiques* » ; mais elle désigne aussi « *ce qui rend une chose bonne, meilleure ; ce qui la rend recommandable, fait sa valeur*⁷⁷⁵ ». Il semblerait, d'après ces définitions, que la qualité est nécessairement associée à un jugement de valeur et à une comparaison entre plusieurs objets similaires ; cette démarche d'évaluation aboutit en définitive au classement de l'objet envisagé sur une échelle de valeurs. Nous allons envisager successivement la notion (A) et ses fonctions (B).

A. La notion de qualité

La qualité est une notion complexe parce qu'elle doit être appréciée individuellement pour chaque produit et que, pour chaque produit, elle concerne toutes les étapes de sa production, de sa transformation et éventuellement de son conditionnement. Paradoxalement donc, la définition de la qualité ne peut être que très générale ou au contraire très spécifique. Générale si l'on tente de décrire son essence, de saisir ce qui est commun à tous les produits jugés « de qualité » ; spécifique lorsqu'elle est appliquée à un produit particulier. Dans les deux cas, les attentes des consommateurs y jouent un rôle déterminant ; la qualité est en effet une notion éminemment subjective. C'est également sur les attentes des consommateurs que se fonde l'utilisation stratégique de la qualité par les entreprises qui élaborent des normes privées, que ce soit pour répondre à une demande existante ou au contraire pour susciter une telle demande.

⁷⁷⁵ *Le Robert de la langue française*, 2009.

La norme ISO 8402:1994 donne de la qualité la définition générale suivante :

« La qualité est l'ensemble des propriétés et caractéristiques d'un produit, d'un processus ou d'un service qui lui confère son aptitude à satisfaire des besoins implicites et explicites⁷⁷⁶ ».

Cette définition a été modifiée dans la série ISO 9000 qui remplace la norme ISO 8402. La qualité est à présent définie comme l' *« aptitude d'un ensemble de caractéristiques intrinsèques à satisfaire des exigences⁷⁷⁷ ».*

Formulée de manière plus large, la seconde définition remplace le terme *besoins* par celui d'*exigences*, ce qui traduit – comme nous le verrons ultérieurement – un passage d'une perception purement « utilitaire » de la qualité à l'élargissement progressif de son champ d'application jusqu'à y inclure des considérations non liées directement au bien-être du consommateur. Cette définition insiste également sur le caractère intrinsèque des caractéristiques génératrices de qualité, ce qui semble introduire une distinction entre la qualité liée aux caractéristiques du produit et à la qualité résultant de son mode de production⁷⁷⁸.

Cette définition, qui semble pourtant générale, traduit donc en réalité un caractère très « situé » de la conception de la qualité et, par conséquent, l'expression d'une subjectivité qui est, en l'occurrence, celle de l'ISO. Faute de définition réellement objective de la qualité, nous retiendrons ces deux définitions comme symptomatiques de la variabilité des perceptions de la qualité.

⁷⁷⁶ Cité par G. LOUIS, Rapport sur « Les signes officiels d'identification de la qualité et origine des produits agricoles et alimentaires », *Avis adopté par le Conseil économique et social* le 14 mars 2001, 210 p. <http://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2001/01031404.pdf> p. 15. Cette définition provient de la norme ISO 8402:1994, première norme de l'ISO relative à au management de la qualité (aujourd'hui annulée, cette norme a été remplacée par les normes de la série 9000). Cette norme définit également ce qu'est l'assurance de la qualité, à savoir *« l'ensemble des activités préétablies et systématiques mises en œuvre dans le cadre du système qualité, et démontrées en tant que de besoin, pour donner la confiance appropriée en ce qu'une entité satisfera aux exigences pour la qualité »* et le système qualité : *« ensemble de l'organisation, des procédures, des processus et des moyens nécessaires pour mettre en œuvre le management de la qualité »*. Aujourd'hui, la définit la qualité

⁷⁷⁷ Norme ISO 9000:2000 ; le terme intrinsèque s'oppose ici à « attribué », il désigne une caractéristique permanente du produit.

⁷⁷⁸ On peut se demander si l'emploi de ce terme ne cache pas l'apparition d'une certaine ambiguïté quant à la qualité issue des « processus » ; clairement citée dans la première définition, les processus pourraient avoir été volontairement omis dans la seconde. En effet, jusqu'où la qualité des conditions de production (pollution, conditions de travail, etc.) influence-t-elle celle du produit final ? C'est la question qui s'est posée sous la forme de la similarité dans le domaine des contentieux commerciaux. Le terme « intrinsèque » pourrait avoir été introduit afin de souligner que, pour être prise en compte, la qualité des processus présenter un lien suffisamment fort avec celle du produit ; ce lien doit être assez fort pour justifier la qualité « intrinsèque » du produit lui-même (nous n'avons cependant pas trouvé de document prouvant ce point de vue, textes sur l'élaboration de la norme ISO 9000:2000, par exemple).

Dans les deux définitions précitées, les *besoins* et *exigences* en question sont celles du consommateur final, car c'est à lui que s'adressent, en dernier lieu, les normes privées : que ce soit dans le but de le protéger, de l'informer ou d'orienter son choix, les normes privées ne sont « efficaces⁷⁷⁹ » que lorsqu'elles ont une influence sur ses choix de consommation. Même les normes privées « invisibles », qui n'apparaissent pas aux yeux du consommateur à travers un label ou tout autre signe distinctif, ont souvent pour but ultime d'améliorer l'image de l'entreprise qui les met en œuvre aux yeux du consommateur ; celui-ci est donc ici aussi l'ultime destinataire de la norme, quoique de manière plus indirecte.

Certaines normes ne poursuivent un but de qualité que de manière indirecte : il s'agit des normes qui ont pour objet la « standardisation » des produits au sens de leur uniformisation ; ce sont les normes dites « techniques », relatives au calibrage, seuils de résidus, etc. Leur but premier étant de faciliter les transactions, elles ne sont pas en principe liées à la satisfaction d'un besoin du consommateur (si l'on excepte l'intérêt indirect que tout consommateur peut trouver au bon déroulement des opérations commerciales). En réalité cependant, ces normes définissent des attributs qui répondent, eux aussi, à un besoin particulier, tel que l'a évalué et défini l'auteur de la norme : taille des fruits et légumes, taux de résidus minimums, etc.

Il apparaît donc que la qualité (et par conséquent le contenu des normes privées) est toujours déterminée, en définitive, par l'appréciation subjective des consommateurs⁷⁸⁰, mais uniquement telle que celle-ci est perçue par l'auteur de la norme – ce qui traduit l'important potentiel qui existe pour une utilisation stratégique de la qualité.

1. Variabilité

Les attentes des consommateurs sont par nature subjectives et variables, aussi bien dans le temps que dans l'espace. En ce sens, la qualité des produits est nécessairement une notion « localisée » et ponctuelle, qui peut faire l'objet d'une définition « universelle ». Ou, en d'autres termes, il ne peut être question d'« une » qualité générale, mais de plusieurs « qualités » évaluées au cas par cas.

⁷⁷⁹ L'efficacité désigne ici l'adéquation de la norme à la réalisation de l'objectif qu'elle se fixe.

⁷⁸⁰ Par conséquent, le processus de détermination de la qualité est indissociable d'une étude des préférences des consommateurs dans un contexte déterminé.

Un exemple de variabilité temporelle de la qualité est l'engouement récent que l'on constate pour les propriétés « éthiques » d'un produit : alors que jadis la qualité portait uniquement sur la performance d'un produit, c'est-à-dire son aptitude à remplir sa fonction sans dysfonctionnement, on demande aujourd'hui au produit de respecter certaines valeurs : protection de l'environnement (absence de pollution ou de destructions de l'environnement lors de la production), respect des droits sociaux (conditions de travail acceptables, pas de travail des enfants), etc. En d'autres termes, si la qualité était du ressort du *besoin*, elle est aujourd'hui du ressort de l'*exigence* (voir *supra*). Nous appellerons « qualité au sens strict » la qualité limitée au bon fonctionnement d'un produit (plus exactement, son aptitude à remplir sa fonction) par opposition à la qualité « élargie » telle qu'on la conçoit aujourd'hui.

La variabilité spatiale concerne, elle, les perceptions différentes d'une même caractéristique ou d'un même procédé de fabrication en fonction de la localisation géographique du consommateur. Le cas du « poulet chloré » constitue un exemple de cette variabilité au niveau transatlantique : alors qu'aux Etats-Unis la stérilisation par trempage dans une solution chimique est considérée comme un gage d'innocuité et donc de qualité des produits, cette pratique est considérée négativement en Europe, où le poulet chloré en provenance d'Amérique fait l'objet d'un embargo commercial depuis 1997⁷⁸¹. Alors que le consommateur européen accorde plus d'importance aux conditions d'élevage, le consommateur américain tend à privilégier les caractéristiques finales du produit. On le voit, la qualité est très dépendante des *perceptions* ; celles-ci à leur tour sont influencées avant tout par des considérations culturelles, par définition variables dans le temps et dans l'espace.

Revenons sur la distinction entre besoins (ou exigences) « implicites » et « explicites » adoptée par la première définition de l'ISO. Quelle importance faut-il lui accorder ? Influence-t-elle d'une quelconque manière la définition de la qualité elle-même ? Pour G. LOUIS, les *besoins implicites*, « intuitivement essentiels⁷⁸² »,

⁷⁸¹ En 2008, une proposition de la Commission de lever l'embargo a été adoptée. Voir l'article paru dans *Le Monde* du 29.05.2008, « Le retour des poulets chlorés suscite de nombreuses protestations ». Egalement *Le Figaro*, « Bruxelles donne son feu vert au poulet chloré », édition datée du même jour. Cette proposition a cependant été rejetée par le Comité permanent de la chaîne alimentaire et de la santé animale et le Conseil agriculture et pêche de l'UE, ce qui a donné lieu à une plainte des Etats-Unis devant l'ORD de l'OMC le 16 janvier 2009. Pour l'instant, un groupe spécial a été établi, mais pas encore constitué. Voir CE – *Certaines mesures visant la viande de volaille et les produits à base de viande de volaille en provenance des Etats-Unis*.

⁷⁸² G. LOUIS, « Les signes officiels d'identification de la qualité et de l'origine des produits agricoles et alimentaires », *Rapport précité*, p. 16.

recouvrent la sécurité sanitaire, la sécurité d'usage, mais aussi une certaine « loyauté des transactions » qui inclurait notamment la véracité des informations fournies par l'étiquetage. Les *besoins explicites*, plus difficiles à cerner, recouvriraient différentes exigences allant des modes de production (origines, méthodes, producteurs) aux caractéristiques du produit lui-même, y compris son prix; ils seraient rattachés à la satisfaction du consommateur et au service (c'est-à-dire à la commodité d'emploi). On note que les besoins implicites correspondent ici à la définition stricte de la qualité telle que nous l'avons mise en évidence plus haut (performance, capacité de remplir sa fonction) alors que les besoins explicites correspondent à la qualité au sens large (exigences « éthiques » supplémentaires). Il ne faut cependant pas surestimer la portée de cette distinction. L'exemple de l'innocuité des produits⁷⁸³ montre qu'il n'existe pas de dichotomie réelle entre les deux notions, mais plutôt un glissement progressif, et sans doute le plus souvent inconscient, dans la perception des consommateurs.

Il est intéressant de noter que, si la satisfaction des besoins implicites est traditionnellement attribuée aux pouvoirs publics et celle des besoins explicites aux professionnels, cette tendance semble aujourd'hui s'inverser ou plus exactement s'équilibrer avec la prolifération des normes privées. En effet, de nombreuses normes privées ont pour objet la sécurité sanitaire ou la sécurité d'emploi des produits (domaine traditionnellement étatique), alors que les normes publiques réglementent de plus en plus souvent les conditions de production et leurs impacts environnementaux (comme le montre la multiplication des écolabels nationaux). La qualité des produits s'avère donc être l'un des domaines qui révèlent une imbrication croissante des réglementations publiques et privées.

Un autre domaine dans lequel se révèle la variabilité de la notion de qualité est la question de la relation entre la qualité des produits et leur prix. Alors que la qualité a pu, à une époque, être considérée comme le privilège des consommateurs fortunés

⁷⁸³ L'innocuité des produits se situe quelque part entre les deux pôles : alors qu'il a toujours été *implicite* qu'un produit ne remplit pas sa fonction s'il porte préjudice au consommateur, cette exigence est aujourd'hui plus clairement formulée. Suite à plusieurs scandales sanitaires, le consommateur averti demande aujourd'hui, en plus de l'absence de dommage, l'exercice d'un « droit de regard » sur les conditions de production d'un produit, sa traçabilité, afin de déterminer de manière préventive son innocuité. Cette exigence, devenue *explicite*, est aussi l'une des composantes de la qualité au sens large telle qu'on la conçoit aujourd'hui.

ayant les moyens d'acheter des produits chers et « de qualité »⁷⁸⁴, il serait plus juste de définir aujourd'hui la qualité comme « toute propriété du produit pour laquelle le consommateur est prêt à payer ». La qualité n'est alors plus comprise comme une caractéristique du produit « haut-de-gamme » répondant aux exigences particulières d'une tranche spécifique de consommateurs, mais comme l'ensemble des caractéristiques répondant aux préférences d'un groupe de consommateurs (ou « préférences collectives »). La qualité n'est plus le fait d'« aller au-delà » de certaines caractéristiques de base d'un produit, mais désigne au contraire la redéfinition de ces caractéristiques de base pour un segment du marché⁷⁸⁵.

2. Subjectivité

Nous avons vu que ce n'est plus aujourd'hui l'entreprise, mais le consommateur qui définit la qualité, en obligeant les producteurs à prendre en compte ses exigences spécifiques⁷⁸⁶.

Quel que soit l'angle sous lequel on aborde la qualité (critères de choix, prix), l'élément subjectif est donc prédominant. Ceci vaut également pour les secteurs à connotation moins « émotionnelle » que celui de l'alimentation, par exemple pour le secteur des hautes technologies : même dans ce domaine hautement technique la satisfaction du consommateur ne dépend plus uniquement des propriétés techniques du produit⁷⁸⁷. L'élément subjectif peut donc être plus ou moins important sur un marché donné, mais il n'en est jamais totalement absent.

Afin d'éviter une dissolution de la notion de qualité dans une évaluation individualiste, la « subjectivité » que nous considérerons n'est pas celle de l'individu, mais celle du groupe. Nous pensons en effet que la notion de *préférences collectives* est la plus apte à servir de base à la définition de la qualité pour un segment de marché donné.

Sur les marchés, si la définition de la qualité n'est pas possible sans l'expression des préférences individuelles, elle résulte en fin de compte de l'évaluation de ces préférences par un tiers (l'entreprise, la société civile ou, en d'autres termes, l'auteur de la norme) qui portera son attention sur l'émergence d'une préférence majoritaire,

⁷⁸⁴ Cette conception n'a cependant pas entièrement disparu. La qualité demeure susceptible de gradations ; la norme 9000:2005 précise ainsi que « le terme 'qualité' peut être utilisé avec des qualificatifs tels que médiocre, bon ou excellent ».

⁷⁸⁵ J. TENDON, « La qualité : une définition stratégique », <http://www.systemic.ch/NewArticles/article001.htm> (03.04.2012)

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ Voir J. TENDON, *op. cit.*

collective. Ce regard peut d'ailleurs être erroné, ou biaisé – et viser par exemple à créer une préférence⁷⁸⁸ plus qu'à en prendre acte. Ceci fonde alors une double dimension ou « double profondeur » de la subjectivité : subjectivité du consommateur d'une part, subjectivité de celui qui évalue les préférences collectives d'autre part.

3. *Qualité des produits et qualité des processus*

Il importe de noter que la qualité des produits est aujourd'hui indissociable de la qualité des processus ; la première n'est plus suffisante pour obtenir la satisfaction des consommateurs. Par ailleurs, en plus de sa dimension technique, la qualité revêt aujourd'hui également une dimension de « management », dans la mesure où elle s'étend à l'ensemble de la gestion de l'entreprise productrice (et parfois au-delà aux questions de transport et de stockage). En d'autres termes, le choix de consommation se fait aujourd'hui non seulement en fonction des caractéristiques physiques du produit, mais prend en compte tous les facteurs liés aux conditions de production et à leurs impacts sociétaux. Les éventuelles « externalités négatives » de ce processus, telles que la pollution, ou une politique sociale insatisfaisante sont autant de facteurs influant directement sur l'appréciation de la qualité par le consommateur.

4. *Normes minimales de qualité*

Sur le plan juridique, la notion de qualité est surtout utilisée dans le contexte de la réglementation des produits alimentaires (*'food law'*)⁷⁸⁹. A l'origine issue du domaine économique⁷⁹⁰ la qualité y est souvent utilisée sous la forme de la « qualité minimale », concept qui désigne les prescriptions, socialement ou juridiquement définies, en-deçà desquelles ne peuvent se situer les propriétés d'un produit. Cette notion de qualité minimale est par conséquent souvent utilisée en relation avec celle de « normes minimales » (au sens de « normes minimales de qualité »)⁷⁹¹. En général,

⁷⁸⁸ Pour reprendre les termes de J. TENDON, la satisfaction des clients n'est que le critère minimal – « l'enchantement » serait l'idéal. Or cet « enchantement » peut être conditionné par le marché.

⁷⁸⁹ G. C. MOSCHINI, L. MENAPACE, D. PICK, "Geographical Indications and the Competitive Provision of Quality in Agricultural Markets", *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 90, 2008, pp. 794-812.

⁷⁹⁰ Pour un ouvrage général, voir B. COESTIER, S. MARETTE, *Economie de la qualité*, La Découverte, Paris, 2004, 128 p.

⁷⁹¹ La littérature économique en examine les conséquences concurrentielles. U. RONNEN, 'Minimum Quality Standards, Fixed Costs, and Competition', *RAND Journal of Economics*, vol. 22/4, 1991, p. 490-504, ainsi que les effets sur le commerce international, D. PETROPOULOU, "International Trade, Minimum Quality Standards and the Prisoner's Dilemma", *Center for Economic Performance, Discussion Paper n° 858*, 2008,

http://eprints.lse.ac.uk/19626/1/International_Trade%2C_Minimum_Quality_Standards_and_the_Prisoners'_Dilemma.pdf

(qui considère les normes minimales de qualité comme des barrières au commerce) ; A. BOOM, 'Asymmetric International Minimum Quality Standards and Vertical Differentiation', *Journal of Industrial Economics*, vol. 43, 1995, p. 101-119. Également R. HERNAN, P. KUJAL, "Market Access and Minimum Quality Standards", *Economics Working Papers*, Universidad Carlos III, 2004, [http://www.ugr.es/~xxjei/JEI\(23\).pdf](http://www.ugr.es/~xxjei/JEI(23).pdf)

Voir également H. LAPAN, GC MOSCHINI, "Grading, Minimum Quality Standards, and the Labeling of Genetically Modified Products", *American Journal of Agricultural Economics*, vol. 89, 2007, pp. 769-783.

les « normes minimales » font référence aux normes imposées par les Etats, et s'opposent aux normes privées⁷⁹². Paradoxalement, la mise en place d'une réglementation minimum par l'Etat résulte d'une asymétrie de l'information ayant restreint la possibilité d'un choix éclairé par le consommateur et conduit à une baisse de la qualité des produits⁷⁹³. Or cette réglementation a été examinée, par une littérature plus récente, sous l'angle d'une distorsion du commerce international.

Pour les normes privées, la qualité joue le rôle d'un concept fédérateur, en ce qu'elle permet de définir un but commun pour un ensemble de normes très disparates. Ce n'est pas la qualité en tant que caractéristique ou attribut d'un produit qui nous intéresse ici, mais la qualité en tant que but partagé.

B. Les fonctions de la qualité

Par opposition à la finalité, qui désigne l'objectif ultime d'une action, la fonction désigne son rôle actif dans la réalisation de ce but. Envisager la qualité dans une perspective téléologique, c'est-à-dire comme une finalité commune, suppose donc aussi d'étudier les modalités de la réalisation de cet objectif. On peut, dans la pratique des relations commerciales, identifier trois rôles de la qualité, qui constituent autant de rôles des normes privées : l'information (1), l'action sur les mécanismes concurrentiels (2) et sur la stratégie de gestion des risques des acteurs impliqués (3).

1. Données économiques : qualité et information

La première fonction de la qualité en relation avec les normes privées est liée à l'information des consommateurs, et plus spécifiquement au rôle économique de l'information⁷⁹⁴.

Nous avons déjà évoqué l'élaboration, par les Etats, de normes minimales de qualité en réponse à une asymétrie d'information défavorable au consommateur, car maintenant la qualité des produits circulant sur le marché à un niveau jugé trop bas. Les entreprises aussi peuvent se servir du rôle économique de l'information, véhiculé cette fois par des normes privées, afin d'atteindre et d'influencer les choix de consommation. Les normes privées peuvent ainsi définir des exigences plus strictes que celles des normes minimales étatiques, soit parce que celles-ci sont considérées

⁷⁹² Par exemple J.-M. CODRON, E. GIRAUD-HÉRAUD, L.-G. SOLER, "Minimum Quality Standards, Premium Private Labels, and European Meat and Fresh Produce Retailing", *Food Policy*, Vol. 30/3, 2005, pp. 270-283.

⁷⁹³ L. KARPIC, « L'économie de la qualité », *Revue française de sociologie*, 1989, vol. 30, pp. 187-210., p. 202.

⁷⁹⁴ Voir G. SMITH, OCDE, *précité*, encadré n°1.

insuffisantes, soit parce que « *beaucoup [de consommateurs] ont déjà accès à un niveau dépassant celui des normes minimales*⁷⁹⁵ ». La mise en place de normes privées allant au-delà des normes étatiques répond alors à une stratégie commerciale des entreprises : améliorer leur image, fidéliser leur clientèle en répondant à une demande existante – le client est alors informé des caractéristiques particulières du produit par le biais de labels ou logos – mais aussi en créant une demande nouvelle, spécifique.

L'information est donc aussi bien un instrument de protection du consommateur qu'un outil commercial car, en augmentant la confiance dans la qualité d'un produit, elle vise à accroître la demande pour ce produit. Notons cependant que cette fonction économique de l'information sur la qualité existe uniquement pour les normes visibles par le consommateur, à savoir celles qui donnent lieu à l'apposition d'un signe distinctif sur le produit final (logo ou label). Seule cette dernière étape permet d'informer le consommateur sur une propriété spécifique du produit ou sur une méthode de production particulière. De nombreuses normes d'application interne à l'entreprise ou à la chaîne d'approvisionnement, par exemple entre producteur et distributeur, ne participent pas à l'information du consommateur.

L'information résulte par conséquent le plus souvent d'un choix délibéré répondant à des considérations commerciales stratégiques. En ce sens, l'information sur la qualité participe d'une démarche concurrentielle de l'entreprise.

2. *Qualité et concurrence*

La qualité est un important instrument de différenciation des produits ; cette différenciation peut être verticale ou horizontale.

La différenciation verticale consiste en une segmentation du marché en fonction du revenu des consommateurs ou de leur disposition à payer (à prix égal, choix de la qualité supérieure) ; la différenciation est ici fondée sur le prix. En termes de stratégie, cette approche est aujourd'hui résiduelle. La différenciation se fait désormais plus en fonction de la segmentation des marchés que de l'aptitude des consommateurs à payer. La différenciation horizontale repose, elle, sur la notion de goût. Elle implique une segmentation du marché en fonction des préférences individuelles ou collectives et met l'accent sur la variété des produits (à prix égal,

⁷⁹⁵*Ibid.*, p. 10.

choix de produits différents)⁷⁹⁶. Or la qualité est un instrument important de segmentation des marchés. Dans ce domaine, l'échange relève donc plus du jugement que du prix⁷⁹⁷. Mais il faut, pour qu'une norme puisse effectivement influencer un marché, qu'elle traduise une préférence largement exprimée. En d'autres termes, les seuls efforts concurrentiels de la norme ne sont pas suffisants en l'absence d'une certaine acceptation sociale de la norme. Or celle-ci se construit sur la base de considérations subjectives. En ce sens, l'échange « *dépend plus d'une organisation sociale fondée sur le réseau et la confiance que sur des forces du marché néo-classique*⁷⁹⁸ ».

3. *Qualité et gestion des risques*

La gestion des risques est l'une des deux principales fonctions des normes privées avec la différenciation des produits. La qualité y joue indirectement un rôle, notamment dans le domaine alimentaire ; c'est en tant que seuil de qualité minimale qu'elle intervient ici, c'est-à-dire comme instrument de protection et non en tant qu'instrument de concurrence. En effet, c'est uniquement au-delà de ce seuil minimal que la qualité intervient en tant qu'instrument de différenciation et donc de concurrence.

Il est intéressant de noter que dans le contexte de la gestion des risques, la définition de la qualité ne se fait pas nécessairement en fonction des préférences des consommateurs, mais se construit par rapport aux définitions étatiques. Les normes privées interviennent ici en réaction aux réglementations étatiques, que ce soit pour se mettre en conformité avec elles ou pour renforcer un niveau de protection jugé insuffisant⁷⁹⁹.

§ 2. *Norme privées et éthique*

Les normes privées font face à un problème de légitimité lié à la dualité des intérêts qui les sous-tendent : intérêt privé poursuivi par leurs auteurs (qui ont pour but d'accroître leurs parts de marché) et intérêt public en vertu des buts affichés

⁷⁹⁶ E. GOZLAN, S. MARETTE, « Commerce international et incertitudes sur la qualité des produits », *Economie internationale*, n° 81, 2000, pp. 43-63. (p. 45).

Disponible sous <http://www.cepii.fr/francgraph/publications/ecointern/rev81/rev81c.htm>

⁷⁹⁷ L. KARPIC, « L'économie de la qualité », *Revue française de sociologie*, 1989, vol. 30, pp. 187-210.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ Sur les relations entre normes publiques et normes privées dans le domaine de la gestion des risques, OCDE, "Summary of Discussions on Risk and Regulation at the Meeting of the Group on Regulatory Policy, 1-2 December 2008", p. 10 s. <http://www.oecd.org/dataoecd/31/36/44806674.pdf>

(protection et promotion de certaines valeurs). Cette contradiction est accentuée lorsque l'auteur est une entreprise⁸⁰⁰, et atténuée dans le cas d'une ONG ; cependant, même pour ces dernières, les conditions d'élaboration, notamment le manque de transparence, peuvent conduire à certains doutes quant la légitimité des normes⁸⁰¹.

C'est donc dans un souci de légitimation que les auteurs de normes privées mettent en avant la poursuite de l'intérêt général comme fondement théorique de leur démarche. Ils s'appuient pour cela sur une « demande d'éthique » croissante parmi les consommateurs ; celle-ci résulte d'une sensibilité croissante face aux questions sociales et environnementales. En ce sens, l'évolution de la définition de la qualité décrite ci-dessus serait une manifestation de cette tendance plus vaste à une « moralisation » de la société et des relations marchandes.

Si l'on accepte les définitions de J. ROJOT⁸⁰² qui conçoit la morale comme la science du bien et du mal et l'éthique comme l'art de diriger sa conduite⁸⁰³, on est frappé par le nombre de possibilités que cette dernière laisse ouverte. La notion d'éthique varie ainsi selon que l'on se trouve en présence d'une norme d'entreprise ou d'une norme d'ONG. Dans le premier cas, l'art de diriger sa conduite n'est pas dissociable de la stratégie d'entreprise ; il se limitera donc à un énoncé de buts ou de bonnes pratiques qui s'accompagne de relativement peu de mesures concrètes, afin d'imprimer à

⁸⁰⁰ Alors que commerce et éthique semblent *a priori* contradictoires, Ph. LE TOURNEAU rappelle que l'« éthique des affaires » existe, sous une forme ou une autre, depuis le Moyen Âge :

« L'émergence d'une morale spécifique aux affaires (et au management) est dans la *logique* de la morale et des affaires (et du management). De la morale car, depuis toujours, à côté de la morale générale, sont nées des morales spéciales à tel ou tel secteur de l'activité humaine, de même que le droit pénal se prolonge par le droit pénal spécial, ou que le régime général du contrat s'épanouit dans la fantaisie des divers contrats, dans leur spécificité. Cette émergence est ensuite dans la logique des affaires, sous deux aspects. Historiquement, les affaires ont été soumises à une éthique rigoureuse, dès le Moyen Âge, notamment par le biais des corporations, contrôlant « la belle ouvrage » et le juste prix, tout en empêchant la concurrence déloyale. Empiriquement, car l'élaboration de règles et d'usages propres au commerce est une aspiration profonde de la majeure (et la plus saine) partie de ces milieux ». In *L'Éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, Dunod, 2000, 269 p.

⁸⁰¹ Sur l'ambiguïté liée à « l'actuelle vague éthique », voir Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*

⁸⁰² J. ROJOT, « Déontologie et gestion des ressources humaines » in H. DE LA BRUSLERIE, (dir.), *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, Economica, Paris, 1999. Cité par J.-P. GOND et A. MULLENBACH-SERVAYRE, « Les fondements théoriques de la responsabilité sociétale de l'entreprise », *La Revue des sciences de gestion : Direction et gestion*, 2004, p. 94.

⁸⁰³ Certains auteurs considèrent cependant que l'éthique et la morale sont synonymes. Voir à ce sujet Ph. LE TOURNEAU, *L'Éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, Dunod, 2000, 269 p. :

« Deux mots sont en concurrence, *éthique* et *morale*. Le premier vient du grec (et fait plus savant), le second du latin ; j'ignore pourquoi la tradition protestante utilise de préférence éthique, alors que les catholiques parlent habituellement de morale. Mais peu importe : ils ont exactement la même signification ; tous deux désignent une considération régulatrice des comportements. J'emploierai donc ces deux mots de façon équivalente, même si certains esprits (notamment la majorité des philosophes Français) tentent aujourd'hui d'accréditer l'idée d'une distinction entre eux. En effet, il est des auteurs confinant fâcheusement la morale à l'obligation (et à la faute), le bien relevant de l'éthique ; ou affirmant que la morale est une pensée *organisée et universelle du bien et du mal*, avec un corps d'impératifs et d'interdictions, tandis que l'éthique, définie par *le bon et le mauvais*, serait *relative* à un individu, un groupe, une entreprise (traduisant une volonté de 'donner forme à la vie en référence à un sens, une mise en scène de la vie bonne' ».

l'action de l'entreprise une empreinte « éthique »⁸⁰⁴. Dans le cas des normes d'ONG, les normes sont plus détaillées, et le ton plus prescriptif ; on ne se situe plus dans une logique d'auto-réglementation et d'auto-justification, centrée plus sur l'amélioration de sa propre image que sur l'existence de résultats concrets), mais dans une logique d'action, et de résultats. Alors que la démarche est volontaire dans les deux cas (les entreprises utilisatrices de ces normes y recourent de leur propre initiative), elle requiert un degré de motivation supérieur dans la seconde hypothèse, comme le montre l'exemple des normes du commerce équitable.

Les exemples de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et du commerce équitable illustrent ces deux façons d'envisager l'éthique comme fondement des normes privées : alors que les normes de RSE posent la question de leur interaction avec la normativité étatique (l'accent est mis sur l'auteur du questionnement éthique), les normes de commerce équitable posent la question de leur fonctionnement économique (la question porte sur l'application de l'éthique dans les transactions commerciales tout au long d'une chaîne de production). Toutes deux posent la question de la relation entre éthique et échanges, mais chacune sous un angle différent et sont, en cela, complémentaires.

A. Ethique et RSE

Le concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE) s'inscrit typiquement dans le cadre d'un discours de légitimation des entreprises. Faisant appel à un certain « sens éthique » des dirigeants d'entreprises à travers la notion de responsabilité, elle a pour objet de démontrer que la poursuite du profit n'est pas le but unique de leur action, ou du moins que cette action ne s'accompagne pas nécessairement d'effets négatifs sur les sociétés qu'elle touche.

Née dans les années 1960, la notion de RSE a pris de l'ampleur à la fin des années 1990 à la suite de plusieurs scandales médiatisés mettant en cause les pratiques sociales ou environnementales de grandes entreprises multinationales telles que Nike ou Shell⁸⁰⁵. Elle repose sur l'idée que l'entreprise doit, dans son action, respecter autant l'intérêt général que son intérêt particulier⁸⁰⁶. Pour améliorer leur image auprès

⁸⁰⁴ Voir les normes ou codes d'entreprise résultant d'une démarche de responsabilité des entreprises (*supra*, chapitre introductif).

⁸⁰⁵ C. GENDRON, « Codes d'éthique et nouveaux mouvements sociaux économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation », *Les Cahiers de la Chaire* – collection recherche, ESG-UQAM, n° 09-2006, p. 18.

⁸⁰⁶ Ainsi que le formulent A. LAPOINTE, E. CHAMPION et C. GENDRON, le concept de RSE « traduit donc une rupture fondamentale avec le paradigme smithien selon lequel l'intérêt général est assuré par la seule conjonction de la poursuite des intérêts particuliers », in « Les limites de l'autorégulation par le biais de la responsabilité sociale volontaire », Les

de la population, les multinationales se devaient donc d'adopter – et de rendre visibles – des mesures montrant qu'elles recourent désormais à un ensemble de bonnes pratiques aussi bien sociales qu'environnementales. Afin de souligner le fait que cette responsabilité s'exerce envers la société dans son ensemble, certains préfèrent parler de responsabilité *sociétale* des entreprises⁸⁰⁷. Le terme de *responsabilité* renvoie, lui, à la notion d'« éthique de la responsabilité » qui implique une réflexion de l'entreprise sur les conséquences de ses actes⁸⁰⁸.

1. Ambiguïtés de la notion

Il n'existe pas de définition unique et consensuelle de la RSE⁸⁰⁹ ; celle-ci peut varier en fonction de l'entreprise individuelle, mais aussi évoluer dans le temps. Ainsi, selon GOND et MULLENBACH-SERVAYRE, on peut noter une évolution⁸¹⁰ de la réflexion sur la RSE allant d'une interrogation sur les obligations de l'entreprise et donc sur le contenu de la RSE (champ d'application du concept, phase 1) à une interrogation sur les moyens de sa mise en œuvre (possibilités d'action, phase 2). Lors de cette deuxième phase, la responsabilité sociale fait place à la *performance* sociale de l'entreprise. Enfin, dans une troisième phase de ce développement, l'accent est mis sur la dimension éthique de la RSE, à travers le concept de « rectitude sociale »⁸¹¹. La notion de RSE passerait ainsi d'une logique de justification, de gestion puis de mesure à une logique normative⁸¹².

C'est précisément cette dernière logique que traduisent les normes privées, qui sont en quelque sorte l'une des manifestations pratiques de cette évolution théorique. Elles incarnent à la fois le besoin de trouver des réponses quant aux moyens de mettre en œuvre la RSE (deuxième phase), et l'élargissement des préoccupations à l'ensemble

cahiers de la Chaire – collection recherche, n°18-2003, Chaire de responsabilité sociale et de développement durable - ESG UQÀM, 14 p., p. 3.

Contre la notion concurrente de « citoyenneté corporative » dont le but est d'attribuer aux entreprises des missions d'intérêt général traditionnellement réservées à l'Etat, voir E. CHAMPION, et C. GENDRON. 2005. « De la responsabilité sociale à la citoyenneté corporative : l'entreprise privée en quête de légitimité ». *Nouvelles Pratiques sociales*. Enjeux environnementaux contemporains : les défis de l'écocitoyenneté. vol. 18/1, 2005, p. 90-103.

⁸⁰⁷ J.-P. GOND et A. MULLENBACH-SERVAYRE notent ainsi que dans l'expression anglaise de '*corporate social responsibility*' le terme '*social*' recouvre à la fois la signification de « social » (relatif aux travailleurs) et « sociétal » (relatif à la société dans son ensemble). Article précité, p. 94.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 95.

⁸⁰⁹ Pour un aperçu des principales définitions, voir J.-P. GOND et A. MULLENBACH-SERVAYRE, Tableau 1.

⁸¹⁰ Cette évolution révèle un « processus d'élargissement progressif du concept, qui intègre au fur et à mesure les différents approches, y compris celles qui avaient pour objectif de s'en détacher et/ou de s'y opposer ». *Ibid.*

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 99.

⁸¹² *Ibid.* Tableau 2.

du champ de l' « éthique » (troisième phase). Elles incarnent également l' « ambiguïté idéologique » inhérente à cette phase⁸¹³.

L'importante reprise à leur compte de la notion par les entreprises a ainsi suscité le reproche de son instrumentalisation⁸¹⁴ : faites d'engagement très vagues, de nature et de portée très diverses, et le plus souvent dépourvues de mécanismes de mise en œuvre, les normes de RSE seraient uniquement un « outil marketing » dépourvu de portée réelle. Effectivement, les normes prises au titre de la RSE vont du code d'entreprise à l'initiative mondiale, montrant que le spectre de formes et des contenus du concept est très large⁸¹⁵. De plus, résultant souvent d'une démarche d'auto-réglementation, elles ne prévoient aucun contrôle extérieur de leur mise en œuvre. C'est ce caractère imprécis et souvent très vague des normes de RSE qui explique que leur est souvent reprochée l'absence de fondements théoriques solides.

En pratique cependant, c'est précisément cette flexibilité et adaptabilité à chaque situation particulière qui fonde le succès du concept. GOND et MULLENBACH-SERVAYRE constatent ainsi que la « redécouverte » de la RSE dans les années 1990-2000 « *a sans doute plus à voir avec la souplesse liée aux multiples acceptions du concept – qui autorisent chacun à y voir ce qui l'intéresse en premier lieu (le respect des droits de l'homme pour une ONG, un signe de « bonne gestion » pour un actionnaire, une politique sociale plus favorable pour un salarié, etc.) – qu'à son intérêt théorique intrinsèque* ».

2. Absence de caractère contraignant des normes de RSE

Nous nous contenterons pour l'instant de reconnaître comme fondement commun aux normes privées de RSE la notion de responsabilité – au sens de conscience par une entreprise des conséquences de ses actes et de volonté de prendre des mesures concrètes pour en limiter voire en supprimer les effets négatifs sur les sociétés. Il est cependant possible de distinguer, au sein des divers instruments de RSE, plusieurs

⁸¹³ Pour J.-P. GOND et A. MULLENBACH-SERVAYRE, à chaque phase correspond une ambiguïté : ambiguïté sémantique (relative aux multiples termes formés par la doctrine pour désigner le concept et l'absence de consensus en matière de définition, phase 1), théorique (relative à la difficulté de « mesurer » les applications empiriques de la RSE, phase 2), et idéologique (réflexion sur la nature du rôle de l'entreprise dans la société, phase 3).

⁸¹⁴ En tant que discours de légitimation du capitalisme, voir notamment M.T. JONES, « Missing the Forest for the Trees. A Critique of the Social Responsibility Concept and Discourse », *Business and Society*, Vol. 35/1, 1996, pp. 7-41, et C. GENDRON, « Le questionnement éthique et social de l'entreprise dans la littérature managériale », Cahier du CRISES, n° ET0004, UQAM, Montréal, 1999, 74 p., cités par J.-P. GOND et A. MULLENBACH-SERVAYRE, p. 101.

⁸¹⁵ Voir notamment A. LAPOINTE, E. CHAMPION et C. GENDRON, « Les limites de l'autorégulation par le biais de la responsabilité sociale volontaire », Les cahiers de la Chaire – collection recherche, n° 18-2003, Chaire de responsabilité sociale et de développement durable - ESG UQAM, 14 p., p. 6.

degrés dans l'engagement des entreprises, et partant dans l'étendue de leur responsabilité.

LAPOINTE, CHAMPION et GENDRON proposent ainsi de classer les instruments de RSE en trois catégories, en fonction de leur caractère contraignant pour les entreprises⁸¹⁶. La première catégorie, les « codes-principes », sont caractérisées par leur caractère vague et général et ont essentiellement pour but de « *tracer une ligne à partir de laquelle la conduite corporative devient répréhensible*⁸¹⁷ »; il s'agit de lignes directrices ou déclarations générales telles que le Global Compact. Elles incluent les « codes-outils », tels que les normes ISO 14001 et AA1000, portant sur les méthodes de gestion que doivent mettre en place les entreprises désirant se faire certifier. Les codes sujets à vérification, ensuite, supposent une vérification de la conformité par un organisme extérieur (SA8000). Enfin, la dernière catégorie contient les codes exigeant des entreprises qu'elles s'engagent de manière formelle à rendre des comptes.

La légitimité des normes de RSE résulterait donc, en définitive, de l'existence et de l'intensité du système de contrôle et de vérification qu'elles mettent en place. En pratique cependant, les dispositions de contrôle sont assez faibles et ne permettent pas de garantir leur application effective⁸¹⁸. L'absence de dispositions de contrôle est particulièrement flagrante lorsqu'il s'agit de codes d'entreprise « purs »; elle est moins marquée lorsque d'autres acteurs participent à l'élaboration des normes de RSE. Ainsi seulement 10% des codes prévoient un contrôle externe dans le premier cas, contre 27% dans le second⁸¹⁹.

⁸¹⁶ Par ailleurs, il existe pour ces auteurs une différence entre la finalité des codes élaborés par des acteurs « à but non-lucratif » (organisations internationales, syndicats, ONG) et la finalité des codes d'entreprise. Alors que les premiers auraient pour objectif « *de guider et de restreindre le comportement des entreprises* », les seconds voudraient surtout d'« *influencer d'autres acteurs en implantant de manière volontaire une forme d'autoréglementation anticipative* ». A cela on peut objecter que s'il existe effectivement une différence de perspective dans la manière dont est perçue la RSE de part et d'autre, cette différence se traduit essentiellement par la teneur et la précision des dispositions énoncées. Les normes élaborées par les entreprises n'ont pas nécessairement pour but d'influencer d'autres acteurs économiques, mais ont pour but de modifier leur propre image auprès des consommateurs. Elles ne s'inscrivent pas toujours dans une logique anticipative mais sont souvent mise en place comme réaction à une demande du marché et voire à une critique des méthodes de gestion par les consommateurs.

⁸¹⁷ A. LAPOINTE, E. CHAMPION et C. GENDRON, « Les limites de l'autorégulation par le biais de la responsabilité sociale volontaire », *Les cahiers de la Chaire – collection recherche*, n° 18-2003, Chaire de responsabilité sociale et de développement durable - ESG UQÀM, 14 p., p. 7.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁸¹⁹ Ces chiffres sont tirés d'une série d'études menée par l'OCDE : OCDE (Direction des affaires financières, fiscales et d'entreprises). *Corporate Responsibility : Results of a fact-finding mission on private initiatives*, working papers on international investment, Number 2001/2, 23 p.; OCDE (Direction des affaires financières, fiscales et d'entreprises) « Making Codes of Corporate Conduct Work : Management Control Systems and Corporate Responsibility », *Working papers on international investment*, Number 2001/3, 18 p.; OCDE, *Inventaire des codes de conduite des entreprises*, Groupe de travail du Comité des échanges, OCDE, TD/TC/WP(98)74/FINAL, 13 octobre 2000, 121 pages.

Il apparaît par conséquent que la question de la légitimité est ici étroitement liée à celle du contrôle et donc de l'effectivité des normes. Dans le cas de la RSE en effet, la légitimité dépend moins de l'auteur des normes (les entreprises n'étant pas un acteur générant une forte présomption de légitimité), que du système de vérification qu'elles mettent en place⁸²⁰.

Le critère déterminant serait donc l'application effective des normes, plus que leur forme ou l'intensité de leur contenu, car celle-ci permettrait de mesurer si l'engagement éthique des entreprises est réel ou non. Ainsi que le montrent LAPOINTE, CHAMPION et GENDRON, cette efficacité se heurte à deux obstacles : les modalités du système de vérification d'une part, le fonctionnement effectif de ce mécanisme d'autre part⁸²¹. Tout d'abord, le niveau d'engagement des entreprises se traduit par le choix d'un système de vérification plus ou moins contraignant : auto-évaluation ou évaluation par un tiers, recours à la certification, etc. Plus la norme prévoit de mesures de vérification et de surveillance strictes, plus elle sera crédible et plus elle aura de chances d'être efficaces. Cependant, même si de tels mécanismes existent, il apparaît en pratique qu'ils peuvent faire face à des dysfonctionnements liés à des problèmes d'information, de compétence des auditeurs, ou de transparence des rapports⁸²². Ces difficultés d'application montrent bien que même si les normes de RSE relèvent de la poursuite par une entreprise de son propre intérêt à travers la poursuite d'un intérêt social plus général, et procèdent donc d'une logique purement volontaire⁸²³ (qui devrait théoriquement rendre sans objet le questionnement sur la réalité de son engagement), il existe des contraintes extérieures pouvant affecter leur efficacité et partant, leur légitimité.

L'exemple des normes de RSE permet donc de mettre en évidence deux aspects de l'effectivité des normes privées, entendue ici comme condition de leur légitimité.

⁸²⁰ Plus de 50% des normes seraient des codes d'entreprises faisant uniquement l'objet d'une auto-évaluation (voir OCDE).

⁸²¹ *Ibid.* p. 8 s.

⁸²² OCDE, "Corporate Responsibility: Results of a Fact-Finding Mission on Private Initiatives", *Working Papers on International Investment*, 2001/2, 23 p.; OCDE, Making Codes of Corporate Conduct Work: Management Control Systems and Corporate Responsibility, *Working Papers on International Investment*, 2001/3, 18 p.

⁸²³ « Si la pratique de la RSE ne donne pas vraiment lieu à des arbitrages fondamentaux entre intérêts divergents, mais relève tout simplement de l'intérêt bien compris des entreprises, nul besoin alors de contraindre les décisions et les agissements des décideurs corporatifs ». A. LAPOINTE, E. CHAMPION et C. GENDRON, « Les limites de l'autorégulation par le biais de la responsabilité sociale volontaire », Les cahiers de la Chaire – collection recherche, n° 18-2003, Chaire de responsabilité sociale et de développement durable - ESG UQÀM, p. 10.

D'une part, l'adoption et l'application volontaire des normes n'est pas nécessairement un gage de leur effectivité; celle-ci dépend d'une possible utilisation stratégique⁸²⁴ de la norme, mais aussi de certaines contraintes techniques (impossibilité de parler à tous les acteurs, manque d'information, défaut de participation de certains acteurs). La RSE comme outil de légitimation éthique des entreprises est donc conditionnée par les conditions de sa mise en œuvre effective et dépendra des efforts consentis par les entreprises pour dépasser d'éventuels obstacles dans ce domaine.

D'autre part, l'effectivité des normes privées dépend en partie du contexte normatif et législatif plus vaste dans lequel elles s'inscrivent :

« L'efficacité des systèmes de gestion des responsabilités sociales de l'entreprise est fonction de la capacité des sociétés à formuler et canaliser adéquatement des pressions raisonnables pour susciter les comportements appropriés; l'on ne peut s'attendre à ce que les initiatives privées fonctionnent si les autres parties du système, incluant les lois et réglementations, ne fonctionnent pas adéquatement⁸²⁵ ».

Ceci implique que l'efficacité et la légitimité des normes privées dépendent aussi d'une certaine participation des acteurs étatiques – notamment aux mécanismes de contrôle – dans une optique de complémentarité.

3. Éthique et participation étatique

Nous voyons donc, à l'exemple de la RSE, que la loi étatique n'est jamais très loin quand l'éthique est invoquée. Si l'éthique est un élément de justification et de légitimation aux yeux des consommateurs, elle ne peut se passer, pour arriver à des résultats concrets (qui sont le seul gage de sa sincérité) d'une implication plus ou moins poussée de l'Etat (incitation, pression, participation à la mise en œuvre). C. GENDRON utilise à ce sujet le terme « d'institutionnalisation » pour désigner une coopération croissante entre les entreprises, la société civile et les représentants de l'autorité étatique :

*« En ce sens, les codes de conduite peuvent être envisagés comme des **manifestations d'une co-régulation émergente qui tend à***

⁸²⁴ Voir à ce sujet C. GENDRON, « Codes d'éthique et nouveaux mouvements sociaux économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation », *Les Cahiers de la Chaire* – collection recherche, ESG-UQAM, n° 09-2006, p. 18 : « ce qui est présenté comme une démarche éthique est en fait bien souvent la réponse à des pressions sociales plus ou moins institutionnalisées auxquelles l'entreprise n'a pas vraiment le choix de répondre ». Egalement p. 20 : « il semble que les codes soient moins le reflet d'une nouvelle préoccupation éthique des entreprises transnationales vers le juste, le vrai et le bien, que la réponse stratégique à des contestations sociales qui en appellent à une régulation de l'entreprise mondialisée ».

⁸²⁵ OCDE, 2000-2001, *op. cit.* p. 3.

s'institutionnaliser par le biais d'organisations multipartites au sein desquelles sont discutées les exigences des certifications sociales et environnementales sur lesquels tendent à s'aligner les entreprises chefs de file lorsqu'elles édictent leurs codes⁸²⁶ ».

Pour certains, ceci traduit l'émergence d'un système de réglementation (ou « régulation ») complexe, associant les acteurs privés et publics et mêlant pour une même norme conception privée et encadrement étatique, lien entre normes nationales et internationales, caractère volontaire de l'adoption et contrainte au niveau de l'application (au niveau du contrôle de l'application ou de la divulgation des informations) et éventuellement de la certification :

« C'est ainsi qu'au delà de l'appel au potentiel régulateur de la responsabilité sociale à l'échelle mondiale, on peut entrevoir la consolidation d'un système de régulation hybride d'une rare complexité, porté par des acteurs multiples et articulant à la fois le national et le global, le public et le privé, le volontaire et l'obligatoire, et qui posera des défis sans précédent en termes de gestion et de transparence⁸²⁷ ».

Cet appel à une participation étatique traduit le fait que les normes privées souffrent d'un défaut de crédibilité lorsqu'elles invoquent l'intérêt général et, plus largement, de l'éthique. En d'autres termes, l'importance du but (« une conduite « éthique ») révèle les limites de l'auto-régulation des entreprises. L'éthique peut donc certes être décrite comme fondement théorique des normes privées de RSE, mais on constate en pratique que là où l'éthique est invoquée, la dissociation entre normativité publique et privée est difficile à maintenir. De ce fait, la complémentarité entre normes privées et publiques semble amenée à se développer dans le futur.

Remarque : Assez paradoxalement, si l'éthique est souvent invoquée *par opposition* à la réglementation étatique (nécessité d'aller au-delà d'une législation insuffisante, capacité des entreprises à s'autoréguler), mais il apparaît qu'elle en est en réalité

⁸²⁶ C. GENDRON, « Codes d'éthique et nouveaux mouvements sociaux économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation », *Les Cahiers de la Chaire* – collection recherche, ESG-UQAM, n° 09-2006, p. 29. Nous soulignons.

⁸²⁷ Voir C. GENDRON, A. LAPOINTE, et M.-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », *Relations industrielles*, vol 59/1, 2004, p. 92-93 : Cité in C. GENDRON, « Codes d'éthique et nouveaux mouvements sociaux économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation », *Les Cahiers de la Chaire* – collection recherche, ESG-UQAM, n° 09-2006, p. 31.

indissociable : d'une part, les dispositions des codes d'entreprises sont bien souvent reprises à des normes internationales déjà existantes, telles que les conventions de l'OIT ; d'autre part, les lacunes dans l'application effective de ces codes montrent que l'Etat peut avoir un rôle utile à jouer en matière de surveillance et de contrôle de conformité. Il faut distinguer ici la démarche des entreprises, pour lesquelles « aller au-delà » de la réglementation étatique peut être un argument de marketing, du point de vue de l'observateur extérieur, qui constate nécessairement une imbrication entre éthique privée et éthique publique.

Enfin, si en termes d'efficacité la participation étatique est prônée par certains comme la meilleure solution, c'est le soutien des « mouvements sociaux » (autrement dit des acteurs de la société civile) qui semble à d'autres la plus à même de fonder la légitimité des normes privées de RSE :

« La portée régulatoire des codes, ou leur effectivité, tout autant d'ailleurs que leur efficacité à titre d'investissement réputationnel sont ainsi directement liées à leur arrimage formel avec les initiatives fortement investies par les mouvements sociaux⁸²⁸ ».

« On remarque (...) que les bénéfices escomptés par les entreprises qui s'engagent dans une démarche de responsabilité sociale sont liés à la crédibilité que leur confère un rapprochement avec les organisations de la société civile. En d'autres termes, la légitimité conférée par les outils de reconnaissance de la responsabilité sociale sera d'autant plus grande que ces outils seront investis par les mouvements sociaux⁸²⁹ ».

Par un effet d'enchaînement, la participation et l'approbation des acteurs civils permettent à leur tour d'augmenter l'effectivité des normes privées, lorsqu'elles se donnent un fondement éthique. Encore une fois, ceci prouve que les normes privées ne peuvent être étudiées isolément, mais doivent être analysées au regard de leur environnement sociologique, mais aussi en conjonction avec les différents ordres normatifs, étatiques ou non, qui les entourent.

4. Les spécificités de la norme ISO 26000

⁸²⁸ C. GENDRON, *op. cit.*, p. 29.

⁸²⁹ *Ibid.* p. 30.

La norme ISO 26000 constitue un cas particulier de norme de RSE et mérite à ce titre que l'on s'y attarde. Sa spécificité réside d'abord dans son mode d'élaboration, fondé sur le dialogue social et le compromis entre les positions des différents acteurs et parties prenantes. A la différence des autres normes ISO (en particulier des normes de gestion telles que les séries ISO 14000 et ISO 9000 auxquelles ISO 26000 est parfois – à tort – comparée), la norme 26000 a été élaborée au sein d'un groupe de travail particulièrement large : 450 experts⁸³⁰ et 210 observateurs⁸³¹ issus de 99 pays membre, et 42 organisations de liaison. Chaque délégation représentant un organisme national de normalisation (ONN) comprenait un représentant issu de chacune des six catégories suivantes : industrie, gouvernement, monde du travail, consommateurs, ONG, services/conseil/recherche et autre. La participation des pays en développement était importante (près de la moitié des participants) et le groupe de travail était co-présidé par un pays du Nord (la Suède) et un pays du Sud (le Brésil). Les organismes de liaison comprenaient des participants tels que le Pacte Mondial, le PNUE, la CNUCED, l'OCDE, mais aussi *AccountAbility*, *Social Accountability International* (SA8000), GRI, ISEAL, ainsi que des organisations syndicales internationales.

Le dialogue entre ces différents acteurs a permis d'élaborer une « définition multipartite de la responsabilité sociale⁸³² » ; moins « technique » que les normes de gestion ISO 14000 ou ISO 9000, elle met en relation la RSE avec le projet de société plus vaste qu'est le développement durable. Elle insiste sur le fait que la RSE dépend des attentes de la société et est de ce fait susceptible de varier dans le temps et dans

⁸³⁰ Issus des 83 pays participants.

⁸³¹ Issus de 16 pays observateurs.

⁸³² C. GENDRON, « Normaliser la responsabilité sociale : le pari d'ISO 26000 », *Les Cahiers de la CRSDD – collection recherche*, UQAM-ESC, n° 07-2010, 47 p., p. 28. La norme ISO 26000 définit la RSE de la manière suivante : « responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement, par un comportement transparent et éthique qui contribue au développement durable, à la santé et au bien-être de la société ; prend en compte les attentes des parties prenantes ; respecte les lois en vigueur et est en accord avec les normes internationales de comportement ; et qui est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations ». Cité par C. GENDRON, article précité, p. 9. Les entreprises qui s'en réclament doivent appliquer les sept principes suivants : responsabilité de rendre compte, transparence, comportement éthique, respect des intérêts des parties prenantes, respect du principe de légalité, respect des normes internationales de comportement, respect des droits de l'Homme. *Ibid.*

Il est intéressant de noter que la norme ISO 26000 introduit la notion de *normes internationales de comportement*, définies comme les « attentes vis-à-vis du comportement d'une organisation socialement responsable, procédant du droit coutumier international, de principes généralement acceptés de droit international, ou d'accords intergouvernementaux (tels que traités et conventions) universellement ou quasi universellement reconnus » (*Ibid.*). Cette notion permet de transposer au niveau international le concept de préférences collectives et souligne ainsi la dimension globale de la RSE, qui ne peut se fonder uniquement sur les préférences des consommateurs nationaux. Elle donne également une dimension juridique à la notion de « préférences », car même si celles-ci n'ont pas elles-mêmes de statut juridique, elles sont fondées sur des normes internationales juridiques et non purement sociales.

l'espace. Ce souci de dialogue et de compromis repose sur une quête de légitimité de l'ISO⁸³³. Pour reprendre les termes de C. GENDRON :

« Parce qu'elle se savait en déficit de légitimité, ISO a mis sur pied un processus rédactionnel inédit, fondamentalement différent des comités techniques habituels, offrant du même coup un lieu de rencontres autrement improbables à une multitude d'acteurs sociaux ouverts au dialogue. Avec pour résultat non seulement de s'ériger en instance légitime de la responsabilité sociale, mais surtout de réussir à construire une définition concertée de la responsabilité sociale malgré les controverses et les antagonismes qui marquent toujours le champ⁸³⁴ ».

Pour cet auteur, la légitimité de la norme résulte à la fois de l'autorité du décideur, du processus d'élaboration et de l'acceptabilité de la décision. En d'autres termes, la participation de l'ensemble des acteurs concernés à son élaboration rend la norme plus facilement applicable en pratique et de ce fait, la rend plus effective⁸³⁵.

Par ailleurs, le fait que les auteurs de la norme ISO 26000 aient eu conscience d'un déficit de légitimité au départ traduit une évolution dans le mode de fonctionnement de l'ISO, qui ne s'intéresse plus uniquement aux spécifications techniques ou à la définition de procédés, mais bien à la définition de contenus. Toujours dans les termes de C. Gendron : *« avec la norme 26 000, ISO ne dit plus seulement comment faire, mais bien quoi faire⁸³⁶ ».*

Le recours à un processus de normalisation faisant intervenir à la fois des acteurs publics et privés traduirait, selon certains, une évolution dans la formation du droit coutumier, ou éventuellement l'émergence d'un nouveau mode de formation des normes internationales :

⁸³³ En effet, la compétence de l'ISO pour réglementer une question aussi peu technique que la RSE n'était pas acquise d'avance. Voir C. GENDRON, *Ibid*, p. 21 :

« Dans le cas de la norme 26000, non seulement ISO s'éloigne des systèmes de gestion ou des spécifications techniques, mais elle s'aventure, pour y entrer de plein pied, dans le normatif et le substantiel et délaisse les exigences procédurales. Mais quelle est sa compétence en matière de responsabilité sociale? N'est-ce pas une question étrangère à une organisation d'abord préoccupée de standardisation technique et de gestion, et dédiée à faciliter le commerce international? Bref, de quelle expertise et expérience pouvait se revendiquer ISO pour proposer des exigences en matière de responsabilité sociale? »

⁸³⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁸³⁵ Elle traduit le fait que la RSE n'est plus uniquement un concept de gestion réservé au monde de l'entreprise, mais étend son champ d'action à l'ensemble de la société.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 22. Voir également K. WEBB, cité par GENDRON (entretien privé) qui parle de '*paradigm shift for ISO, a significant move into international public substantive norm development and away from technical, process-oriented standard*'.

“Indeed, one can even view this as a potential paradigm shift in approaches to international norm development – an approach developed to work around the inadequacies of conventional, government-centric approaches, yet an approach involving inter-governmental and governmental actors”⁸³⁷.

Il n’est pas impossible que ce genre de norme soit amené à se multiplier dans le futur, posant les bases pour un mode de régulation spécifique, hybride ou ‘*sui generis*’ – à défaut d’être juridique.

L’importance de la régulation hybride comme mode d’expression futur de la RSE est également souligné par F. VALLAEYS. Dans une récente thèse consacrée aux fondements éthiques de la responsabilité sociale, cet auteur propose une observation de l’évolution de la RSE fondée sur trois âges⁸³⁸ : l’âge « éthique », l’âge « utilitariste », et enfin l’ « âge de raison de la RSE », qui ne la réduirait plus à l’activité volontaire des seuls agents économiques, mais prendrait en compte son interaction avec les multiples composantes de la société et, en particulier, signifierait un retour (partiel) de l’Etat dans la définition de ses modalités – créant ainsi une normativité hybride, seule forme de régulation envisageable à l’avenir dans ce domaine.

« Revenue de sa double naïveté volontariste et systémique sans tomber dans l’étatisme, la RSE assumerait désormais son avenir face à l’enjeu du développement soutenable de façon hybride, entre convictions personnelles, lois, logique utilitariste, tendances du marché, pactes internationaux, pressions exercées par les ONG, normalisation professionnelle, etc. L’âge de raison de la RSE se situerait dans la composition des rationalités stratégique, économique, éthique et politique. Pas de solution pure, donc, ni par la volonté du sujet conscient, ni par le système aux processus aveugles, ni par le dictat étatique. Pas d’autorégulation, pas d’hétérorégulation, pas d’imposition, alors un mix, un peu de tout, avec tous, entre tous. L’idée d’une régulation hybride, que nous avons soulignée plusieurs fois, représente exactement cette maturité

⁸³⁷ K. WEBB, cité par C. GENDRON, *op. cit.*, p. 41.

⁸³⁸ Ces trois âges sont repris à M. CAPRON, « Les trois âges de la RSE », *Alternatives économiques*, Hors série Poche, n°41, novembre 2009,

désillusionnée et lucide face au caractère crucial des enjeux et à la pauvreté des moyens qui nous sont donnés pour relever les défis⁸³⁹ ».

L'hybridité comme signe de maturité, donc, et comme seule réponse possible à la complexité du réel et des interactions multiples entre intérêts et valeurs ? Cette hybridité aurait pour mérite de remédier, en partie, au reproche d'utilisation stratégique souvent fait à la RSE tout en lui conservant (voire en augmentant, si l'on considère la participation étatique comme une garantie de stabilité et de fiabilité) sa fonction de légitimation de l'action de l'entreprise. L'hybridité serait ici au service de l'éthique, car les valeurs sont les mêmes de part et d'autre. L'intérêt général peut et doit être poursuivi par la synergie entre les actions publiques et privées.

L'hybridité n'est cependant pas toujours considérée comme la solution adéquate. C'est ainsi dans une tout autre logique que se place – ou du moins se plaçait, à ses débuts – le courant du commerce équitable, dont le but était de mettre en place un « système parallèle » de consommation fondé sur l'éthique. Il ne s'agissait pas d'intégrer l'éthique au système commercial existant (transactions, production, etc.), mais bien de recréer, sur des bases éthiques, un nouveau système commercial plus équitable et totalement dissocié du système étatique existant. Nous verrons cependant que cet idéal d'un système alternatif ne s'est pas imposé sur le plan normatif ; au contraire, les normes de commerce équitable ont été créées en vue de leur intégration au système commercial classique, sans toutefois abandonner l'idée d'introduire dans celui-ci une forme particulière d'éthique.

B. Ethique et commerce équitable

Peut-être plus que toute autre forme de normalisation privée, le commerce équitable possède un fondement éthique, profondément ancré dans le combat contre la pauvreté et pour une réduction des inégalités à l'échelle planétaire. Né dans une logique de développement, le mouvement a avant tout pour but de réduire les inégalités nord-sud créées par le système commercial classique. Il prend racine dans les revendications de la société civile et s'inscrit dans un élan de solidarité désintéressé.

A la différence des normes de RSE, qui relèvent de l'éthique des affaires et sont élaborées essentiellement pas les entreprises, les normes de commerce équitable

⁸³⁹ F. VALLAEYS, *Les fondements éthiques de la responsabilité sociale*, Thèse de doctorat de philosophie soutenue le 5 décembre 2011, Université Paris Est Créteil, 526 p., p. 256. http://blog.pucp.edu.pe/media/410/20111214-les_fondements_ethiques_de_la_responsabilite_sociale_fran-ois_vallaey.pdf

s'inscrivent dans une demande de réforme sociale plus profonde et sont élaborés par les acteurs de la société civile (ONG, associations caritatives) ; de même, le but premier n'est pas la légitimation du comportement de l'entreprise, mais l'assistance aux acteurs économiques défavorisés.

Comme la RSE, le commerce équitable est issu de ce que certains ont appelé les « mouvements sociaux internationaux »⁸⁴⁰. Ce terme désigne les efforts de la société civile pour introduire des considérations morales dans les transactions économiques, et recouvre essentiellement la finance responsable et la consommation éthique⁸⁴¹ ; c'est de la deuxième catégorie que relève le commerce équitable. Le consommateur « éthique » se préoccupe ainsi des conditions dans lesquelles ont été fabriqués les produits, des conditions de travail, de l'équité de la rémunération, et plus généralement de leur impact sur les communautés locales. Le commerce équitable s'est développé selon un axe Nord-Sud très marqué : c'est pour remédier aux effets négatifs du commerce « conventionnel » sur les petits producteurs du Sud, pour faciliter leur accès aux marchés développés que furent mises en place les premières initiatives de commerce équitable. D'abord axées sur l'artisanat (et le financement de projets de développement par la vente d'objets artisanaux), le concept s'est progressivement étendu au secteur alimentaire. Cette incursion devait être décisive, car elle a permis de dépasser la logique d'aide au développement « pure » pour reconnaître au commerce le rôle de vecteur potentiel de valeurs et de progrès social :

« En offrant des produits tels que le café, puis le cacao, le thé ou les bananes, le commerce équitable ne se présentait plus simplement comme un mode de financement original, mais bien comme une autre manière d'échanger des biens courants (...) Ce n'est donc qu'à partir de cette évolution que l'on peut véritablement associer le mouvement du commerce équitable au slogan Trade not Aid qui le caractérise aujourd'hui. En pénétrant le marché agroalimentaire, le commerce équitable a en effet pu

⁸⁴⁰ Selon C. GENDRON, « La particularité de ces mouvements est d'investir les espaces économiques pour les structurer en fonction de valeurs ou de normes sociales minimales, bref d'assortir les transactions économiques d'une exigence de « qualité sociale » ». En réalité, plus que d'« ajouter » une dose d'éthique aux transactions existantes, le but du commerce équitable est d'instaurer un système commercial « parallèle » (ou « alternatif ») entièrement fondé sur certaines valeurs ; les normes de commerce équitable en seraient l'instrument permettant d'y parvenir. Voir « Codes d'éthique et nouveaux mouvements sociaux économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation », *Les Cahiers de la Chaire* – collection recherche, ESG-UQAM, n° 09-2006, p. 26.

⁸⁴¹ C. GENDRON, « Codes d'éthique et nouveaux mouvements sociaux économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation », *Les Cahiers de la Chaire* – collection recherche, ESG-UQAM, n° 09-2006, p. 22.

s'émanciper d'une perspective caritative pour prétendre à un circuit ou un commerce alternatif de par son fonctionnement, ses principes et les organisations qui y sont impliquées⁸⁴² ».

Le commerce équitable pousse plus loin que la RSE l'exigence d'éthique, en ce que celle-ci n'est pas limitée au comportement d'une entreprise isolée, mais vise l'ensemble d'un système de production et de distribution. Le commerce équitable s'inscrit d'emblée dans une perspective systémique (ceci vaut aussi bien pour la conception « radicale » des débuts, qui prônait la création d'un système commercial alternatif, que pour la vision plus pragmatique qui accepte l'intégration au système dominant, mais espère réformer celui-ci de l'intérieur) et non dans une logique d'action ponctuelle. Le but ultime du commerce équitable est en effet de mettre en place une chaîne d'approvisionnement répondant entièrement aux critères de justice sociale ; celle-ci peut se développer soit en-dehors du système dominant, selon une trajectoire parallèle, soit transformer en ce sens le système actuel.

1. Définition et modalités du commerce équitable

Le commerce équitable peut être défini comme « *le mouvement de solidarité né à l'origine d'initiatives privées de la société civile en Europe, en réponse aux attentes des producteurs désavantagés du Sud, afin de permettre à ces derniers de vendre leurs produits (produits artisanaux et matières premières, notamment produits agroalimentaires) sur les marchés du Nord, et de contribuer ainsi à équilibrer les relations d'échanges Nord-Sud fortement inéquitables⁸⁴³ ».* Il repose sur une série de critères fondamentaux que doivent respecter les organismes du Nord et les petits producteurs du Sud :

« Selon ces critères, les organismes du commerce équitable du Nord s'engagent ainsi à acheter ces produits à un prix équitable qui assure aux producteurs une vie décente en prenant en considération non seulement le coût réel de production, mais aussi le financement de projets de développement local dans le domaine de la santé, de l'éducation, de la formation des travailleurs, etc. En contrepartie, les producteurs du Sud s'engagent à se regrouper en coopératives, associations ou entreprises à

⁸⁴² C. GENDRON, « Un nouveau mouvement socio-économique au cœur d'une autre mondialisation : le commerce équitable », Chaire de recherche du Canada en développement des collectivités (CRDC), Série Comparaisons internationales n° 19, 2004, 31 p., p. 6.

⁸⁴³ W. ABDELGAWAD, « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire », *Revue internationale de droit économique*, vol. 2003/2, pp. 197-232, p. 198.

finalités sociales respectant les valeurs de l'économie solidaire et à organiser leur travail d'une manière transparente et démocratique, tout en respectant les impératifs du développement durable et les normes fondamentales en matière de droit du travail⁸⁴⁴ ».

On peut comparer cette définition avec celle, élaborée en 2001 par les principales organisations du commerce équitable d'un commun accord :

« Le commerce équitable est un partenariat commercial fondé sur le dialogue, la transparence et le respect, dont l'objectif est de parvenir à une plus grande équité dans le commerce mondial. Il contribue au développement durable en offrant de meilleures conditions commerciales et en garantissant les droits des producteurs et des travailleurs marginalisés, tout particulièrement au Sud de la planète.

Les organisations du commerce équitable, soutenues par les consommateurs, s'engagent activement à soutenir les producteurs, à sensibiliser l'opinion et à mener campagne en faveur de changements dans les règles et pratiques du commerce international conventionnel⁸⁴⁵ ».

Il apparaît à la lecture de ces définitions qu'en pratique le commerce équitable invoque davantage la notion d'équité que celle d'éthique. A la différence de la RSE, qui fait de l'éthique son principal instrument de marketing, l'éthique y est en quelque sorte sous-entendue. La notion de « rééquilibrage » est ainsi fondamentale pour comprendre la logique du commerce équitable : il s'agit de rétablir un équilibre en faveur des producteurs défavorisés. A la différence de la RSE, le commerce équitable s'inscrit d'emblée dans une logique d'action, au sens de création d'un comportement nouveau, et non de réaction à une demande sociale préexistante. L'effectivité des normes du commerce équitable devrait s'en trouver renforcée, alors qu'elle est difficile à atteindre pour les normes de RSE (voir *supra*). Alors que la RSE a pour objet une moralisation du comportement d'une entreprise particulière, le commerce équitable vise à moraliser (au sens de rendre plus justes, plus équitables) les échanges entre pays du Nord et pays du Sud. Sur le plan normatif, on peut dire que l'éthique a

⁸⁴⁴*Ibid.* Nous soulignons.

⁸⁴⁵ Sur le site d'Artisans du monde, <http://www.artisansdumonde.org/commerce-equitable.html> (07.02.2012). Nous soulignons.

une fonction différente dans les deux cas : elle intervient en tant que facteur de justification et de légitimation dans le cas de la RSE, alors qu'elle est le fondement de l'action dans le cas du commerce équitable. Alors que dans les deux cas les normes prescrivent un comportement « éthique », les normes de RSE le font en réaction à une demande sociale d'éthique alors que les normes de commerce équitable visent au contraire à susciter, puis à généraliser une telle demande là où elle n'existait pas auparavant.

Par ailleurs, à l'inverse de la RSE, l'éthique telle qu'elle est comprise par les normes du commerce équitable n'a pas, d'emblée, une finalité marchande ; en d'autres termes, l'éthique n'a pas été conçue par les fondateurs du commerce équitable comme la composante d'une stratégie d'entreprise, mais comme un outil permettant de combattre les inégalités dans les relations commerciales Nord-Sud. Ceci se traduit notamment par le fait que les normes de commerce équitable ne sont pas élaborées par des entreprises, comme une majorité des normes de RSE, mais par des acteurs sociaux issus de mouvements militants.

2. Relations entre commerce équitable et commerce conventionnel

En dépit d'une perception commune de l'éthique comme nécessité d'un rééquilibrage des relations commerciales au niveau mondial, il existe, même au sein du mouvement du commerce équitable, différentes opinions quant aux meilleurs moyens d'atteindre ce but et quant aux relations que le commerce équitable doit entretenir avec le commerce conventionnel. Historiquement, un clivage s'est progressivement dessiné entre les tenants d'une position radicale (i.e. d'une séparation radicale entre le système équitable et le système conventionnel) et ceux qui considèrent que le compromis (i.e. l'intégration au système conventionnel) est le meilleur moyen de promouvoir le but recherché. Retraçons brièvement cette évolution.

Le commerce équitable, tel qu'il est conçu lors de sa naissance dans les années 1960, se définit à l'origine *contre* ou *par opposition* au commerce international tel qu'il est pratiqué par la majorité des acteurs économiques, appelé système « conventionnel », et dans l'unique objectif de favoriser le développement des producteurs défavorisés des pays en développement. Ce courant initial du commerce équitable, que l'on peut

appeler « courant alternatif⁸⁴⁶ », a donc pour objet non de réformer le système conventionnel mais de créer une structure alternative fondée sur des objectifs de justice sociale. Cette structure, telle qu'elle a été mise en place par divers organismes européens issus de la société civile, repose sur l'action de plusieurs groupes d'acteurs : les centrales d'achat et les organismes d'importation qui traitent directement avec les producteurs du Sud d'une part, les points de vente au détail chargés de la promotion des produits (qu'ils achètent soit auprès des centrales d'achat soit directement auprès des producteurs) d'autre part. Elle se situe dans une logique parallèle et indépendante du marché conventionnel.

A l'inverse, un courant plus récent appelé aussi « courant réformiste » s'inscrit dans la logique commerciale « classique » et prône l'intégration des produits du commerce équitable au sein des marchés conventionnels – et, par conséquent, leur mise en concurrence avec les produits conventionnels qui en sont issus. Son but est de faire connaître ainsi la démarche du commerce équitable auprès du plus grand nombre de consommateurs et d'accroître l'impact de ses produits sur les marchés. Pour certains, l'objectif ultime (certes plus utopique) serait de réformer ainsi « de l'intérieur » le système commercial conventionnel en y insufflant des valeurs de justice sociale qui devraient, dans l'idéal, supplanter la primauté de la recherche des bénéfices à tout prix⁸⁴⁷. Le principal instrument choisi pour mettre en œuvre ces objectifs est celui du label – rappelons que les produits du commerce équitable de la « première génération », vendus dans les points de vente qui leur étaient exclusivement réservés, ne portaient aucun label.

A cette diversification horizontale du commerce équitable s'ajoute une évolution verticale dans le sens d'une régionalisation et globalisation du mouvement. Ainsi que le précise W. ABDELGAWAD, cette internationalisation s'est faite en deux temps : d'abord par l'extension géographique des acteurs traditionnels et réformistes se regroupant au sein de structures régionales⁸⁴⁸ ou mondiales⁸⁴⁹, puis par leur

⁸⁴⁶ W. ABDELGAWAD, *op. cit.*, p. 210 s.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 211.

⁸⁴⁸ En Europe, l'Association européenne du commerce équitable (EFTA, *European Free Trade Association*) regroupant les importateurs européens et Réseau européen des magasins du monde (NEWS, *Network for European World Shops*) – tous deux sont basés aux Pays-Bas et regroupent des acteurs traditionnels (remarque : NEWS a aujourd'hui cessé d'exister en tant qu'organisme indépendant et fait désormais partie de WFTO-Europe). En Amérique, la *Fair Trade Federation* (FTF), en Asie, le *Forum asiatique pour le commerce équitable* (AFTF, *Asia Fair Trade Forum*), et en Afrique la *Coopération pour le commerce équitable* (COFTA, *Cooperation for Fair Trade in Africa*).

rassemblement au sein de groupements nationaux⁸⁵⁰ ou internationaux⁸⁵¹ dont le but est de coordonner leur action⁸⁵². En ce sens, le commerce équitable est l'une des organisations en réseau les plus complexes que l'on puisse trouver dans le domaine des normes privées⁸⁵³.

3. Dilution du fondement éthique ?

Le commerce équitable, aurait pour but, d'après LEVELLY⁸⁵⁴, de mettre en place des « échanges marchands en-dehors de l'ordre marchand⁸⁵⁵ » dont la caractéristique est que « les termes de l'échange sont définis en faisant abstraction des forces du marché⁸⁵⁶ » (notons que les échanges marchands, même « en-dehors de l'ordre marchand », sont à distinguer des « échanges non-marchands »).

Cette démarche n'est pas nouvelle. L'inclusion de considérations éthiques dans une transaction marchande, qui conduit à la définition d'un prix différent de celui du marché « conventionnel », n'est ainsi pas propre au commerce équitable. En réalité, elle se pratique dans certaines transactions quotidiennes, lorsqu'un objet est cédé à un « prix d'ami » ou au contraire lorsque des liens particuliers (familiaux ou charitables) conduisent à payer des services à un prix supérieur à celui du marché.

LE VELLY démontre que si l'idéologie originelle du commerce équitable était de rompre totalement avec l'ordre marchand conventionnel et de construire un ordre marchand parallèle fondé sur des considérations de justice sociale, la réalité a eu raison de cette séparation radicale ; dans les faits, il semblerait que les agents du

⁸⁴⁹ La *Fédération internationale de commerce alternatif* (IFAT, *International Federation of Alternative Trade*) devenue aujourd'hui *Organisation mondiale pour le commerce équitable* (WFTO, *World Fair Trade Organization*), créée en 1989 et représentant les acteurs traditionnels et la FLO, *Fair Trade Labelling Organisation* créée en 1997 et rassemblant des acteurs « réformistes ».

⁸⁵⁰ Par exemple la Plateforme française pour le commerce équitable, créée en 1997, qui a pour mission de définir des critères communs au niveau national, *Comercio Justo* au Mexique ou la Fédération kényane du commerce alternatif (KEFAT, *Kenyan Federation of Alternative Trade*).

⁸⁵¹ Regroupement des acteurs régionaux et internationaux au sein du FINE (acronyme qui reprend les premières lettres des organisations membres : FLO, IFAT, NEWS et EFTA), réseau informel ayant pour but de coordonner leur action, de définir des critères communs et d'informer l'ensemble des membres. Etant de nature informelle, cet organisme n'a pas de structure institutionnelle ; il se réunit quand cela est jugé nécessaire, à l'initiative de l'un de ses membres.

⁸⁵² Il existe également un organisme de lobbying au niveau européen, mis en place par la FLO, EFTA et WFTO-Europe, qui a pour mission de représenter les intérêts du commerce équitable auprès des institutions européennes. Basé à Bruxelles, le '*Fair Trade Advocacy Office*' suit les développements de la législation européenne en matière de commerce équitable, maintient le dialogue avec les institutions européennes, publie des rapports sur la situation du commerce équitable et s'efforce de faire connaître ses enjeux auprès du législateur européen.

⁸⁵³ Sur l'organisation en réseau, voir infra, Chapitre 2.

⁸⁵⁴ R. LE VELLY, « Le commerce équitable : des échanges marchands contre et dans le marché », *Revue Française de Sociologie*, Vol. 47/2, 2006, pp. 319-340.

⁸⁵⁵ C. GENDRON, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁵⁶ *Ibid.*

commerce équitables ne puissent pas agir entièrement en-dehors de l'ordre conventionnel. Cette évolution découle de la confrontation des produits issus du commerce équitable à la concurrence ; dès lors que le système ne fonctionne plus en vase clos – et ceci est impossible à éviter à partir du moment où l'on sort d'une logique d'assistanat pour adopter une logique commerciale (ce qui suppose notamment de prendre en compte la qualité du produit dans le calcul de son prix⁸⁵⁷) – une interaction avec le système conventionnel est inévitable.

Il existerait en réalité trois niveaux de participation des mouvements de commerce équitable à l'ordre marchand conventionnel : le « système des débuts », fonctionnant de manière non institutionnalisée, en réseau de boutiques se fournissant auprès de groupements de petits producteurs ; la centralisation des importations par le biais d'un organisme intermédiaire tel que Solidar'Monde, qui facilite la participation au système de grande distribution dans une situation concurrentielle, mais conduit à la rupture du lien entre producteurs et vendeurs ; enfin, la « *stratégie de délégation-labellisation* », adoptée notamment par Max Havelaar, qui ne laisse au mouvement associatif que le contrôle de la commercialisation (dans les filières intégrées) ou la surveillance de la conformité (dans les filières labellisées). Dans les deux derniers cas, certains estiment que la confrontation des produits issus du commerce équitable à la concurrence de produits similaires non équitables peut conduire à des dysfonctionnements allant à l'encontre des buts du commerce équitable. On assisterait ainsi en pratique à une sélection des producteurs en fonction de leur

⁸⁵⁷ Lors des débuts du commerce équitable, la qualité des produits n'était souvent pas satisfaisante ; le prix relativement élevé que certains consommateurs acceptaient de payer relevait donc plus d'une logique d'assistanat que d'une logique commerciale. De ce fait, les produits du commerce équitable étaient réservés à une clientèle limitée, idéologiquement convaincue de la démarche, et prête à faire abstraction de considérations purement financières. C'est à l'initiative du label néerlandais Max Havelaar qu'a eu lieu l'extension du commerce équitable à la grande distribution, dans le but de toucher l'ensemble des consommateurs et non uniquement un cercle de consommateurs militants. Nécessaire pour faire connaître le concept, cette démarche n'en implique pas moins une rupture idéologique importante car elle conduit les deux systèmes, préalablement en opposition, à interagir. Comparés aux produits traditionnels, les produits du commerce équitable doivent ainsi s'adapter au système en termes de prix et de qualité. Assez paradoxalement, cette rupture ne dessert pas la cause du commerce équitable, bien au contraire. Elle permet d'une part de sensibiliser plus de consommateurs du Nord aux problèmes des petits producteurs du Sud et à la cause du commerce équitable et d'autre part, à travers l'augmentation des ventes, elle permet de donner à ces producteurs plus de moyens pour perfectionner leur mode de production et accroître ainsi la qualité de leurs produits.

A côté de la participation aux circuits de grande distribution, la labellisation est un instrument important de la participation du commerce équitable à l'ordre marchand conventionnel. C'est elle en effet qui garantit la visibilité de la démarche et qui informe ainsi le consommateur de l'existence d'un choix entre produits conventionnels et produits équitables.

Enfin, en plus de celle de la vente, la délégation portant sur les « opérations d'importation, de transformation et de recherche de débouchés » constitue le degré le plus poussé de l'interaction avec l'ordre marchand dans la mesure où elle extrait toutes ces activités du domaine associatif dans lequel elles se situaient.

effectivité et fiabilité, ce qui conduit à la prédominance des groupements les plus structurés au détriment des producteurs isolés en situation de précarité⁸⁵⁸.

L'utilisation d'un label, en particulier, a été très contestée ; elle conduirait, à long terme, à une dilution des fondements éthiques du commerce équitable dans la logique commerciale dominante (il s'agit du troisième cas de figure, que certains appellent la « filière labellisée » du commerce équitable, par opposition à la « filière intégrée » qui reste entièrement aux mains des acteurs associatifs). L'apposition d'un label sur le produit – comme Max Havelaar au niveau national ou celui de la FLO au niveau international – est le moyen le plus apte à faire connaître au consommateur la spécificité et les caractéristiques du produit équitable une fois celui-ci introduit dans les circuits de la grande distribution. Il s'agit donc à la fois d'un instrument d'information et de promotion du commerce équitable. Les labels attestant du respect de certaines normes, il apparaît que la filière labellisée est également celle où les normes privées jouent le rôle le plus important, par opposition à la filière intégrée qui s'est construite directement sur le terrain, en-dehors de tout cadre normatif car reposant uniquement sur la confiance des acheteurs (même si par la suite elle s'est par certains aspects ralliée à la filière labellisée, à travers le label développé par la WFTO qui concerne les entreprises, et non les produits).

Le risque de dilution des fondements éthiques au profit de la « rationalité formelle » viendrait notamment du fait que la labellisation ne met pas seulement en concurrence les produits équitables avec les produits conventionnels, mais également les produits équitables entre eux. L'obtention du label ne signifie donc pas nécessairement que la production sera effectivement achetée par les importateurs (selon les chiffres de LE VELLY seulement 20% de la production équitable de café trouve preneur). Par ailleurs, les bénéficiaires du label (les torréfacteurs, par exemple, dans le cas du café) n'ont pas la garantie de trouver un distributeur (seule une moitié des torréfacteurs en France propose ses produits à travers les grandes surfaces) ; l'importance de l'offre donne aux entreprises de grande distribution une marge de négociation et un moyen de pression non négligeables. Ces pressions, liées aux pouvoirs des importateurs et des distributeurs, conduisent à la remise en cause de certains principes du commerce

⁸⁵⁸ R. LE VELLY, « Le commerce équitable : des échanges marchands contre et dans le marché », *Revue Française de Sociologie*, Vol. 47/2, 2006, p. 15.

équitable tel que le préfinancement des récoltes – certains préférant y renoncer en échange d’une commande plus importante. Par ailleurs, l’émergence de « contrats liés », dans le cadre desquels la partie non-équitable de la récolte est vendue à un prix inférieur à celui du marché en échange d’une augmentation du volume vendu au prix équitable, permet dans les faits de faire baisser le prix minimum équitable que les normes exigent⁸⁵⁹.

A cela s’ajoute une concurrence potentielle entre les labels ; dans le domaine du café par exemple, Max Havelaar et les autres labels de la FLO font face depuis 2005 à la concurrence du label « Café pour agir » mis en place par la ‘*Rainforest Alliance*’ dont les conditions d’achat et de participation démocratique sont moins élevés.

Ainsi, si pour certains, la création d’un label équitable relève d’une « situation gagnant-gagnant », d’autres considèrent que les dysfonctionnements évoqués ci-dessus constituent une altération des fondements éthiques du commerce équitable. Ils seraient symptomatiques d’une « dérive commerciale » du système et révéleraient une dilution de son idéal de justice sociale dans la logique commerciale dominante.

Enfin, le risque de « récupération » du concept de commerce équitable par les acteurs économiques traditionnels, notamment les grandes enseignes, à travers l’instauration de normes privées qui leurs sont propres et ne respectent pas nécessairement les critères de la WFTO, contribuerait lui aussi à la dilution de l’éthique dans le commerce. Certains demandent pour cela une protection juridique, nationale ou internationale, du concept de commerce équitable, afin d’éviter son utilisation abusive. Il apparaît cependant que si cela est souhaitable sur le plan théorique, cette protection est difficile à mettre en œuvre en pratique.

4. Normes de commerce équitable et réglementation juridique

Il existe, dans certains pays européens (dont la France), une reconnaissance législative du commerce équitable ; la législation communautaire va également dans ce sens. Pourtant, on ne peut encore parler d’une véritable protection du concept de commerce équitable par la loi. Celle-ci supposerait en effet d’imposer, au moyen de la contrainte étatique, le respect de certains critères aux entreprises souhaitant avoir recours à cette appellation. Or, ceci n’est pas le cas aujourd’hui. L’article 60 de la loi

⁸⁵⁹*Ibid.*, p. 16.

française du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises⁸⁶⁰ dispose uniquement que :

I. - Le commerce équitable s'inscrit dans la stratégie nationale de développement durable.

II. - Au sein des activités du commerce, de l'artisanat et des services, le commerce équitable organise des échanges de biens et de services entre des pays développés et des producteurs désavantagés situés dans des pays en développement. Ce commerce vise à l'établissement de relations durables ayant pour effet d'assurer le progrès économique et social de ces producteurs.

III. - Les personnes physiques ou morales qui veillent au respect des conditions définies ci-dessus sont reconnues par une commission dont la composition, les compétences et les critères de reconnaissance des personnes précitées sont définis par décret en Conseil d'Etat⁸⁶¹.

Sur le plan européen, un rapport adopté par le Parlement le 26 mai 1998 ainsi qu'une Communication de la Commission adoptée le 29 novembre 1999 ont reconnu la notion de commerce équitable ; un rapport du Parlement du 6 juin 2006, intitulé « Commerce équitable et développement » a souligné l'importance du commerce équitable comme instrument de la politique européenne en matière de coopération internationale et de développement⁸⁶². Ce rapport insiste notamment sur le risque d'abus par des sociétés ne respectant pas les critères du commerce équitable. Une seconde communication de la Commission, du 5 mai 2009 (« *Contribuer au développement durable: le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce*⁸⁶³ »), réitère son

⁸⁶⁰ Loi n° 2005-882. La commission instituée par le paragraphe III a été créée par un décret du 15 mai 2007 et ses membres nommés par un arrêté du 28 janvier 2010. Elle a élaboré un référentiel indiquant à quelles spécifications doivent se conformer les organismes pour être reconnus ; elle a également lancé une campagne de promotion du commerce équitable avec l'aide financière du gouvernement. Voir J.-P. DOUSSIN, *op. cit.*, p. 91 s.

⁸⁶¹ Une première tentative d'intervention du gouvernement avait été lancée en 2001, sous la forme de l'élaboration d'une norme sur le commerce équitable par l'AFNOR, agence française de normalisation. Après des négociations fort difficiles, le texte adopté en 2006 n'a obtenu que le statut d'« accord » et non de « norme », certains acteurs du commerce équitable ayant participé à l'élaboration ayant refusé de le reconnaître. Il est intéressant de noter qu'une première ébauche du texte, fondée sur une perspective de protection des consommateurs contre l'utilisation abusive du concept de commerce équitable avait été rejetée par la majorité des acteurs. La version adoptée en 2006 adopte une perspective plus centrée sur l'intérêt des producteurs. Voir l'accord AC X50-340, janvier 2006, « Commerce équitable – Les trois principes du commerce équitable – Les critères applicables à la démarche du commerce équitable ». Voir également J.-P. DOUSSIN, *Le commerce équitable, « Que sais-je ? »*, PUF, Paris, 2011, 122 p. et W. ABDELGAWAD, « La reconnaissance du commerce équitable en droit français : une victoire pour la société civile internationale ? », *Revue internationale de droit économique*, vol. 2007/4, p. 471-491.

⁸⁶² Rapport du Parlement Européen sur le Commerce équitable et développement (2005/2245(INI)).

⁸⁶³ COM (2009) 215 Final. Dans une section nommée « Considérations stratégiques », cette communication souligne l'importance des initiatives et la volonté de la Commission de préserver leur liberté d'action :

engagement à soutenir, y compris financièrement, les initiatives de commerce équitable. Cependant, elle estime qu' « une réglementation par les pouvoirs publics risquerait d'entraver le bon fonctionnement de systèmes privés dynamiques » ; elle ne prévoit donc aucune mesure concrète permettant de prévenir ou de remédier à la « récupération » du concept de commerce équitable⁸⁶⁴.

En dépit de l'absence de mesures de protection concrètes, peut-on néanmoins considérer, sur le plan de la théorie juridique, qu'une reconnaissance législative confère aux normes privées de commerce équitable une existence (un statut) juridique autonome ?

Pour W. ABDELGAWAD, les normes de commerce équitable constitueraient un troisième « mode de régulation juridique » à côté du droit interétatique tel qu'il est représenté par les règles de l'OMC et de la *lex mercatoria* élaborée par les opérateurs économiques. Il s'agirait d'un « droit économique solidaire spontané », élaboré par les acteurs de la société civile internationale sur la base d'un ensemble de critères à connotation éthique. A la différence des deux autres systèmes, son fondement serait à rechercher non dans l'économie capitaliste, mais dans une économie solidaire⁸⁶⁵ dont il est à la fois la manifestation et l'un des piliers fondateurs. Les caractéristiques de ce nouveau mode de régulation décrites par ABDELGAWAD comme un « triple renversement » par rapport aux systèmes juridiques existants :

- il s'agit d'une régulation « par le bas » mise en place par les communautés locales et s'interposant donc entre le public et le privé ;

« La Commission estime que son rôle n'est pas de hiérarchiser, ni de réglementer les critères afférents aux systèmes privés d'assurance de la durabilité liés au commerce, ni d'en évaluer la pertinence au regard des objectifs de développement soutenable. Une telle réglementation limiterait le dynamisme des initiatives privées en la matière et risquerait de faire obstacle au développement ultérieur du commerce équitable et d'autres systèmes privés, ainsi que de leurs normes ».

Il s'agit, dans une optique stratégique et afin de leur permettre d'avoir un impact maximal de « préserver la nature non gouvernementale des systèmes privés dans l'Union », d' « étudier la possibilité de réaliser des synergies entre les systèmes et d'accroître la clarté à l'intention des consommateurs et des producteurs », de « parvenir à une interprétation commune des exigences opérationnelles de base raisonnables » et d' « établir des faits objectifs concernant l'impact respectif de différents systèmes privés d'assurance de la durabilité liés au commerce ».

⁸⁶⁴ La Commission reconnaît cependant que la multiplicité des systèmes de normes peut mener à une confusion du consommateur. Elle estime que la ligne de conduite à adopter consiste à « approfondir la réflexion sur les principes permettant d'accroître au maximum l'impact des systèmes privés d'assurance de la durabilité liés au commerce, tout en s'abstenant de définir des normes de durabilité auxquelles devraient se conformer ces systèmes privés: cela étant, les opérateurs n'en seront pas moins tenus d'observer les normes pertinentes en matière de durabilité et la législation mise en place par les pouvoirs publics ».

⁸⁶⁵ Définie comme l' « ensemble des activités de production, de distribution et de consommation contribuant à la démocratisation de l'économie à partir des engagements des citoyens et des divers représentants de la société civile au niveau local comme au niveau global ». W. ABDELGAWAD, p. 215.

- le contenu de ses normes est inséparable d'une finalité éthique, qui devient inhérente au droit) ;
- il s'agit d'un droit spontané, créé à partir de « faits normatifs⁸⁶⁶ », extra-étatique dont l'existence est justifiée sur le plan théorique par la notion de pluralisme juridique.
- Enfin, ce droit, conçu par ses fondateurs comme un « modèle global », aurait de ce fait une portée mondiale⁸⁶⁷.

Ce nouveau droit tirerait une certaine légitimité, voire une consécration de sa reconnaissance par le droit positif européen ; notons cependant que ce dernier reconnaît uniquement les critères du commerce équitable tels qu'ils ressortent de la pratique des opérateurs, sans lui reconnaître explicitement un fondement juridique.

Ainsi que nous l'avons expliqué plus haut (*supra* titre 1), nous pensons qu'il est encore trop tôt pour affirmer de manière catégorique le caractère juridique de ces normes. Ce qui nous intéresse ici est plutôt ce qu'ABDELGAWAD nomme « *le caractère inséparable entre le contenu et la finalité éthique des règles juridiques* »⁸⁶⁸. En l'absence d'encadrement juridique par les droits étatiques, ce lien serait menacé par une « récupération » et « déformation » des normes de commerce équitable par les entreprises⁸⁶⁹. La crainte est que les entreprises intègrent la notion de commerce équitable dans leurs codes et chartes internes, sans qu'il n'existe de contrôle sur la mise en œuvre effective des principes du commerce équitable tels qu'ils sont définis par les grandes organisations telles que la FLO.

ABDELGAWAD suggère la création d'un « cadre multilatéral obligatoire⁸⁷⁰ » au sein de la CNUCED afin d' « imposer aux Etats l'adoption de législations nationales reconnaissant le commerce équitable⁸⁷¹ ». Cependant, même si un cadre multilatéral pouvait être créé, nous ne voyons pas comment la CNUCED pourrait imposer son respect à ses Membres. Nous pensons pour notre part que le droit international ne devrait pas emprunter la voie de l'obligation (si tant est que cela soit possible) mais

⁸⁶⁶ Pour ABDELGAWAD, ces faits normatifs sont de deux ordres : les contrats de commerce équitable d'une part, les principes de commerce équitable communs à l'ensemble de ses opérateurs d'autre part. Alors que les premiers sont incontestablement des faits juridiques, nous pensons que les seconds sont « en passe d'être intégrés » aux ordres juridiques nationaux ou à l'ordre communautaire, mais ceci n'est pas encore une réalité.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 221 s.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, 230.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 231.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 232.

plutôt celle de l'incitation ; cette incitation pourrait provenir de l'adoption d'une définition internationalement reconnue du commerce équitable. Celle-ci agirait directement sur les entreprises, sans passer par la case étatique – car l'adoption d'une législation étatique, si elle n'est pas contraignante, n'offre pas non plus une garantie d'effectivité. La faiblesse de cette solution réside, nous le reconnaissons, dans l'apparente absence d'une structure institutionnelle, sous la forme d'un organisme international bénéficiant de la portée d'action et de la légitimité nécessaires. Ni l'OMC, ni la CNUCED ne constituent un forum adapté pour le traitement des questions de commerce équitable. Nous pensons que celles-ci doivent demeurer du domaine des règles purement privées (que l'on reconnaisse ou non leur juridicité). C'est du regroupement des différents acteurs, déjà en très bonne voie en ce qui concerne le commerce équitable, que pourra naître une force contraignante non pas juridique (du moins dans un premier temps), mais « concurrentielle » : le consommateur, de plus en plus averti n'acceptera plus, à terme, les déclarations unilatérales. Un regroupement suffisant des définitions et labels permettra également de remédier aux risques de confusion liés à la prolifération des normes.

Ce n'est donc pas par une « juridicisation » des normes de commerce équitable que l'on peut accroître leur légitimité ; bien au contraire, cette juridicisation sera la conséquence de l'avancement du processus de centralisation et de consolidation des normes privées. Le cas du commerce équitable est ainsi l'un des meilleurs exemples pour illustrer l'influence qu'exercent la société civile et de l'éthique sur le droit : les valeurs applicables n'y sont pas uniquement définies par le droit, mais définissent, à condition qu'elles soient suffisamment partagées, le contenu de possibles règles juridiques futures.

Ceci conduit C. GENDRON à s'interroger sur la véritable nature du commerce équitable :

« On peut donc s'interroger sur l'émergence d'une consommation éthique apolitique, où la dimension équitable du produit renvoie moins à la dénonciation d'un système commercial international injuste qu'elle n'est un simple attribut qualitatif parmi d'autres : biologique, fermier ou sans cholestérol. Bref, le commerce équitable a-t-il pour ambition de transformer les règles du commerce international à travers la sensibilisation du public et la mise en œuvre d'un commerce alternatif, ou vise-t-il simplement à répondre à la demande éthique croissante d'une

nouvelle vague de consommateurs ? Derrière cette question se profile l'inévitable paradoxe qu'entraîne l'incursion d'un mouvement social dans l'arène économique⁸⁷² ».

Cette question permet de souligner l'ambiguïté des rapports entre le commerce et l'éthique, puisque cette dernière est utilisée à la fois pour dénoncer les failles du système et pour justifier de nouvelles formes de consommation « éthiques ». Dans quelle mesure les préoccupations éthiques, telles qu'elles s'expriment à travers les revendications de mouvements militants, sont-elles compatibles avec le commerce international ? Force est de constater qu'aujourd'hui le débat ne s'exprime plus en ces termes ; en raison de la tendance à l'intégration croissante du commerce équitable au commerce conventionnel, la question n'est plus de savoir si ces deux courants sont compatibles ou mutuellement exclusifs, mais de déterminer dans quelle mesure le commerce équitable peut réaliser ses objectifs de justice sociale et d'équité des échanges au sein du système conventionnel.

5. Interactions entre normes privées et normes juridiques

Si le commerce est susceptible d'agir sur le mouvement social, l'inverse est-il également vrai ? Peut-on parler d'une réforme de l'intérieur du système commercial, comme pourrait le souhaiter le courant le plus radical du commerce équitable, ou s'agit-il uniquement d'offrir aux consommateurs une alternative équitable à leur mode de consommation quotidienne ? En d'autres termes, les normes de commerce équitable agissent-elles sur la structure du système commercial international, ou répondent-elles uniquement à une « demande d'éthique » préexistante ? Pour aller encore plus loin, au-delà de simples ajustements structurels, en organisant sa propre intégration au commerce conventionnel, le commerce équitable ne s'expose-t-il pas au risque d'une « instrumentalisation de sa propre cause à des fins commerciales⁸⁷³ » ?

S'il est trop tôt pour répondre de manière empirique à la question des effets des normes éthiques sur les normes réglementant le commerce international, on peut observer que ce questionnement traduit en réalité un glissement du fondement des normes de commerce équitable de l'« éthique » vers la « qualité ». Ainsi que le fait observer C. GENDRON dans la citation ci-dessus, le fait qu'un produit soit issu du

⁸⁷² C. GENDRON, 2004, p. 15. Nous soulignons.

⁸⁷³ C. GENDRON, p. 16.

commerce équitable devient un attribut qualitatif parmi d'autres aux yeux du consommateur. Les produits issus du commerce équitable ne sont alors plus réservés à un cercle de militants défendant une idéologie alternative, mais répondent aux préoccupations qualitatives de cette catégorie en constante évolution que sont les « consommateurs responsables ». A notre avis, ceci ne constitue pas une dilution des fondements - car la qualité devient de plus en plus « éthique », ainsi que nous l'avons vu plus haut. Le réel danger de dilution est à rechercher du côté d'une possible multiplication des labels de commerce équitable, ne répondant pas tous au même niveau d'exigence, susceptibles de créer une confusion chez le consommateur et de mener, à long terme, à un abaissement généralisé des « standards⁸⁷⁴ » du commerce équitable. Le label, mécanisme de généralisation du commerce équitable et de promotion de son idéologie, peut ainsi devenir également l'instrument de son déclin ; vecteur de visibilité, il peut tout aussi bien laisser la place à l'opacité si, victime de son succès, il fait l'objet d'une reprise en série par les entreprises de grande distribution. Une protection étatique du label équitable serait par conséquent souhaitable, à condition que le contenu protégé porte sur une norme d'harmonisation à portée internationale, telle que Max Havelaar⁸⁷⁵.

En conclusion, si l'on assiste effectivement à une « marchandisation de l'éthique⁸⁷⁶ » qui devient autant un argument de vente qu'un moyen de pression à la disposition du consommateur, il n'est pas interdit de penser que l'incursion de l'éthique dans la sphère économique aura des conséquences sur la structure des règles régissant le commerce international. La généralisation des normes éthiques privées conduit paradoxalement les Etats et les organisations internationales à se réapproprier la problématique, soit au travers de partenariats avec les entreprises ou par le biais d'une association avec des acteurs associatifs dans le cadre de l'élaboration de ces normes. Certains prêtent même aux normes privées un « rôle normatif », la norme étant ici entendue au sens de modèle d'action, dans la mesure où leur contenu

⁸⁷⁴ Au sens de contenu, et non de contenant (norme).

⁸⁷⁵ Comme cela a été le cas pour les labels en matière de qualité des aliments. C. GENDRON, *ibid.*, p. 16 :
« Comme c'est déjà le cas dans le secteur de l'alimentation où prolifèrent les labels de toutes sortes, la multiplication des labels équitables risque de semer la confusion et de banaliser la démarche du commerce équitable, ce qui lui serait fatal. C'est la raison pour laquelle le mouvement exerce des pressions afin que le label équitable soit protégé par les institutions étatiques comme l'est déjà l'appellation *certifié biologique* ».

⁸⁷⁶ C. GENDRON, p. 23. L'auteur souligne, à côté de cette ambiguïté « externe », l'existence de contradictions internes au commerce équitable : le commerce doit-il nécessairement passer par le développement ? Ne devrait-on pas favoriser un commerce équitable local plutôt que d'inciter les producteurs du Sud à vendre à l'étranger leurs récoltes ?

constitue une « référence éthique » à l'aune de laquelle pourra être jugé le comportement des entreprises⁸⁷⁷.

On ne saurait par ailleurs sous-estimer l'importance de la visibilité (ou « notoriété⁸⁷⁸ ») dans ce contexte, car c'est plus par sa présence aux côtés de produits traditionnels que par ses parts de marchés que le commerce équitable influence le consommateur. Cela dit, seule la persistance d'un certain militantisme peut garantir que le commerce équitable demeurera un idéal en plus d'être un argument marketing au service des grandes entreprises. De la même façon, seule une implication durable des pouvoirs publics dans sa définition et sa mise en œuvre garantira l'évolution de son statut normatif de simple « référence éthique » à celui de normes juridiques (nationales ou internationales) contraignantes. Comme pour les autres aspects de la consommation éthique (agriculture biologique, etc.), c'est surtout dans le domaine de la traçabilité et de l'étiquetage que l'intervention de l'Etat s'avèrera nécessaire. Ici aussi, on se dirige donc vers un rôle d'encadrement par les pouvoirs publics.

⁸⁷⁷ C. GENDRON, p. 20.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

Conclusion du chapitre

L'effectivité et la légitimité sont souvent considérées comme deux conditions de la validité d'une norme (la troisième condition étant la légalité, ou appartenance à un ordre juridique donné). Ces trois critères sont très liés entre eux, et l'on constate que l'effectivité et la légitimité peuvent être des « portes d'entrée dans la légalité » pour les normes qui ne sont pas considérées comme juridiques.

Si l'on transpose les critères de la l'effectivité et de la légitimité aux normes privées on s'aperçoit que d'un point de vue sociologique, les normes privées sont à la fois « socialement acceptées » (effectives) et « socialement acceptables » (légitimité). Envisagées en tant que système, elles présentent donc à la fois l'élément empirique et axiologique qui en fondent, en principe, la validité. Pour reprendre les termes de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE⁸⁷⁹, ceci démontre à la fois la « force » et l' « autorité » du pouvoir qui est à l'origine de la norme – ici un pouvoir privé transnational. On peut dès lors s'interroger sur la pertinence de la qualification juridique de ce pouvoir.

⁸⁷⁹ *De la pyramide au réseau*, p. 360 s.

Chapitre 2. Qualification juridique du système

Un système est avant tout un ensemble d'éléments organisé, structuré. Le terme peut désigner un ensemble d'idées⁸⁸⁰, de pratiques⁸⁸¹ ou encore un mélange des deux ; dans ce dernier cas, le système est un « ensemble de pratiques, de méthodes et d'institutions formant à la fois une construction théorique et une méthode pratique⁸⁸² ». En tant qu'ensemble structuré, le système met l'accent sur l'agencement, le mode d'organisation des éléments qui le composent. A la différence du régime, qui insiste plus sur la réglementation, la « façon de gouverner » (élément matériel), le système est fondé sur la structure (élément formel)⁸⁸³.

Il existe deux manières théoriques d'aborder le système dans le cadre des normes privées : la première consiste à rechercher, parmi les regroupements de normes, l'existence éventuelle de « systèmes juridiques », la seconde – issue du monde des relations internationales et de la sociologie plus que du droit – est fondée sur l'analyse de systèmes privés (non-étatiques) de gouvernance. Si les normes privées peuvent être considérées comme un mode de régulation sociale⁸⁸⁴ ou encore un « nouveau mode de régulation juridique⁸⁸⁵ » (section 1), nous préférons cependant y voir un « système de droit informel » relevant du droit transnational (section 2).

Section 1. Systèmes de gouvernance

Les normes privées peuvent être envisagées dans le cadre de la « régulation » et de la « gouvernance ». La notion de régulation désigne un « nouveau mode de production du droit », plus flexible et plus adaptable que la production étatique de droit. Dans les

⁸⁸⁰ Il est alors synonyme de *théorie* (« ensemble conçu par l'esprit (à titre d'hypothèse, de croyance) d'objets de pensée unis par une loi »), de *méthode* ou *systématique* (« distribution d'un ensemble d'objets de connaissance selon un ordre qui en rend l'étude plus facile ; classification qui en résulte ») ou de *doctrine/thèse* (« ensemble d'idées, logiquement solidaires, considérées dans leurs relations ; construction théorique que forme l'esprit sur un vaste sujet »). Toutes les définitions sont issues du *Petit Robert de la langue française*, édition 2010.

⁸⁸¹ Il désigne alors une *méthode* au sens de manière, moyen (« ensemble coordonné de pratiques tendant à obtenir un résultat »). *Ibid.*

⁸⁸² Il est alors synonyme de *politique* ou de *régime*. *Petit Robert de la langue française*, édition 2010.

⁸⁸³ Les deux termes se rejoignent cependant en ce qu'ils peuvent tous les deux être utilisés pour désigner l'organisation politique, économique et sociale d'un Etat (ceci étant la forme traditionnelle d'exercice du pouvoir, mais il n'est pas interdit, *mutatis mutandis*, d'étendre la définition à d'autres formes de pouvoir, y compris le pouvoir normatif des acteurs privés).

⁸⁸⁴ Pour un exemple de régulation dans le domaine environnemental voir G. GROLLEAU, N. MZOUGH, L. THIEBAUT, « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », *Revue internationale de droit économique*, 2004, pp. 461-481.

⁸⁸⁵ Cette expression est employée par M. ABDELGAWAD dans pour désigner les normes de commerce équitable, voir « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire », *Revue internationale de droit économique*, 2003/2, pp. 197-232.

termes de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE : « *La régulation, pourrait-on dire, est à la production normative ce que le traitement de texte est à la production d'informations : une manière de gestion souple et évolutive d'un ensemble indéfini de données en quête d'un équilibre au moins provisoire*⁸⁸⁶ ». Le concept de régulation permet de rendre compte de l'extension du droit à la sphère économique, mais aussi de l'émergence de normes émises par des acteurs non-étatiques. Elle est donc utile pour la compréhension des normes privées :

*« On comprend dès lors pourquoi l'idée de régulation apparaît, à point nommé, dans un champ juridique qui prend désormais la forme du réseau ; elle permet de penser les délicates opérations d'équilibrage qui prennent place entre sources du pouvoir à la fois complémentaires et concurrentes ; elle accompagne les improbables percées du droit dans les mécanismes des sous-systèmes (économique, éducatif, scientifique...) qu'il souhaiterait contrôler ; à l'inverse, elle suit le mouvement à rebours par lequel les instances de ces sous-systèmes prétendent contrôler au moins une part de cette production juridique. On parle alors d'« autorégulation », très développée dans les secteurs du droit social, du droit financier, du droit économique international et du droit de la concurrence : dans chaque cas, l'autonomie revendiquée est justifiée par la plus grande flexibilité d'une normativité auto-produite et auto-contrôlée qui doit s'adapter à une conjoncture à la fois ultra-spécialisée et instable*⁸⁸⁷ ».

Sans vouloir entrer dans la description des multiples sens attribués à la notion de gouvernance (qui s'exprime de manières diverses et à plusieurs niveaux), nous soulignerons uniquement que cette notion permet d'étudier les rapports qui se mettent en place entre Etat et société civile pour la « régulation » de certaines questions⁸⁸⁸. Sur le plan international, plusieurs théories ont été élaborées pour montrer comment

⁸⁸⁶ *De la pyramide au réseau, op. cit.*, p. 26.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁸⁸⁸ Voir A.-J. ARNAUD (A.-J.), « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et société*, 1997/35, pp. 11-35, p. 32 :

« Le terme de 'gouvernance' se révèle alors fort approprié. Ces acteurs, en effet, n'entrent pas dans le cadre de l'action gouvernementale au sens strict. Il s'agit de la mise en œuvre d'un processus complexe de prise de décision interactive, dynamique, projectif, appelé à évoluer constamment pour répondre à des circonstances changeantes. La contribution d'une diversité de gens et d'institutions intéressés à une issue heureuse de la gestion s'avère alors inestimable. Partenariat, réseaux, acteurs globaux deviennent des concepts qui se substituent à la vieille idée de prise de décision souveraine *top-down* au nom de la puissance publique. La mise en commun de l'information, du savoir, des ressources et des capacités permet de développer des politiques et des pratiques mutuelles dans les interstices de l'intervention étatique ou interétatique, sur des questions d'intérêt commun ».

la régulation par les acteurs privés s’insère dans la « gouvernance internationale ». Il s’agit notamment des « systèmes non-étatiques de gouvernance » (§ 1) et des régimes privés transnationaux (§ 2).

§ 1. Systèmes non-étatiques de gouvernance

Certains auteurs ont choisi d’avoir recours au concept de ‘*Non-State Market-Driven Governance Systems*’ (ci-après NSMD) ou systèmes non-étatiques de gouvernance dirigés par les marchés, afin de décrire l’émergence de certaines formes d’autorité et de normativité privée au niveau international⁸⁸⁹.

Concrètement, cette expression désigne des systèmes nationaux ou transnationaux de gouvernance privée qui tirent leur autorité non de l’Etat mais des marchés internationaux et de l’attention que ces derniers portent aux attentes des consommateurs⁸⁹⁰. En pratique, elle recouvre les structures de gouvernance et les normes mises en place par les ONG, et plus généralement par tous les acteurs issus de la société civile, dans des secteurs tels que la gestion des forêts, la pêche, la production de café, le secteur agro-alimentaire ou le tourisme.

A. Présentation de la théorie des systèmes privés de gouvernance

Le but de ces systèmes de gouvernance est de soumettre les transactions commerciales sur les marchés globaux à certaines règles définies par des acteurs privés. Plus exactement, ils visent à « intégrer » (*‘embed’*) ces règles au fonctionnement des marchés internationaux. Dans un article de 2007, CASHORE définit plus précisément ces systèmes comme :

“(…) deliberative and adaptive governance institutions designed to embed social and environmental norms in the global marketplace that derive authority directly from interested audiences, including those they seek to regulate, not from sovereign states”.

De cette définition on peut retenir trois points : il s’agit d’un mécanisme privé qui tire son autorité de sources privées ; ce mécanisme s’apparente à une institution⁸⁹¹ dont le

⁸⁸⁹Par exemple B. CASHORE, “Legitimacy and the Privatization of Environmental Governance: How Non-State Market-Driven (NSMD) Governance Systems Gain Rule-Making Authority”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, Vol. 15/4,2002, pp. 503-529.

⁸⁹⁰B. CASHORE, *op. cit.*, p. 504.

⁸⁹¹Ce terme est entendu ici dans un sens formel de structure organisée ; il est à distinguer de l’institution (juridique) au sens d’ordre juridique, telle que la conçoit Santi Romano.

but est d’ancrer les normes sociales et environnementales dans le marché international ; enfin, cette institution fonctionne de manière délibérative et est dotée d’une grande capacité d’adaptation. Pour CASHORE, le modèle-type de système NSMD serait le système de gestion durable des forêts mis en place par le *Forest Stewardship Council*, auquel participent des acteurs sociaux et environnementaux en plus des acteurs issus des entreprises, et qui exclut expressément la participation d’acteurs étatiques.

Ces systèmes se distinguent d’autres formes d’autorité privée par leur caractère dynamique, c’est-à-dire par leur évolution en vue d’atteindre le but qu’ils se sont fixés. Ils n’incluent pas certains types de normes considérés comme « statiques », comme certains labels ou certaines formes d’autorégulation des entreprises (2007). Ils se distingueraient également par une volonté de « reconfigurer » les marchés dans certains domaines où leur situation est considérée comme insatisfaisante, et pour lesquels il n’existe pas assez d’incitations économiques poussant les entreprises à agir.

Chez CASHORE, l’analyse des systèmes privés de gouvernance est largement fondée sur la notion de légitimité⁸⁹². Dans un article fondateur de 2002, il estime que la viabilité de ces systèmes de gouvernance est conditionnée par leur « légitimité », ce terme étant compris dans un sens « sociologique » - c’est-à-dire évalué par rapport au système social concerné :

”A generalized perception or assumption that the actions of an entity are desirable, proper, or appropriate within some socially constructed system of norms, values, beliefs and definitions”⁸⁹³.

De cette légitimité, que l’on peut comprendre comme le caractère approprié d’un système (son adaptation à son environnement social), résulte en quelque sorte la validité du système.

L’appréciation de la légitimité est le fait d’une « audience externe » (*external audience*), non de ceux qui sont soumis au système ; en d’autres termes, elle résulte

⁸⁹² Voir également sur le thème de la légitimité le numéro spécial de la revue *Review of International Political Economy*, ‘Legitimacy and Global Governance’, Vol. 18/1, 2011 et spécialement S. BERNSTEIN, « Legitimacy in Intergovernmental and Non-State Global Governance », pp. 17-51. Également A. BUCHANAN, R. KEOHANE, ‘The Legitimacy of Global Governance Institutions’, *Ethics & International Affairs*, Vol. 20, 2006, p. 405.

⁸⁹³ M. SUCHMAN, “Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches”, *Academy of Management Review*, vol. 20, 1995, pp. 571-610, cité par CASHORE, 2002, p. 515.

de la réaction des observateurs du système à son mode de fonctionnement⁸⁹⁴. Enfin, elle doit être activement recherchée par les systèmes à travers « démarches de légitimation ». Dans un article de 2007 coécrit avec S. BERNSTEIN, CASHORE insiste sur la dimension « politique » de cette légitimité (*‘political legitimacy’*), c’est-à-dire sur son acceptation par la communauté (également définie comme « *the acceptance of shared rule by a community as appropriate and justified* »)⁸⁹⁵.

B. Application aux normes privées

La théorie des systèmes privés de gouvernance permet d’expliquer certaines modalités des normes privées, mais ne saurait les englober dans leur totalité ; surtout, elle ne permet pas de définir leurs rapports avec les règles du droit international public.

Le mérite de cette approche est de mettre en place une réflexion sur la forme de pouvoir qui est à l’origine des normes privées, en l’occurrence une autorité privée issue des marchés : la recherche de la source de l’« autorité normative » (*‘rule-making authority’*) de ces régimes conduit en effet CASHORE à situer celle-ci exclusivement dans les marchés, où s’entremêlent la recherche de l’intérêt privé et des considérations morales. Cette autorité résulterait d’un processus interne d’évaluation de la part des acteurs qui composent le système⁸⁹⁶. Les systèmes privés peuvent ainsi être analysés comme les produits d’une « demande d’éthique » de la part des consommateurs (voir *supra*), dont le nombre et le contenu varient en même temps que cette demande.

Sur le plan formel, cependant, la théorie des systèmes privés de gouvernance exclut certains types de normes privées. Leur caractère d’« institution » implique qu’ils possèdent des mécanismes de surveillance et de mise en œuvre qui leurs sont propres, et qui permettent de rendre obligatoires les normes qu’ils édictent pour ceux qui choisissent de s’y soumettre. Or, si cette l’existence de mécanismes de mise en œuvre est avérée pour les régimes de normes les plus élaborés, tels que les régimes

⁸⁹⁴B. CASHORE, *op. cit.*, p. 515 s. La légitimité peut prendre trois formes : « pragmatique » (fondée sur l’intérêt personnel de l’observateur), « morale » (fondée sur des considérations éthiques ou d’intérêt général) ou « cognitive » (résultant d’une approche culturelle : « toute autre action serait impensable ») L’auteur précise que ces formes de légitimité n’ont pas toute la même stabilité ou durée de vie – la première (légitimité pragmatique) étant la plus facile à acquérir mais aussi à perdre, alors que la dernière (légitimité cognitive) est à l’inverse la plus difficile à acquérir mais aussi la plus durable.

⁸⁹⁵S. BERNSTEIN, B. CASHORE, “Can Non-State Global Governance Be Legitimate? An Analytical Framework”, *Regulation & Governance*, Vol. 1/4, 2007, pp. 347-371. Il existerait trois phases dans l’acquisition de cette légitimité : une phase d’initiation suivie d’une phase de construction d’un soutien et d’une reconnaissance les plus étendus possibles, qui doit mener à la légitimité politique (phase 3). Les auteurs reconnaissent cependant que ce stade n’est atteint par aucun système à ce jour.

⁸⁹⁶B. CASHORE, *op. cit.*, p. 509.

d'agriculture biologique (IFOAM) ou de protection des forêts (FSC), ce n'est pas le cas pour les cas d'autorégulation ou les codes de conduite de RS. Ceux-ci ne prévoient aucun mécanisme d'application ; la mise en œuvre de leurs dispositions reste volontaire en dépit de leur acceptation formelle. L'incitation à appliquer ces règles provient uniquement des marchés ; elles sont seulement soumises à l'évaluation des acteurs privés concernés, y compris ceux dont elles cherchent à régler la conduite.

Enfin, pris dans son ensemble, le concept est plus restrictif que la catégorie des normes privées, puisqu'il exclut toute forme de participation étatique⁸⁹⁷ ; il n'offre donc pas la possibilité d'analyser l'élaboration, pourtant en plein essor, de normes hybrides issues d'une coopération public-privé.

En conclusion, l'intérêt de la théorie des systèmes privés de gouvernance résulte de son insistance sur l'existence d'une certaine *autorité privée*, mais elle se révèle trop restrictive pour expliquer la diversité formelle des normes privées ; elle ne permet de qualifier de système qu'une partie de ces normes, purement privées et disposant d'une structure institutionnelle relativement élaborée. Nous allons à présent examiner la théorie des régimes privés transnationaux, qui est également fondée sur la notion d'autorité privée, mais est moins restrictive quant aux normes prises en compte.

§ 2. Régimes privés transnationaux

Le développement de régimes privés serait une réponse des acteurs privés aux insuffisances de la réglementation étatique dans un secteur donné, mais aussi à la fragmentation de la réglementation, qu'elle soit publique ou privée⁸⁹⁸. La théorie des régimes privés transnationaux ou '*private transnational regimes*' décrit l'organisation croissante des normes privées en ensembles structurés. Après avoir relevé l'ambiguïté

⁸⁹⁷ Cette exclusion résulte du fait que la théorie des systèmes NSMD repose entièrement sur la perception du destinataire final de la norme (en général le consommateur) et de ses attentes : ce sont ces attentes qui donnent l'impulsion à la création du système et c'est par cette évaluation « interne » qu'est fondée la légitimité (et partant la viabilité) du système. CASHORE reconnaît toutefois l'éventualité d'une influence étatique sur la formation des systèmes par le biais de politiques d'incitation, (2002), p. 510.

⁸⁹⁸ F. CAFAGGI identifie plusieurs facteurs ayant contribué à leur émergence et à la consolidation des régimes privés, parmi lesquels le besoin d'harmonisation internationale face à la fragmentation de la réglementation, qu'elle soit publique – législations divergentes – ou privée – multiplication des normes ; la difficulté de création de normes internationales interétatiques (absence de consensus, etc.) ; les difficultés rencontrées par les Etats dans la surveillance et la mise en œuvre de normes transnationales et plus généralement les faiblesses et limites du DIP (centré sur les Etats). In "New Foundations of Transnational Private Regulation", in C. SCOTT, F. CAFAGGI, L. SENDEN (Eds.), *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, Wiley-Blackwell, Malden USA/Oxford UK, 2011; également dans *Journal of Law and Society*, Vol. 38/1, pp. 20-49, p. 25 s.

fondamentale de la notion de régime (A), nous décrirons les caractéristiques des régimes privés transnationaux (B) ainsi que les hypothèses de conflit au sein d'un régime ou entre régimes concurrents (C).

A. Ambiguïtés de la notion de régime

Il n'existe pas de définition uniforme du régime. C'est dans tous les cas une notion vaste, qui doit s'adapter à la diversité des configurations de normes privées que l'on observe en pratique. Elle peut désigner des formes de regroupement normatif plus ou moins formalisées, allant de la simple coopération à l'instauration de partenariats et de normes communes. Sans prétendre à l'élaboration d'une définition précise, nous allons néanmoins tenter de dégager certains points centraux et définitions doctrinales. Communément, le terme « régime » désigne soit le mode d'organisation d'un Etat (ensemble des institutions et des procédures régissant un mode d'exercice du pouvoir), soit un ensemble de règles ou dispositions légales régissant une institution (régime de la communauté, etc.) ; or dans la langue anglaise (et donc dans l'expression '*private transnational regimes*'), la définition de '*regime*' s'apparente plus à la première signification, qui désigne un mode d'organisation (et est donc du registre du formel), qu'à la seconde, qui désigne un ensemble de règles substantielles. Ce n'est donc pas au contenu des normes privées qu'il est fait référence ici, mais bien à leur mode d'organisation ou, en d'autres termes, à leur institutionnalisation (dimension institutionnelle).

Dans cette optique, le régime a tour à tour été envisagé comme un espace normatif (1) et comme une institution (2).

1. Le régime comme espace normatif

Pour CAFAGGI, un régime est avant tout un espace normatif : “[...] *a regulatory space defined by a policy field and populated by one or multiple regulators*⁸⁹⁹”.

Dans cette conception, les limites extérieures du régime sont définies par son champ d'application matériel (en l'occurrence souvent un secteur de production) ; à

⁸⁹⁹ F. CAFAGGI, “The Architecture of Transnational Private Regulation”, *EUI Working Papers*, LAW 2011/12, 2011, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18256/LAW_2011_12.pdf (07.03.2012), p. 10.

l'intérieur, il est constitué d'une « chaîne de régulation » ou de « normalisation » (*'regulatory chain'*) composée de l'ensemble des acteurs participant à l'élaboration des normes.

Cette définition s'inscrit dans la réflexion de l'auteur sur les régimes privés transnationaux, elle-même issue d'une réflexion plus vaste sur la « régulation privée transnationale » (*'transnational private regulation'*, ci-après TPR), concept qui inclut toutes les formes de normativité privée dépassant les frontières d'un Etat⁹⁰⁰. Les études relatives à la TPR se fondent sur la notion de gouvernance privée⁹⁰¹, et examinent les rapports que celle-ci entretient avec les diverses formes de réglementation étatique (nationales ou internationales). Dans ce cadre théorique, le concept de « régime » est défini comme l'un des espaces normatifs dans lesquels s'exprime la TPR, à côté d'autres espaces tels que l'organisme normalisateur pris isolément d'une part, et un ensemble constitué de régimes concurrents d'autre part⁹⁰². Le régime est ici un niveau d'analyse, un outil théorique au service de l'étude de l'analyse des mécanismes de gouvernance et de normalisation privée. Il s'agit plus d'une construction théorique que d'une notion au contenu et à la structure clairement définis.

2. Le régime comme institution

Une autre conception de la notion, plus détaillée, est issue de la « théorie des régimes » (*'regime theory'*), élaborée notamment par S. KRASNER. Le régime est ici considéré comme une institution, comprise dans le sens d'un système de normes et de

⁹⁰⁰ Cette notion va au-delà de la seule auto-régulation (ou régulation privée « traditionnelle ») car de plus en plus de normes privées ne régulent pas leur propre conduite mais celles d'entités tierces. De même, elle conçoit la coexistence de normes de même nature (normes d'ONG, d'entreprises), mais néanmoins conflictuelles ; cette forme de « concurrence normative » contribue à la fragmentation de la régulation privée. Pour CAFAGGI elle se différencie de la gouvernance privée « traditionnelle » en raison de trois facteurs : sa plus grande insistance sur la normativité, la nature des participants (en particulier la forte représentation des ONG) et la nature de ses effets sur les tiers. Voir F. CAFAGGI, "The Architecture of Transnational Private Regulation", *op. cit.*

Par ailleurs, même si l'accent est mis sur les normes privées volontaires, le concept de TPR recouvre également les normes privées découlant d'une incitation étatique et celles dont la mise en œuvre est rendue obligatoire par la régulation. *Ibid.*, p. 2.

⁹⁰¹ Que l'on pourrait définir comme l'ensemble des modes d'action organisée élaborés par des acteurs privés en réponse à un problème donné.

⁹⁰² F. CAFAGGI, "The Architecture of Transnational Private Regulation", *op. cit.*, p. 4. Il ne s'agit donc pas ici de la dimension territoriale de la gouvernance ou, plus concrètement de la normalisation, mais de la relation entre les divers acteurs impliqués dans le processus de normalisation : entité normalisatrice, entité régulée, mais aussi bénéficiaire de la norme.

procédures : "*institutions possessing norms, decision rules, and procedures which facilitate a convergence of expectations*"⁹⁰³.

Comme dans la définition précédente, le régime est appréhendé dans le cadre de l'étude des formes de gouvernance privée ; il semble cependant désigner ici une forme d'intégration structurelle, c'est-à-dire d'institutionnalisation, plus poussée.

Dans cette définition, l'institution que constitue le régime se distingue des autres formes de gouvernance privée par l'expression d'une certaine autorité normative, c'est-à-dire par la capacité de réguler de manière stable et durable une activité donnée⁹⁰⁴. Cette autorité suppose qu'existe une certaine légitimité, et donc une certaine reconnaissance sociale du régime⁹⁰⁵.

Il existe, dans cette théorie, trois éléments constitutifs du régime :

- Le régime est fondé sur les normes et la « régulation »⁹⁰⁶ ;
- Il traduit une institutionnalisation allant au-delà de la simple coopération ;
- Il participe potentiellement à la création d'espaces politiques équivalents à des mécanismes publics de direction (*'public steering mechanisms'*)⁹⁰⁷.

Si cette théorie met l'accent sur l'institutionnalisation – il est même dit que les régimes privés constituent la forme la plus institutionnalisée d'une « autorité privée internationale »⁹⁰⁸ - les formes qu'elle peut prendre en pratique ne sont pas décrites.

Il est intéressant de noter que cette conception n'exclut pas les partenariats public-privé de la définition des régimes. Au contraire, elle souligne le fait que les régimes privés apparaissent souvent dans des domaines où l'Etat ne peut ou ne veut intervenir et fait par conséquent appel à la régulation privée en tant que complément de l'action

⁹⁰³S. D. KRASNER (Ed.), *International Regimes*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1983, 372 p. Voir également T. ST. JOHN, "What are private international regimes and what are their global governance functions?", 2008, <http://www.e-ir.info/2008/04/15/what-are-private-international-regimes-and-what-are-their-global-governance-functions/> : "Private international regimes also fulfil Krasner's foundational definition for regime theory and are sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actor's expectations converge in a given issue area. In practice, a private international regime is a complex, highly-institutionalized form of interfirm cooperation that is usually well-coordinated with the relevant state or states".

Dans la conception de KRASNER, le régime est une instance de coopération ; la théorie des régimes se définit en effet par opposition aux théories réalistes qui font du conflit, et non de la coopération, la norme en matière de relations internationales.

⁹⁰⁴"Private international regimes are differentiated from other forms of private governance by their capacity to authoritatively create and provide guidance and governance in a way that is stable over time and place". T. ST. JOHN, "What are private international regimes and what are their global governance functions?", 2008, <http://www.e-ir.info/2008/04/15/what-are-private-international-regimes-and-what-are-their-global-governance-functions/>

⁹⁰⁵ST. JOHN ne précise pas, cependant, de quels acteurs doit émaner cette reconnaissance : acteurs concernés par le régime (destinataires/bénéficiaires) ou également acteurs extérieurs ?

⁹⁰⁶ Cependant, dans cette acception, la normalisation (l'élaboration de normes) n'est que l'une des fonctions du régime à côté de la mise en œuvre de ces normes et la fourniture de services (souvent en collaboration avec les autorités étatiques)

⁹⁰⁷ T. ST JOHN, *précité*.

⁹⁰⁸"Private international regimes [...] are the most institutionally developed form of private international authority". *Ibid.*

étatique. Cette complémentarité peut prendre la forme d'un véritable partenariat mais aussi d'une implication moins directe de la part des Etats (surveillance *ex post* par exemple). Notons cependant qu'il ne semble pas exister de consensus sur l'étendue de la participation étatique : certains auteurs remettent ainsi en question la qualification de « régime privé » pour les partenariats dans lesquels l'implication étatique est trop importante⁹⁰⁹.

Il ressort des deux définitions décrites ci-dessus qu'un régime est une forme de coopération institutionnalisée (en l'occurrence entre divers acteurs privés), sans que soit précisé le degré d'institutionnalisation requis. Alors que le régime compris comme espace normatif permet de mettre l'accent sur la dimension matérielle du système (limitation à un secteur, par exemple), la qualification d'institution permet d'insister sur la nécessaire structuration de cette espace. Le principal avantage de cette dernière conception est par ailleurs de permettre la prise en compte des relations entre la normalisation privée et les règles étatiques. Dans les deux cas, des incertitudes subsistent cependant en ce qui concerne la part de la normalisation dans le fonctionnement du régime (activité principale ou simple fonction parmi d'autres⁹¹⁰) ainsi qu'au sujet l'étendue de la légitimité (et partant de la reconnaissance) dont ce régime doit faire l'objet de la part des acteurs impliqués dans le même champ d'action.

B. Caractéristiques

F. CAFAGGI décrit quatre cas de figure correspondant aux principaux modèles de régimes que l'on retrouve dans le domaine transnational⁹¹¹. Ces quatre types de régimes correspondent à l'incorporation, à des degrés divers, de l'intérêt public au sein du régime. Il s'agit de quatre modèles de gouvernance ou « constellations réglementaires » dans lesquels interagissent trois types d'acteurs (le « régulateur », le « régulé » et le bénéficiaire de la norme). CAFAGGI nomme cette interaction '*regulatory relationship*' et utilise ce concept pour mesurer l'effectivité de la norme,

⁹⁰⁹ Voir T. A. BÖRZEL et Th. RISSE, "Public-Private Partnerships : Effective and Legitimate Tools of International Governance", in E. GRANDE et L.W. PAULY, *Complex Sovereignty. Reconstituting Political Authority in the 21st Century*, University of Toronto Press, 2005, 348 p.

⁹¹⁰ Une question que l'on peut se poser est de savoir s'il peut exister un « régime » en l'absence de toute activité de normalisation de la part de l'organisme concerné. CAFAGGI semble le sous-entendre en citant Amnesty International et Oxfam (qui n'élaborent pas de normes mais privilégient les moyens d'action plus directs tels que le lobbying ou la veille juridique) comme exemple de régimes privés mis en place par les ONG ('*organizational and NGO-led model*'), voir *infra*.

⁹¹¹ "New Foundations of Transnational Private Regulation", *op. cit.* p. 31 s.

c'est-à-dire son degré d'application et de mise en œuvre, mais aussi ses effets sur les bénéficiaires.

Le premier modèle (*'industry-driven'*) est centré sur l'entreprise : ici le régulateur (l'auteur de la norme) et le régulé (le destinataire de la norme) sont identiques. Les bénéficiaires sont extérieurs au régime mais néanmoins affectés par ses effets. Ce modèle pourrait correspondre à la catégorie des normes d'entreprise que nous avons identifiée plus haut, même si CAFAGGI semble prendre en compte uniquement leur dimension collective – ce qui aurait pour effet d'exclure les normes élaborées par une entreprise individuelle. Il cite en effet comme exemple les associations d'entreprises ainsi que les cartels, sans mentionner l'entreprise isolée⁹¹². On peut cependant supposer que le même raisonnement (et la coïncidence entre régulateur et régulé) serait également applicable aux normes d'entreprises individuelles. Il demeure qu'en pratique, de l'aveu même de l'auteur, la coïncidence parfaite entre régulateur et régulé est souvent remise en question. En effet, les normes d'entreprise ne sont pas toujours destinées à réglementer le comportement de l'entreprise elle-même, mais s'adressent bien souvent aussi à ses fournisseurs. C'est notamment le cas dans le domaine de la sécurité alimentaire où plusieurs associations de distributeurs concurrentes développent chacune des normes propres, destinées aux détaillants ou aux producteurs.

Dans un second modèle, développé en priorité par les ONG (*'primarily organizational model, led by NGOs'*), régulateur et régulé diffèrent également, mais l'auteur de la norme peut quelquefois coïncider avec le bénéficiaire. Ainsi dans le cas d'une norme émise par une association de consommateurs (régulateur), la norme ou la certification n'est pas destinée à l'association elle-même, mais à être reprise par des entreprises intéressées (régulés) ; cependant le régulateur coïncide ici avec le bénéficiaire (le consommateur final).

Un troisième modèle, répandu surtout dans le domaine de la normalisation technique, est celui fondé sur les experts (*'expert-led model'*). Ici l'auteur de la norme fonde sa légitimité sur son savoir (son expertise) et se distingue des entités régulées ainsi que des bénéficiaires. Notons toutefois que cette légitimité « scientifique » est parfois remise en cause ; ainsi il est reproché aux experts d'être fréquemment 'capturés' par l'industrie, c'est-à-dire engagés par les entreprises, perdant ainsi leur objectivité.

⁹¹² CAFAGGI émet l'hypothèse que les seconds se forment surtout dans le cadre de marchés oligopolistiques alors que les premiers se développeraient dans un contexte de concurrence poussée (*'highly competitive markets'*) (*Ibid.*, Fn 58).

Le dernier modèle est celui des « acteurs (ou parties prenantes) multiples » (*'multi-stakeholder model'*), dans lequel les entités régulées et bénéficiaires sont représentées, à des degrés variables, au sein de l'entité régulatrice. Des acteurs publics peuvent participer à ce modèle en tant que membre ou en tant qu'observateur ; dans ce cas ce modèle s'apparente à ce que nous avons appelé les normes mixtes ou hybrides (voir *supra*). Pour F. CAFAGGI, il existe deux variantes de ce modèle. Dans la première variante appelée « organisationnelle », l'organisme régulateur est composée de plusieurs entités similaires (c'est le cas d'une « fédération » d'organismes nationaux de normalisation, tels que l'ISO⁹¹³) ou disparates (individus et organisations liés par une relation « fonctionnelle » à l'image des entités regroupant entreprises, syndicats, représentants de l'autorité étatique, etc., comme c'est le cas pour le FSC ou le MSC⁹¹⁴). Les différentes composantes sont généralement représentées au sein d'un Conseil ou d'une Assemblée générale. La seconde variante, appelée « contractuelle », opère par le biais de contrats multilatéraux, contrats de réseaux (*'network contracts'*) ou *'master agreements'*. Contrairement au premier modèle qui décrit un regroupement « horizontal » en fonction d'intérêts communs, celui-ci est d'application « verticale » au sein des chaînes de distribution. Il est utilisé notamment dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises, afin de promouvoir, de coordonner et de réguler son application tout au long de la chaîne d'approvisionnement, par le biais d'arrangements contractuels. L'introduction de ces arrangements peut être le fait des distributeurs⁹¹⁵ et, plus rarement, des producteurs ; les normes GlobalGAP, par exemple, sont un exemple de normes introduites par un groupement de distributeurs⁹¹⁶.

⁹¹³ L'ISO (Organisation internationale de normalisation) est composée d'organismes nationaux de normalisation privés (c'est surtout le cas pour les membres issus de pays développés) mais aussi publics (issus essentiellement des PED).

⁹¹⁴ L'auteur cite comme exemples entre autres le *Forest Stewardship Council* (FSC) et le *Marine Stewardship Council* (MSC). Un autre exemple du modèle « organisationnel » alliant cette fois des acteurs publics et privés est le *Global Compact* (ou *Pacte Mondial*) des Nations Unies. F. CAFAGGI souligne que si les normes du Pacte Mondial s'adressent aux entreprises, elles sont néanmoins élaborées avec la participation d'autres acteurs issus de la société civile, du monde du travail, de gouvernements nationaux et des Nations Unies.

⁹¹⁵ L'auteur souligne que l'on trouve une application importante de cette méthode contractuelle dans le domaine de la sécurité sanitaire, où ce sont en général les distributeurs qui imposent, par contrat, le respect de leurs normes à leurs fournisseurs (dans le cadre de leur « réseau »). CAFAGGI souligne le fait que si la volonté de réglementer la sécurité sanitaire au profit des consommateurs ne manque pas, il est plus difficile d'inciter les entreprises à diffuser de la même manière des normes sociales dans le cadre de la RSE – en l'absence d'une pression importante de la part des consommateurs.

⁹¹⁶ Ces normes, qui font partie d'un arrangement (contractuel ou non) entre distributeur et fournisseur, sont souvent ressenties par les producteurs comme leur étant « imposées ». En réalité, le respect de ces normes étant la condition *sine qua non* de l'établissement d'une relation commerciale, elles deviennent *de facto* obligatoires.

Pour les quatre modèles, CAFAGGI insiste sur l'importance de prendre en compte les bénéficiaires de la norme dans l'analyse ; ceci permet en effet de mesurer si une norme correspond aux besoins sociaux qu'elle prétend combler, et si elle n'affecte pas négativement des acteurs tiers. En quelque sorte, la prise en compte des bénéficiaires permet d'évaluer la légitimité d'une norme au regard du contexte social dans lequel elle s'insère⁹¹⁷.

Dans le cas des normes privées, il semblerait que l'utilité principale de la notion de régime privé transnational soit de permettre de rendre compte d'un phénomène de « sectorialisation » croissante (nous entendons par là l'organisation et la structuration progressive des normes privées au sein d'un même domaine d'application). Le concept permet également de rendre compte de l'enracinement profond des normes privées dans leur contexte social, et notamment de la nécessité de prendre en compte leurs effets sur l'ensemble des acteurs sociaux pour assurer leur viabilité.

Une autre dimension importante des régimes privés, non négligeable pour l'étude des relations nouées par les normes privées entre elles, est la prise en compte explicite d'hypothèses de conflit, à la fois au sein d'un régime et entre deux ou plusieurs régimes différents.

C. Hypothèses de conflit

En raison de la diversité potentielle des acteurs affectés, le régime ne désigne pas nécessairement un ensemble de normes cohérent. Bien au contraire, peuvent coexister au sein d'un même régime plusieurs corps de normes concurrents. Par conséquent, l'hypothèse d'un conflit de normes au sein même d'un système n'est pas exclue.

CAFAGGI cite le cas des normes de sécurité sanitaire, qui constituent selon lui un régime au sein duquel coexistent les normes élaborées par différentes associations de distributeurs (BRC, IFS, QFS) avec diverses normes régionales ou globales (telles que les normes EurepGAP devenues GlobalGAP et celles de la GFSI)⁹¹⁸. Le conflit se traduit ici par une incompatibilité entre deux ou plusieurs de ces normes ; les acteurs privés (par exemple, dans le cas de GlobalGAP, les entreprises exportatrices de bananes) doivent alors se conformer simultanément à plusieurs normes divergentes. Les normes privées étant d'application volontaire, la conséquence du conflit sera la difficulté ou l'impossibilité pour l'entreprise d'accéder à un marché donné, si les

⁹¹⁷F. CAFAGGI, "New Foundations of Transnational Private Regulation", *op. cit.*, p. 22.

⁹¹⁸*Ibid.*, p. 11.

normes sont *de facto* obligatoires ; à la différence d'un conflit de normes juridiques, la conséquence du conflit ne sera pas et non l'illégalité de l'une des normes. En d'autres termes, les conséquences du conflit sont ici de nature économique plus que juridique. Par ailleurs, notons que le conflit peut être vertical – entre normes nationales et normes régionales ou globales – ou horizontal – entre plusieurs normes de distributeurs.

Il semblerait cependant qu'après une période de concurrence intense, une dynamique de coopération puisse émerger entre les différents acteurs au sein du régime, dans le but de remédier à cette fragmentation normative. On peut observer alors la création d'initiatives communes, tant dans le domaine de l'élaboration des normes que dans celui de leur application. Cette coopération peut prendre plusieurs formes, notamment celle de la corégulation (entre organisations privées et organisations internationales, notamment) ou celle de '*regulatory contracts*' entre Etats et entreprises privées, si l'on se trouve dans le cadre d'un régime « mixte » comprenant à la fois des acteurs publics et privés⁹¹⁹. On constate également que l'issue du conflit ne sera pas la même en fonction de la configuration d'acteurs d'un régime donné : si celui-ci comprend un acteur « dominant » (situation de monopole), la solution du conflit résidera essentiellement dans la capacité de cet acteur à s'assurer de la loyauté des autres composantes du régime à son égard ; à l'inverse, dans une situation oligopolistique opposant plusieurs acteurs de taille similaire, la résolution par la coopération sera la plus probable⁹²⁰.

Les conflits peuvent apparaître non seulement au sein d'un régime, mais aussi entre plusieurs régimes existant au sein d'un domaine d'activité ou secteur industriel particulier. Ainsi, dans le domaine de l'agriculture, il existe plusieurs régimes privés concurrents, relatifs à la sécurité sanitaire, à la protection de l'environnement, à la protection des consommateurs, etc. Or, il n'existe pas de hiérarchie ni de règle de conflit permettant de résoudre les conflits potentiels entre ces normes. CAFAGGI souligne ainsi que :

“In the domain of TPR, formal hierarchy does not exist and regimes themselves have to define solutions to potential collisions. Private organizations or contractual networks cannot unilaterally impose

⁹¹⁹ Voir F. CAFAGGI, “The Architecture of Transnational Private Governance”, *op. cit.*, p. 11.

⁹²⁰ *Ibid.*

obligations on other networks or on private organizations in order to define which rule prevails in case of conflict. De jure they can only consent to obligations, limiting their freedom to enhance the protection of interests pursued through different regimes”.

Par conséquent, ici aussi la seule solution aux conflits réside dans la coopération. Celle-ci peut prendre plusieurs formes. Elle peut constituer une réponse à un conflit existant ou au contraire être une mesure de prévention. Notons que la coopération *ex post* est, dans le cadre des normes privées, plutôt faible (nous avons vu plus haut qu'elle était susceptible de se résoudre sur le plan économique, la norme la plus « forte », car représentant le pouvoir économique dominant, devant alors l'emporter). En effet, ce type de résolution des conflits implique l'intervention d'un tiers, généralement un juge ; or il semble peu vraisemblable qu'un juge se déclare compétent pour juger du conflit entre deux normes purement privées, c'est-à-dire qui n'ont aucun lien avec une législation nationale ou avec les normes d'une organisation internationale. Le seul cas de figure envisageable pour une résolution judiciaire est celui d'un conflit entre un régime privé et un régime « public », c'est-à-dire issu du droit international « traditionnel ». On peut ainsi penser à un conflit entre un régime privé de protection de l'environnement et les règles commerciales internationales, ou entre des normes de protection des droits de l'homme et des normes concernant la sécurité sanitaire⁹²¹.

A l'inverse, une coopération *ex ante* semble plus réaliste dans le cas des normes privées ; elle permet de répartir les compétences respectives des régimes et de prévenir ainsi les conflits. CAFAGGI cite la coordination des régimes, qui peut être centralisée (dans ce cas elle sera procédurale ou substantielle) ou décentralisée (dans ce cas elle prendra la forme d'une reconnaissance mutuelle ou d'une clause définissant la norme applicable en cas de conflit) ainsi que l'intégration, plus radicale, qui consiste en une fusion de plusieurs régimes ; le nouveau régime ainsi créé pourra être plus ou moins intégré, en fonction de la nature des liens décidés lors de cette fusion : simple réseau ou au contraire création d'un cadre normatif commun, par exemple.

⁹²¹ Ces exemples sont cités par F. CAFAGGI, “The Architecture of Transnational Private Governance “, *op. cit.*, p. 16.

En conclusion, si la notion de régime permet de clarifier les modes opératoires de la gouvernance privée et pose en même temps la question de ses interactions avec les normes publiques (voir le débat sur la redistribution du pouvoir normatif, du privé vers le public, mais aussi du niveau national vers le niveau international), elle n'est pas entièrement satisfaisante en ce qui concerne la description de l'organisation des normes privées en tant qu'ensembles structurés.

La définition du régime est pour l'instant purement fonctionnelle, dans la mesure où le concept est utilisé pour décrire un phénomène de regroupement non encore clairement identifié⁹²². Elle traduit la reconnaissance d'une certaine organisation des normes privées au niveau sectoriel, et de leur institutionnalisation, sans que les modalités de cette dernière ne soient décrites en détail. Cette limite ne disqualifie pas la notion de régime en tant qu'outil d'analyse des normes privées, mais appelle l'examen plus approfondi d'un phénomène bien réel quoique insuffisamment étudié : la « sectorialisation » des normes privées ; elle appelle également un travail de catégorisation afin d'établir une typologie des régimes, permettant de définir à la fois leurs caractéristiques structurelles et leurs éventuelles spécificités substantielles.

Section 2. Système juridique informel

A la qualification des normes privées en tant que systèmes de régulation ou de gouvernance privée nous préférons celle de « système de droit informel ». Tout en gardant conscience des limites de cette notion, qui est avant tout encore un outil d'analyse, nous tenterons d'en décrire les caractéristiques (§ 1) avant d'examiner la question des rapports qu'un tel système peut entretenir avec les systèmes de droit étatiques ou supra-étatiques (§ 2).

§ 1. Caractéristiques

A. Autonomie

Dans le cadre d'une réflexion sur les formes nouvelles de la juridicité, OST et VAN DE KERCHOVE insistent, pour définir l'identité d'un système juridique, sur la question de son autonomie (sociale, organique et organisationnelle). Cette question se doit d'être transposée à un système juridique informel, afin de déterminer, d'une part, son degré

⁹²² Voir également l'observation de CAFAGGI, *ibid.*, p. 46: 'Regimes as units of analysis allow a functional rather than a structural definition of regulation'.

d'indépendance par rapport à d'autres ensembles normatifs et, d'autre part, sa capacité d'auto-organisation de son fonctionnement interne. Pour cela, on peut avoir recours aux trois critères de l'autonomie proposés par OST et VAN DE KERCHOVE :

- L'autonomie sociale suppose que le mode de production des normes (qui peuvent, au demeurant être juridiques) soit issu d'un « corps social » spécifique, c'est-à-dire distinct de la « société globale »⁹²³. C'est le cas par exemple pour les « règles corporatives » ou règles « édictées par un groupement privé pour ses membres »⁹²⁴ mais non pour les conventions privées, leurs auteurs n'agissant pas dans le cadre d'un groupement particulier.
- L'autonomie organique repose sur l'existence d'une autorité propre, non-déléguée (c'est le cas des entités décentralisées, par opposition aux entités déconcentrées) ; elle suppose la création d' « agents » ou d'organes propres au système, mais pas nécessairement exclusifs à ce système. L'exemple du droit international montre que cette autorité peut être très limitée sans que cela empêche la qualification de système juridique.
- L'autonomie organisationnelle désigne la « faculté d'auto-organisation » d'un système juridique, généralement illustrée par l'adoption d'une constitution propre à ce système. Ce critère est lui aussi relatif, car la faculté d'auto-organisation d'un système peut être encadrée dans les faits par les systèmes extérieurs (le droit des gens pour les droits étatiques, par exemple).

Si l'on applique ces trois critères aux normes privées, il apparaît que l'autonomie sociale est relativement facile à observer, sous la forme de diverses formes de groupement d'intérêts : consommateurs, agriculteurs, groupements d'entreprise, associations qui sont à l'origine des normes. Seront toutefois exclues les normes élaborées par une entreprise isolée, qui ne peut être qualifiée de « corps social ». L'autonomie organique des normes privées existe également, si l'on accepte de considérer l'autorité privée, telle que décrite dans le cadre des régimes privés transnationaux et systèmes privés de gouvernance, comme une source spécifique de régulation, voire de droit. La création d'organes propres aux systèmes privés est

⁹²³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 189.

⁹²⁴ *Ibid.*

encore embryonnaire⁹²⁵, mais pourrait se développer à l'avenir, notamment sous la forme d'instances de coordination des différentes normes privées au sein d'un même secteur tel que l'agriculture biologique. L'autonomie organisationnelle s'avère être la dimension la moins présente dans les schémas normatifs privés. En effet, il n'existe que peu d'initiatives d'auto-organisation des normes privées, à l'exception peut-être du mouvement IFOAM qui s'efforce de regrouper, au sein d'un même cadre qui se veut universel, les normes biologiques (privées ou étatiques) considérées équivalentes. Un début de structuration y est mis en place sous la forme d'une distinction entre la norme IFOAM elle-même, les normes reconnues équivalentes et acceptées au sein de la « famille » IFOAM, et les normes destinées aux organismes de certification désirant obtenir l'accréditation par IFOAM⁹²⁶. Mais ce système ne comprend pas de norme comparable à une constitution, qui décrirait les rapports des normes entre elles et les conditions de leur validité.

B. Droit en réseau

Le concept de réseau est utilisé pour désigner un ensemble d'éléments reliés entre eux ; il possède, à l'origine, une dimension géographique très marquée. En effet, il désigne à l'origine un ensemble de lignes entrecroisées (réseau de sentiers, réseau de veines), de voies reliant des points entre eux (réseau ferroviaire, routier)⁹²⁷. Le terme a ensuite été utilisé pour désigner la répartition des éléments d'une organisation en différents points (réseau de sociétés secrètes) et enfin pour désigner un ensemble de personnes liées entre elles par des directives communes (réseau d'espionnage), des intérêts ou des besoins communs (réseau social, réseau professionnel)⁹²⁸.

L'image du réseau est aujourd'hui utilisée pour décrire une évolution dans les structures normatives du droit : celui-ci serait aujourd'hui l'expression d'un « changement de paradigme » par opposition à la pyramide kelsénienne classique⁹²⁹.

F. Ost et M. Van de Kerchove en retiennent les caractéristiques suivantes :

« La polysémie évidente du terme, doublée de son incontestable indétermination, ne nous empêche pas d'identifier un 'noyau de signification' relativement stable, susceptible d'être caractérisé, non seulement de manière positive, mais également de manière négative, afin

⁹²⁵ Pour l'heure, les organismes de certification propres à certains schémas normatifs semblent constituer l'exemple le plus significatif, voir par exemple FLO-CERT (cf. *supra*, chapitre introductif).

⁹²⁶ Voir par exemple http://www.ifoam.org/about_ifoam/standards/norms.html (05.09.2012).

⁹²⁷ Voir *Petit Robert de la langue française*, édition 2010.

⁹²⁸ *Ibid.* Pour une définition du réseau dans le cadre juridique, voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, p. 23 s.

⁹²⁹ OST et VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 13 s.

de le différencier d'autres concepts. De manière positive, on retiendra ainsi le fait que le réseau constitue une 'trame' ou une 'structure', composée d' 'éléments' ou de 'points', souvent qualifiés de 'nœuds' ou de 'sommets', reliés entre eux par des 'liens' ou des 'liaisons', assurant leur 'interconnexion' ou leur 'interaction' et dont les 'variations' obéissent à certaines 'règles de fonctionnement'. De manière négative, par ailleurs, on souligne généralement que, à la différence sans doute de la structure d'un système, et certainement d'une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau 'aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel'⁹³⁰ ».

Le réseau se distingue par conséquent des notions de système et de régime par deux points essentiels : l'absence de hiérarchie et l'absence de clôture dans la structure du réseau.

L'absence de subordination des normes entre elles au sein d'un réseau est, pour OST et VAN DE KERCHOVE, « sans doute » (et non « certainement ») différente de la structure d'un système – cette expression laisse ouverte la possibilité d'une structuration non hiérarchique du système. Nous pensons donc que, en dépit des différences entre système et réseau, les notions ne sont pas nécessairement incompatibles entre elles. Il ne nous semble ainsi pas exclu que les normes d'un système, ou d'un sous-ensemble de ce système appelé régime puissent, à l'intérieur même de cet ensemble, être structurées « en réseau » plutôt que de manière hiérarchique. Ceci résulte sans doute du fait que le concept de réseau, à la différence du régime et du système, insiste plus sur la répartition dans l'espace de ses éléments que sur les modalités de leur organisation (c'est-à-dire sur leur structure). Le réseau permet ainsi de créer un lien entre des éléments qui ne sont pas nécessairement reliés par une relation de subordination, mais par un simple lien factuel lié à leur contenu ou à leur auteur. La flexibilité de la notion de réseau, qui peut se situer n'importe où sur un *continuum* allant de « l'ordre linéaire et hiérarchisé » au « désordre absolu »⁹³¹ permet donc même d'envisager le cas de « réseaux hiérarchisés ». Sans aller jusque là, il est possible de voir dans certains regroupements de normes privées la constitution de réseaux spécialisés au sein d'un même système juridique informel.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁹³¹ *Ibid.*, p. 25.

Pour prendre un exemple déjà cité, le mouvement IFOAM se donne pour but de créer un réseau mondial des normes relatives à l'agriculture biologique, en leur offrant un cadre commun garantissant la proximité de leur contenu normatif (la « famille IFOAM »), la possibilité d'afficher leur appartenance à ce réseau (le logo *Global Organic Mark*) et la possibilité d'une certification par un organisme commun.

Le réseau se distingue également du système en ce qu'il « paraît (...) n'impliquer aucune forme de 'clôture'⁹³² ». Si les systèmes sont souvent « fermés⁹³³ », les réseaux au contraire sont des « *structures ouvertes, capables de s'étendre à l'infini, intégrant des nœuds nouveaux en tant qu'ils sont capables de communiquer au sein du réseau, autrement dit qui partagent les mêmes codes de communication*⁹³⁴ ». L'ouverture du réseau est souvent considérée comme lui conférant une plus grande flexibilité, et donc la capacité de s'adapter à l'évolution des acteurs, mais aussi à la constante mutation des normes suivant l'évolution des demandes des consommateurs. Cependant, comme le soulignent OST et VAN DE KERCHOVE, il faut garder à l'esprit qu'il s'agit là d'un « jugement de valeur » ; en pratique, il n'est pas exclu que le système lui aussi s'adapte aux demandes fluctuantes des consommateurs et acteurs internationaux. L'« ouverture » ou la « clôture » d'un système ou d'un réseau est en effet une notion relative : ainsi un réseau peut être plus ou moins ouvert (il existe des réseaux hiérarchisés, voire fermés), et un système peut être plus ou moins fermé (il existe des systèmes « circulaires » ou « ouverts »). Dans les deux cas, plusieurs configurations sont possibles, se situant le long d'un axe ou *continuum* allant, pour reprendre une expression imagée de ces auteurs, de l'« arbre » (la structure hiérarchisée) au chaos⁹³⁵.

Dans le cadre des normes privées, l'organisation en réseau peut faire référence à deux formes d'action coordinatrice.

D'une part, d'un point de vue empirique, elle peut désigner le regroupement de certains acteurs privés (les auteurs de normes) en fonction de leurs intérêts centraux

⁹³² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 25.

⁹³³ Sur le débat sur la clôture et l'ouverture des systèmes, voir G. TIMSIT, « Système », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2003, 1649 p., pp. 1462-1465.

⁹³⁴ M. CASTELLS, *La société en réseaux*, t.1 *L'ère de l'information*, Paris, Fayard, 1998, p. 526. Cité par OST et VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, p. 25. La réflexion sur le réseau emprunte à la théorie du droit sans Etat la terminologie du « code » comme moyen de communication commun à ses éléments (même si le code en question n'est ici pas relatif à la légalité des normes mais à leur contenu/objet).

⁹³⁵ Voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 25.

ou d'un objet commun, par le biais de la création de normes communes. Dans cette hypothèse, le réseau prend une dimension essentiellement sectorielle, en décrivant le regroupement des normes privées autour d'un même objet, à travers la mise en place d'initiatives de coordination et la création de normes communes. Il rejoint en cela la notion de régime privé transnational que nous avons décrite plus haut. Ceci ne veut pas dire que les deux notions sont identiques, mais que dans le cas des normes privées elles peuvent se recouper pour désigner un même regroupement de normes (par exemple les normes d'agriculture biologique, dont le regroupement peut être désigné soit par le terme de régime, soit par celui de réseau ; plus exactement le régime désignerait le type de structure adopté et celui de réseau leur mode d'organisation au sein de cette structure).

D'autre part, dans une perspective plus théorique, l'organisation en réseau peut traduire l'émergence d'une nouvelle forme de « droit en réseau », mode de régulation composé d'éléments appelés « nœuds » (les acteurs privés « régulateurs ») constituant sa structure, les normes privées étant les liens (ou « interconnexions ») assurant la liaison entre ces différentes composantes⁹³⁶. Ce droit en réseau est lui-même la conséquence d'une « gouvernance en réseau » qui implique une coordination horizontale entre les acteurs concernés ; à la différence du système, le réseau exclut en effet *a priori* toute forme de hiérarchie entre les acteurs concernés (ce qui n'exclut pas, toutefois, l'existence d'un acteur dominant autour duquel gravitent les autres). Le réseau est ici un paradigme, opposé à celui de la pyramide qui désigne les formes traditionnelles de la réglementation étatique. Cette seconde hypothèse, plus théorique, associe à l'observation empirique des normes privées une réflexion sur leur nature en tant que forme de gouvernance, mais aussi, éventuellement, en tant que mode de régulation *juridique*. Notons toutefois qu'il ne semble pas exister d'exigence spécifique quant à la forme que doit prendre, concrètement, ce droit en réseau ; on peut penser que la qualification de « droit » permet néanmoins d'exclure du champ du réseau les formes d'organisation trop peu institutionnalisées. Ceci laisse cependant subsister la question de la qualification des normes privées : le degré de structuration et d'institutionnalisation observé, qui reste pour l'essentiel rudimentaire, permet-il de parler à leur sujet et dans certaines hypothèses, de droit en réseau⁹³⁷ ?

⁹³⁶ Pour cette terminologie liée au réseau, voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *ibid.*, p. 24.

⁹³⁷ Nous laisserons volontairement ouverte la réponse à cette question, car elle ne peut à ce jour faire l'objet d'une réponse définitive. Pour la question de la juridicité (pour l'instant non reconnue mais théoriquement envisageable) des normes

C. Droit transnational

Apparaît la nécessité d'une différenciation des normes par rapport à leur qualification de système : par rapport à leur origine (les normes d'entreprise ne semblent pas entrer dans le cadre d'un « groupement social », structure minimum nécessaire à la constitution d'un régime) et à leur organisation interne : certains ensembles, plus structurés, semblent mériter plus que d'autres la qualification de système ou, du moins, de « régime privé ». Nous proposons par conséquent de distinguer, au sein de l'ensemble indifférencié des normes privées, l'émergence de véritables systèmes informels, que l'on pourra également qualifier de « régimes » pour rendre compte de leur dimension sectorielle. Il s'agit à l'heure actuelle des normes relatives à l'agriculture biologique et aux bonnes pratiques agricoles. On peut penser que l'organisation des normes privées en systèmes sera amenée à s'accroître à l'avenir, sous l'effet du regroupement des acteurs privés et de leur volonté d'harmoniser les exigences que ce soit au niveau sectoriel ou régional.

§ 2. Complémentarité ou concurrence

Ayant envisagé les normes privées comme un système, il peut sembler intéressant d'aborder la question de leurs rapports avec d'autres systèmes juridiques étatiques ou supra-étatique. Ces rapports inter-systémiques peuvent être conçus en termes de concurrence (c'est le cas de l'OMC, comme nous le verrons dans la Partie 2) ou en termes de complémentarité. C'est cette deuxième option qui semble la plus fructueuse, dans la mesure où l'on peut d'ores et déjà observer un certain enchevêtrement des processus d'élaboration des normes.

A. Rapports avec les normes étatiques

Ainsi que le constate une étude menée par ISEAL sur l'utilisation des normes privées par les gouvernements :

privées, nous renvoyons au Titre 1 de cette partie. Pour la qualification spécifique de droit en réseau, il n'est pas impossible que celle-ci soit amenée à se généraliser, si la tendance à l'institutionnalisation des normes privées devait se poursuivre.

‘Governments are increasingly choosing to participate in the development of standards systems, or otherwise support, use and facilitate voluntary standard-setting and certification’⁹³⁸.

Dans cette étude, une dizaine de schémas normatifs ont été pris en compte, dans différents domaines et dans des pays aux niveaux de développement différents⁹³⁹. Il en résulte que les motivations étatiques pour utiliser les normes privées sont de deux ordres : d’une part des considérations de « gouvernance », et d’autre part des considérations relatives à une politique publique (ou mission) particulière.

Dans le premier cas, le terme « gouvernance » est ici utilisé au sens de « mode opératoire » des normes privées : processus faisant intervenir l’ensemble des acteurs concernés (*‘multi-stakeholder’*), alignement sur les normes internationales, recours à un organisme de contrôle indépendant. Parmi les exemples cités, figurent l’adoption par Israël de la norme du Marine Aquarium Council, afin de profiter du système de vérification indépendant et de l’infrastructure existante ; la norme FSC utilisée en Bolivie pour remédier à l’absence de système national d’audit ; la décision du gouvernement tunisien d’aligner sa norme d’agriculture biologique sur les ‘Basic Standards’ d’IFOAM ; la participation du gouvernement kenyan à l’élaboration de la norme KenyaGAP, reconnue conforme à GlobalGAP ; la mise en place, par la Toscane, d’un programme visant à promouvoir l’adoption de la norme SA8000 par les entreprises de la région. Parfois le recours aux normes privées a expressément un but de justification d’une politique publique : ainsi, le Guatemala impose le respect de la norme FSC aux concessionnaires dans la Réserve de la biosphère Maya afin de rassurer l’opinion publique sur une gestion durable des forêts et sur une redistribution équitable des bénéfices.

Dans la deuxième hypothèse, la norme privée est utilisée parce qu’elle correspond à un objectif réglementaire précis. Par exemple, en Belgique un « Centre du commerce équitable » rattaché à l’Agence gouvernementale pour le développement soutient financièrement et accorde de l’assistance technique aux entreprises des PED certifiés FLO ou membres de l’IFAT. Les autorités régionales en Toscane, dans l’exemple

⁹³⁸ ISEAI, “Governmental Use of Voluntary Standards: Innovation in Sustainability Governance”, Septembre 2008, 32 p., p. 8. Egalement p. 12: “Research undertaken for this project provided substantive evidence that there is extensive interaction between voluntary standards and public bodies”.

⁹³⁹ En dehors des normes expressément étudiées, le rapport recense plus de 70 exemples d’utilisation des normes privées par les gouvernements.

déjà cité, ont soutenu l'adoption de la norme SA8000 par les entreprises de la région à la suite d'un scandale au sujet des conditions de travail des immigrés chinois clandestins. Enfin, le Rwanda a soutenu l'élaboration de la norme d'agriculture biologique pour l'Afrique de l'Est (Standard EAOPS, voir *infra* Partie 2 Titre 2) afin de soutenir son économie reposant à 48% sur l'agriculture et les petits producteurs.

Le rapport établit également une typologie de l'utilisation des normes privées par les gouvernements. Celle-ci peut prendre la forme « d'arrangements institutionnels » ('institutional agreements) ou de mesures d'incitation et de mise en œuvre.

Dans le premier cas, le gouvernement peut être « utilisateur » des normes lorsqu'il y a un lien direct entre le gouvernement, qui demande l'application de la norme ou la certification⁹⁴⁰, « supporter » lorsqu'il encourage l'application d'un schéma normatif donné⁹⁴¹ ou « facilitateur » ('*facilitator*') lorsqu'il crée un environnement favorable à l'élaboration d'une norme⁹⁴².

Par ailleurs, l'implication étatique se traduit par des mesures de soutien financier (qui peut également prendre la forme d'avantages fiscaux), d'assistance technique, d'information, de formation, de promotion, etc. Elle peut également consister en mesures dissuasives, telles que le paiement d'amendes pour le non respect des normes privées⁹⁴³.

Les utilisations gouvernementales des normes privées sont donc très diverses, et ne dépendent pas du niveau de développement du pays. Il s'avère, dans les exemples étudiés par IFOAM, que les normes privées se sont révélées efficaces pour atteindre les objectifs de politique publique visés⁹⁴⁴. Les auteurs du rapport mettent cependant en garde contre un « nivellement vers le bas » ('*race to the bottom*') qui peut résulter de la prolifération des normes privées.

Faut-il voir dans cette utilisation gouvernementale des normes privées une « privatisation » des politiques publiques⁹⁴⁵ ? Répondre à cette question dépasserait le

⁹⁴⁰ Par exemple l'exigence de la législation israélienne que la norme du Marine Aquarium Council soit respectée.

⁹⁴¹ Par exemple la politique du gouvernement belge en matière de commerce équitable et de la Toscane concernant les droits sociaux.

⁹⁴² C'est le cas du Kenya pour la norme KenyaGAP et du Rwanda pour la norme EAOPS.

⁹⁴³ IFOAM, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁴⁴ IFOAM ; *op. cit.*, p. 23 s.

⁹⁴⁵ Pour certains, au contraire, l'utilisation des normes privées peut renforcer les politiques étatiques :

« Paradoxalement, les normes privées volontaires contribuent à renforcer les réglementations publiques des pays dans lesquels opèrent les producteurs et les entreprises. En effet, les normes adoptent comme principe de base la mise en

cadre de cette étude, qui porte sur les implications juridiques de cette complémentarité. Notons cependant que l'utilisation des normes privées par les gouvernements intéresse directement la sphère juridique si elle vise à contourner les normes de l'OMC⁹⁴⁶.

Enfin, notons que le recours aux normes privées peut également être un moyen pour les Etats de promouvoir à l'étranger des valeurs ou objectifs réglementaires nationaux. A ce sujet, une récente décision de l'OMC permet de penser que cette « exportation » d'objectifs réglementaires nationaux n'est pas nécessairement contraire au droit de l'OMC⁹⁴⁷.

B. Rapports avec les normes supra-étatiques

Concernant le domaine international, A.-J. Arnaud constatait en 1997 que :

« Au niveau global, des systèmes multicouches de prise de décision émergent, qui dépendent de la consultation, du consensus, de 'règles du jeu' flexibles. A plus ou moins long terme, cela impliquera une réforme et un renforcement du système existant d'institutions intergouvernementales, pour le rendre compatible avec l'intervention de groupes privés et indépendants. La question est posée ici du rôle des Nations Unies. Mais comment s'en étonner si c'est le principe même de la souveraineté de l'Etat-Nation qui se trouve en jeu⁹⁴⁸ ! »

Toutefois, même s'il existe donc, dans la pratique, des formes de collaboration mettant en évidence la complémentarité entre normes privées et normes internationales, l'attitude méfiante des grandes organisations internationales de normalisation démontre que cette complémentarité ne fait pas encore l'objet d'une reconnaissance suffisante.

conformité de leurs adhérents avec les lois et réglementations nationales. De plus, les procédures de contrôle indépendantes vérifient la bonne application des lois et contribuent ainsi à corriger les défaillances de certains États en la matière ».

M. DJAMA, « Articuler normes volontaires privées et réglementations publiques », Perspective n° 11, août 2011, Cirad, 4 p., p 4.

⁹⁴⁶ Voir à ce sujet M. DJAMA, *op. cit.*, p. 3. Cet auteur cite l'exemple des Etats-Unis, qui ont soutenu dans les années 1990 le développement d'ONG de promotion des normes sociales, telles que SAI ou la FLA, afin de limiter les risques de délocalisation vers les pays où le niveau de réglementation est plus faible, dans le cadre de l'ALENA.

⁹⁴⁷ Il s'agit du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, qui confirme la qualification d'« objectif légitime » du Groupe spécial (voir spécifiquement § 95). Voir à ce sujet WILKE (M.), «Tuna Labelling and the WTO: How Safe is 'Dolphin-Safe'?', ICTSD, *Dispute Settlement and Understanding Programme*, Vol. 6/2, June 2012, 4 p., <http://ictsd.org/i/news/bioresreview/135695/> (25.09.2012).

⁹⁴⁸ A.-J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et société*, 1997/35, pp. 11-35, p. 34.

Conclusion du chapitre

En tant qu'ordre spontané (*cosmos*, par opposition à *taxis*, l'ordre voulu, organisé), les normes privées peuvent-elles tomber sous la définition du système, et surtout, sous la définition d'un système *juridique* ? Nous pensons effectivement qu'il est nécessaire d'aller au-delà des « paradigmes » que sont la *régulation* et la *gouvernance* pour qualifier les normes privées. Le concept de « système informel de droit » que nous avons retenu se démarque de la définition du système comme mode d'organisation « hiérarchique et pyramidal » d'une part, « circulaire et autopoïétique » d'autre part⁹⁴⁹. Les normes privées sont donc plus qu'un simple système normatif et moins qu'un ordre juridique. Leurs caractéristiques en tant que système de droit informel, ainsi que les modalités exactes de celui-ci restent toutefois à définir au regard de l'évolution des normes privées vers une harmonisation internationale et un regroupement au niveau sectoriel.

⁹⁴⁹ Sur ces deux conceptions du système voir G. TIMSIT, « Système », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadriga, Paris, 2003, 1649 p., pp. 1462-1465.

CONCLUSION DU TITRE

A défaut d'être un système ou ordre juridique dans le sens positiviste du terme, les normes privées peuvent néanmoins être considérées comme un système juridique *sui generis*, que nous avons appelé ici « système de droit informel ».

Elles possèdent la cohérence requise pour cela, à la fois sur le plan formel et sur le plan substantiel. En dépit de leur apparente diversité et fragmentation, il apparaît que les normes privées relèvent d'un fondement commun – la qualité des produits – et que leur application croissante traduit, sinon une acceptation inconditionnelle par ceux qui s'y soumettent, du moins une réponse adéquate et effective à une demande sociale donnée.

Rappelons cependant que nous avons envisagé le système plus comme un outil de travail que comme la description d'une construction théorique aux rouages parfaitement rôdés. Les normes privées présentent certes une dimension systémique, mais leur qualité de système de droit est encore « en devenir ». Ainsi, il est indéniable que la qualité, fondement théorique commun mais non unifié, fait l'objet de multiples interprétations parmi les partenaires commerciaux. De même, l'effectivité que l'on observe en pratique relève bien souvent de la contrainte économique – les normes privées doivent être respectées pour accéder à un marché – et non d'une conviction partagée entre les consommateurs finaux et les entreprises productrices. Afin de remédier à cela, une harmonisation des exigences s'avère nécessaire, ce qui sera sans doute plus facile à obtenir sur un plan régional ou sectoriel qu'au niveau international. Par ailleurs, afin que l'effectivité repose sur un consensus et non sur la contrainte économique, les normes privées devraient être appliquées de manière à ce que tous les partenaires commerciaux y trouvent leur avantage (investissements pour respecter la norme compensés par un prix de vente plus élevé, ou *price premium*, par exemple). Cette question se pose en particulier au sujet des relations commerciales nord-sud, et nous verrons par la suite que des solutions sont en train de se mettre en place dans ce domaine (*infra* Partie 2, Titre 2).

Le système envisagé comme outil d'analyse s'est enfin révélé utile pour mettre en évidence les rapports entre les législations nationales et les règles internationales. Il apparaît en effet que pour comprendre le statut des normes privées, il est nécessaire

de les envisager dans leurs rapports avec les normes étatiques, qu'elles soient nationales ou internationales. Or, nous avons constaté que ces rapports sont plus souvent complémentaires que concurrents, ce qui laisse à penser que le fait d'envisager les relations entre normes privées et normes étatiques d'un point de vue « intersystémique » peut contribuer à la compréhension des normes privées et à la définition de leur statut.

Conclusion de la Partie 1

L'étude du statut des normes privées a supposé que l'on se place successivement dans deux perspectives théoriques différentes.

Dans un premier temps, l'analyse des normes privées à travers l'œil du juriste – en particulier du juriste positiviste – n'est pas nécessairement concluante. Elle permet certes d'établir une « certaine » juridicité des normes privées, juridicité atténuée, ou relative, si l'on se place dans le cadre d'une *soft law* aux contours mal dessinés. Elle permet également de reconnaître aux normes privées la qualité de « droit sans Etat », si l'on se place dans une perspective pluraliste, sans pour autant que cela ne corresponde à une définition du statut des normes privées. En effet, seul l'éventualité d'un tel droit est alors reconnue, sans que soient définis ses rapports avec les corps de règles « classiques », nationaux ou internationaux. Dans tous les cas, aucun de ses angles de vue ne permet de définir l'appartenance des normes privées à un système ou ordre juridique particulier.

Il fallait donc, dans un deuxième temps, se placer dans une perspective externe, plus « sociologique » que « positiviste », et poser l'hypothèse que les normes privées forment un système juridique propre. L'étude des modalités de ce système à partir d'une démarche inductive⁹⁵⁰ a permis de conclure que si les normes privées présentent une cohérence globale sur le plan formel et substantiel, il ne s'agit pas (pas encore ?) d'un système au sens strict d'ensemble organisé. La recherche de la qualification appropriée de ce système à la structure non hiérarchisée mais réticulaire nous a conduit à étudier les régimes privés transnationaux et systèmes privés de gouvernance. Nous avons finalement retenu la qualification de « système de droit informel », relevant du droit transnational. Cette qualification permet de tenir compte d'une part des spécificités des normes privées envisagées comme un ensemble, et d'autre part de la formation, que nous croyons amenée à se développer, d'ensembles

⁹⁵⁰ L'induction est l'opération mentale par laquelle on passe d'observations données à une proposition qui en rend compte. Sur une application juridique de la démarche inductive, voir F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977, 486 p., p. 5. Pour cet auteur, il peut être prématuré de vouloir définir de manière abstraite certaines notions ; il faut pour les analyser, dit-il, partir de situations concrètes, de la « *vie quotidienne du droit, celle qui se déroule en dehors de toute intervention d'un organe du pouvoir* ».

sectoriels plus structurés au sein de la catégorie générique des normes privées. Elle ne s'oppose donc pas, bien au contraire, à une évolutivité du statut des normes privées que nous croyons inévitable. Elle permet également de faire ressortir une compréhension différente du système juridique, selon laquelle il serait non « *un ensemble de commandements accompagnés de sanctions impératives* » mais « *un ensemble de ressources mobilisables par les acteurs concernés au gré des stratégies qu'ils mettent en œuvre, et susceptibles alors de guider l'action (...), mais non de la déterminer absolument*⁹⁵¹ ».

Il faut à présent étudier comment les normes privées, phénomène juridique au statut encore mal défini, sont appréhendées par le droit international économique, et plus spécifiquement le droit de l'OMC. C'est en effet dans ce domaine que les effets des normes privées sont les plus importants. Une étude des interactions entre ces deux ensembles normatifs est donc nécessaire.

⁹⁵¹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, op. cit., p. 322.

Partie 2. Régime international des normes privées

L'OMC n'a jamais eu à connaître des normes privées sous la forme d'un différend porté devant son Organe de règlement des différends (ORD)⁹⁵². C'est au cours de débats, au sein du Comité SPS notamment, que la question des normes a été abordée (voir *supra*, Partie 1 Titre 1). Envisagées comme un potentiel obstacle au commerce par les pays en développement (PED), la question de leur réglementation par le droit de l'OMC a été soulevée. Cependant, la manière dont la question a été posée révèle déjà, en elle-même, d'importantes limites.

La perspective : les normes privées comme obstacle non tarifaire au commerce

La perspective adoptée aujourd'hui par l'OMC pour envisager les normes privées est à la fois trop incertaine et trop étroite. Elle est incertaine car les dissensions entre Membres sont vives sur l'existence et la nature d'un lien entre les accords OMC et normes privées. Elle est également étroite, car les normes privées ne sauraient être limitées au champ de l'accord SPS⁹⁵³. Les domaines couverts par les normes sont multiples et recourent également les champs d'application de l'Accord OTC et du GATT de 1994. Il n'est donc pas possible, si la question doit être traitée de manière exhaustive, de se cantonner à l'action du Comité SPS à long terme.

⁹⁵² Cependant l'ORD a été récemment confronté à la question de la légalité de certains labels étatiques volontaires (*Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, Affaire DS381) et obligatoires (*Etats-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine*, Affaires DS384 et DS386, Rapport du Groupe spécial du 18 novembre 2011, Rapport de l'Organe d'appel du 29 juin 2012).

Il a également vu se multiplier les plaintes visant des mesures étatiques invoquant la protection de la santé publique, voir les affaires *Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofles* (Affaire DS406, Rapport du Groupe spécial du 2 septembre 2011, Rapport de l'Organe d'appel du 4 avril 2012), *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce et autres prescriptions en matière de banalisation des emballages applicables aux produits du tabac et à l'emballage de ces produits* (Affaire DS434, demande de consultations reçue le 13 mars 2012) et *Etats-Unis – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage* (Affaire DS435, demande de consultations reçue le 4 avril 2012). Alors qu'elles ne concernent pas directement les normes privées, ces procédures pourraient apporter des éclaircissements sur des questions telles que le rôle des préférences des consommateurs dans le droit de l'OMC.

⁹⁵³ Sur ces deux questions, voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

Pour les besoins de l'analyse, il est nécessaire de mettre de côté (provisoirement) le blocage actuel des discussions sur la question du forum approprié afin de déterminer quelles seraient les conséquences de l'application des accords OMC aux normes privées. Ceci implique une remarque préliminaire d'ordre général sur la condition de cette application. La prise en compte des normes privées par l'OMC suppose en effet que celles-ci puissent être qualifiées d'obstacle non tarifaire au commerce.

La prise en compte des normes privées nécessairement par le biais de cette qualification, car l'effet négatif des normes privées sur le commerce n'entraîne pas, à lui seul, l'applicabilité des accords de l'OMC. Ces derniers, après avoir visé dans un premier temps l'élimination des barrières tarifaires aux échanges se consacrent aujourd'hui essentiellement à la limitation des obstacles non tarifaires. Or, l'OMC est une organisation intergouvernementale et son droit s'adressent aux Etats qui en sont membres ; son applicabilité suppose donc en principe une atteinte aux droits ou avantages commerciaux d'un Etat membre, qui résulterait en principe du comportement d'un autre Etat membre⁹⁵⁴. La norme privée et ses effets commerciaux doivent par conséquent être assimilables à un obstacle non tarifaire au sens de l'OMC, c'est-à-dire un obstacle d'origine *étatique*.

Les obstacles non tarifaires sont avant tout définis de manière négative comme tout obstacle au commerce non issu de droits de douane. L'essai d'une définition positive n'a pas pour l'instant donné lieu à consensus, sans doute en raison de la grande diversité empirique des cette catégorie de mesures ; seul un ensemble de caractéristiques communes a pu être identifié⁹⁵⁵.

Faute d'éléments matériels de définition, ce sont donc *les effets* commerciaux qui constitueront le point de départ de la réflexion dans la démarche de qualification des normes privées. Dans ce raisonnement, une mesure privée est assimilée à une mesure étatique à condition que son effet sur le commerce soit comparable. A cette démarche s'oppose un second raisonnement fondé, quant à lui, sur *l'origine* de la mesure et la nature du droit international dont les règles ne peuvent avoir pour objet qu'un sujet de

⁹⁵⁴ Il résulte de cela d'une part que seul l'Etat (et non le producteur lésé) peut invoquer l'illégalité de la norme privée au regard des accords. D'autre part l'action privée n'est pas, en principe, un motif d'invocation des accords OMC.

⁹⁵⁵ A ce sujet D. FISCHER, *Die Behandlung technischer Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2004, 277 p., p. 6.

droit international. Seules les mesures étatiques peuvent, selon cette conception, faire l'objet d'une réglementation par les règles du droit international du commerce, les normes privées devant être soumises au droit de la concurrence (qui n'est pas, à l'évidence, suffisamment développé au niveau international pour en assurer une réglementation efficace⁹⁵⁶). Selon nous, il convient de préférer la première démarche à la seconde, qui mène à un vide juridique. Tenir compte, dans une certaine mesure, des effets des activités privées est devenu, pour le droit international, une nécessité ; du moins ne peut-il plus les ignorer comme le faisait le droit international classique.

Un *caveat*, cependant : l'assimilation d'une mesure privée à une mesure étatique sur la base de ses effets comporte, outre l'obstacle théorique soulevé par le raisonnement concurrent (le droit de l'OMC n'est pas conçu pour réglementer les activités privées), le danger d'une extension du champ d'application des accords qui n'avait pas été prévue par les rédacteurs de ces derniers. De plus, l'application aux normes privées de règles prévues pour des mesures étatiques risque de soulever certaines difficultés, comme nous allons le voir par la suite. Mais ces obstacles ne semblent pas insurmontables et l'on pourrait invoquer l'argument selon lequel les bénéfices d'une réglementation des normes privées sont préférables à l'absence de réglementation.

Dans la pratique de l'OMC cependant, les conséquences juridiques de la qualification sont liées à la réalisation d'autres conditions, telles que l'attribution de la conduite privée à un Etat Membre. En d'autres termes, le droit de l'OMC, dans son état actuel, adhère au second raisonnement qui distingue en fonction de l'origine publique ou privée de la norme. La seule exception se trouve dans l'acceptation volontaire des « disciplines » commerciales par les organismes privés de normalisation.

Dans la logique des accords, tout obstacle non tarifaire qui ne tombe pas sous le champ d'une exception ou ne fait l'objet d'aucune justification doit être, à terme, supprimé. Mais peut-on étendre cette logique aux normes privées ? En d'autres termes, faut-il interdire ou supprimer toute mesure assimilable à un obstacle non tarifaire aux échanges ? Pour D. FISCHER⁹⁵⁷, deux catégories de mesures doivent échapper à toute tentative de suppression : les obstacles au commerce issus de « facteurs naturels » et ceux dont la suppression entraînerait des problèmes

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 7-8.

⁹⁵⁷ *Die Behandlung technischer Handelshemmnisse im Welthandelsrecht, op. cit.*, 54 s.

techniques fondamentaux⁹⁵⁸. A l'appui de cette assertion, l'auteur cite les termes de l'article 2.4 OTC qui dispense les Membres de fonder leurs normes sur une norme internationale s'il existe des facteurs climatiques ou géographiques, ou des problèmes techniques fondamentaux⁹⁵⁹. Selon FISCHER, un facteur naturel ne peut constituer un obstacle *technique* au commerce. C'est là méconnaître le fait que ce n'est pas le facteur naturel mais la norme (publique ou privée) y relative qui est considérée comme une barrière non tarifaire. Or cette norme, même s'appuyant sur une justification légitime (les facteurs naturels), peut dans son but ou ses effets se révéler protectionniste et donc indésirable au sens du droit de l'OMC. Le facteur naturel peut dans certains cas intervenir comme une justification *a posteriori* des effets protectionnistes de la norme, mais il ne permet pas d'exclure *a priori* la norme en question du champ des obstacles non tarifaires⁹⁶⁰.

Selon le même auteur, ce raisonnement ne s'applique pas si l'obstacle non tarifaire trouve son origine dans des différences historiques ou culturelles, en raison de leur nature évolutive ; il cite l'attitude critique adoptée par le Groupe spécial dans l'affaire *Sardines* à l'égard d'une tentative de consolidation des préférences des consommateurs⁹⁶¹. Ici aussi, nous pensons qu'une analyse au cas par cas est nécessaire. Plus que la nature ou l'origine de l'obstacle au commerce, c'est la norme (ses effets et les buts qu'elle poursuit, éventuellement l'intention de son auteur) qui devrait déterminer l'illicéité. Ici aussi, la logique n'est pas celle d'une exclusion *a priori* du champ des obstacles au commerce, mais celle d'une justification *a posteriori* d'éventuels effets protectionnistes⁹⁶².

⁹⁵⁸ Pour cette seconde catégorie, les exemples cités concernent des « incompatibilités historiques » qu'il serait extrêmement contraignant de supprimer : systèmes de poids et mesures, conduite à droite/gauche, différences dans les réseaux électriques (voltage) et dans les prises électriques. D. FISCHER, *Die Behandlung technischer Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, p. 56.

⁹⁵⁹ « 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 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*, par exemple en raison de **facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux** ou de **problèmes technologiques fondamentaux** ». Nous soulignons.

⁹⁶⁰ L'existence de facteurs naturels (géographiques ou climatiques) influe également sur l'appréciation d'une différence de traitement établie par une norme : celle-ci constituera une discrimination illégitime si des conditions identiques ou similaires prévalent dans les deux pays concernés, mais ne le sera pas si elle est justifiée par une différence d'environnement naturel (raisonnement *a contrario* à partir de l'article 2.3 SPS, Fischer, p. 55).

⁹⁶¹ WT/DS231/R, § 7.127

⁹⁶² D. FISCHER reconnaît d'ailleurs lui-même, pour la seconde catégorie de mesures (problèmes techniques), l'absence de justification généralisée pour les obstacles reposant sur des considérations subjectives pouvant varier au fil du temps (tels que les préférences alimentaires) et la nécessité d'un examen au cas par cas de la faisabilité de leur suppression (issue selon lui des art. 11 et 12.4 OTC). *Die Behandlung technischer Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, p. 55.

Les instruments : subordination et coordination

Les normes privées peuvent restreindre les échanges de deux manières : en augmentant les coûts de production pour satisfaire les critères qu'elles posent d'une part, en favorisant les méthodes ou conditions de production locales au détriment des concurrents étrangers, d'autre part. Cette constatation, confirmée par les observations des économistes, constitue le principal défi auquel doit répondre le droit international. Elle permet également de dégager deux axes de recherche : tout d'abord, la possibilité d'utiliser les normes privées à des fins protectionnistes pour bloquer l'accès de certains produits étrangers au marché national met en évidence la nécessité d'une réglementation de leurs **effets sur la loyauté ('fairness') des échanges**, pour rendre les normes privées compatibles avec les objectifs du libre-échange ; il s'agit ici de limiter les restrictions au commerce (approche négative). D'autre part, l'accroissement des coûts et de la durée des transactions et ses conséquences financières et techniques sur les petits producteurs et ceux des PED met en évidence la nécessité d'une réglementation des **effets sur la fluidité des échanges** ; il s'agit ici de promouvoir l'intégration des normes privées au système multilatéral par l'élaboration de politiques normatives internationales (approche positive).

Par conséquent, pour éviter que certains Etats n'aient à souffrir des effets protectionnistes ou discriminatoires des normes privés, sans pour autant interdire de manière générale l'élaboration de ces normes, deux solutions existent :

- Soumettre les normes privées aux mêmes règles que les normes ou règlements étatiques. Il s'agit de **réglementer** leurs effets, afin de supprimer le préjudice subi (les règles juridiques sont ici instrument de répression, car elles ne s'appliquent qu'*a posteriori*, une fois l'effet négatif constaté)⁹⁶³. Le forum de prédilection pour cette approche est l'OMC et l'application de sa réglementation des entraves aux échanges. Mais en raison de la nature privée des normes, les limites de l'analogie sont vite atteintes et le droit (substantiel) de l'OMC, conçu à l'endroit des Etats membres, s'avère inadapté.

⁹⁶³ Le terme anglo-saxon 'disciplines' utilisé pour décrire les règles juridiques auxquelles sont soumises les normes traduit bien cette idée. Les normes ne sont pas interdites, au contraire, elles sont expressément autorisées si elles poursuivent des objectifs légitimes, mais leurs effets négatifs sont « disciplinés » par les règles des accords. Voir D. PREVOST, "Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities", *South African Yearbook of International Law*, Vol. 33, 2008, p. 6, note de bas de page n° 18.

- Remédier au problème à la base, en favorisant une plus grande interaction entre les circuits d'élaboration des normes privées, mais aussi entre les normes privées et les organisations internationales actives dans ce domaine (ce qui suppose transparence en amont, reconnaissance mutuelle ou équivalence en aval) et en améliorant la participation des pays en développement à l'élaboration comme à l'application des normes par le biais de l'assistance technique. Il s'agit ici **d'encadrer** le processus de normalisation afin de le rendre plus transparent, plus harmonisé et plus équitable, ce qui permettrait d'empêcher, *a priori*, la création de restrictions au commerce.

La première approche se situe en aval du processus de normalisation et constitue une adaptation au foisonnement des normes privées : il s'agit de limiter leurs effets indésirables par le biais de la réglementation. Elle suppose la **subordination** des normes privées à un régime de droit international (existant ou à définir). Sur le plan global, seule l'OMC est en position d'édicter et de faire respecter un tel régime juridique ; les autres organisations jouent essentiellement un rôle consultatif même si l'on peut constater un certain essor des initiatives régionales⁹⁶⁴.

La seconde approche vise le contenu des normes ainsi que leur processus d'élaboration, et non leurs effets. Elle se place en amont du processus de normalisation et nécessite une **coordination** entre Etats qui peut sembler à première vue difficile à mettre en œuvre. Contrairement à la première approche, elle ne fait pas appel uniquement à la réglementation internationale interétatique, mais suppose également une participation de la part des acteurs privés eux-mêmes, notamment dans le domaine de la transparence⁹⁶⁵. Or l'impossibilité, en l'état actuel du droit international, de contraindre les acteurs privés à la transparence, à l'harmonisation ou à l'ajustement de leur processus de normalisation contribue à la difficulté de cette démarche et la subordonne, dans une certaine mesure, à la bonne volonté des organismes de normalisation privés. Le rôle du droit international économique n'est plus ici seulement un rôle de réglementation, mais aussi un rôle d'incitation.

Ces deux approches correspondent à deux formes d' « intégration » des normes privées par le droit international : la réglementation permet de faire le lien entre les

⁹⁶⁴ Sur cette question voir *infra* le Titre 2 de cette partie.

⁹⁶⁵ Par exemple par la rédaction de rapports annuels relatant les modalités d'élaboration des normes.

normes privées et la responsabilité internationale des Etats⁹⁶⁶, alors que l'encadrement fait appel au pouvoir « auto-régulateur » des acteurs privés (par l'élaboration de normes internationales ayant vocation à servir de « seuils d'harmonisation » d'une part⁹⁶⁷, par l'appel à la coopération des acteurs privés d'autre part). Alors que dans le premier cas la norme privée est uniquement objet de réglementation, elle devient dans le deuxième cas aussi l'instrument, voire l'auxiliaire de la réglementation.

Sur le plan de la gouvernance ou, plus exactement, de la définition d'un régime international des normes privées, cette double approche (réglementation/encadrement) correspond aux deux séries de préoccupations mises en évidence plus haut (problèmes liés au contenu et/ou à la mise en œuvre des normes). D'un côté, existent donc des préoccupations relatives à l'incidence des normes privées sur la loyauté des échanges internationaux, auxquelles doit répondre la réglementation de leurs effets (Titre 1). De l'autre côté se trouve la question de l'impact des normes privées sur le bon déroulement des transactions, à laquelle répond un encadrement du processus de normalisation (Titre 2).

⁹⁶⁶ Cette intégration peut être directe, par l'édiction de règles réglementant de manière explicite les effets des normes privées ou indirecte, à travers la jurisprudence et/ou l'interprétation des textes.

⁹⁶⁷ A la différence des normes privées « ordinaires » qui doivent être réglementées en raison de leurs effets sur le commerce, les normes internationales sont considérées comme un facteur d'harmonisation, voire comme un indice de la légalité d'une autre norme si elle est fondée sur une norme internationale.

TITRE 1. NORMES PRIVEES ET LOYAUTE DU COMMERCE

Il existe deux manières d'aborder la réglementation de l'effet des normes privées par le droit de l'OMC : l'intégration et la responsabilité. La première examine si et comment les accords de l'OMC prennent en compte les normes privées : intégration « textuelle » ou jurisprudentielle, par renvoi, par interprétation, ou en tant qu'élément d'harmonisation. La seconde se demande qui doit, en dernier ressort *et sur le plan international*, porter la responsabilité pour les effets indésirables des normes privées. A la première approche (descriptive) nous avons préféré celle de la responsabilité (analytique) qui d'une certaine manière en découle, car la responsabilité des Etats est fonction du degré d'intégration des normes privées dans les accords. Les accords prévoient-ils une responsabilité privée ou au contraire, toute responsabilité mise en place par un traité international ne peut-elle avoir pour objet que les actes des sujets traditionnels du droit international – les Etats ? Quelles sont les conditions de la responsabilité d'un Etat-Membre ? Dans les deux cas, quelle est l'étendue de la responsabilité en question ? Sans intégration, pas de responsabilité – tel est le lien entre les deux approches ; mais ce qui nous intéresse ici est moins la forme de la prise en compte que la nature et l'étendue de la responsabilité qui en découle⁹⁶⁸.

Une responsabilité privée est-elle envisageable sous l'égide de l'OMC ? La nature interétatique de l'organisation et de son droit permettent de deviner que les normes privées feront l'objet d'une exclusion plus ou moins explicite de son champ d'application, à l'exception d'un régime de responsabilité volontairement accepté par les acteurs privés sur incitation des Membres – exemple de coopération public-privé mise en place par le droit international (chapitre 1). La responsabilité des Membres s'étend-elle aux actes d'entités privées affectant le commerce international ? Conformément aux principes classiques du droit international, la condition en est l'attribution de la norme privée à un Etat. Mais l'Etat doit aussi, dans certains cas, répondre de *son comportement propre* lorsqu'il lui est fait obligation de prévenir ou de réglementer certains effets des normes privées (chapitre 2).

⁹⁶⁸ Si nous ne retenons pas comme méthode d'analyse l'approche fondée sur l'intégration, celle-ci a cependant le mérite de mettre en lumière la nature du rapport qu'entretient le droit de l'OMC avec les normes privées. Il s'agit d'un rapport de subordination et non de concurrence ou d'opposition car le droit de l'OMC, pour autant qu'il prenne en compte les normes privées, cherche à les réglementer, à les soumettre aux principes du libre-échange.

Chapitre 1. Responsabilité privée

La conception classique du droit international, à laquelle l'OMC n'échappe guère, est que seuls les Etats sont sujets du droit international ; par conséquent, les traités et règles de droit international ne créent d'obligations que pour les Etats. Certes, l'évolution du droit international va vers l'octroi de *droits* aux personnes privées - évolution qu'illustre en droit international économique le droit des investisseurs privés de porter devant le CIRDI des mesures étatiques jugées contraires au droit international des investissements⁹⁶⁹. Ce développement n'a cependant pas encore atteint l'OMC (du moins en ce qui concerne l'aspect substantiel des accords, à la différence de leur dimension procédurale⁹⁷⁰) et il est communément admis que seuls les Etats sont liés par les accords.

Le droit international économique n'ignore cependant pas totalement les conduites privées. Certains traités accordent aux individus un accès direct à des instances internationales de règlement des différends⁹⁷¹. Dans le système OMC aussi, des dispositions relatives aux acteurs privés existent. Plusieurs accords reconnaissent la nécessité d'encadrer les activités privées et leurs effets sur les échanges internationaux. Ainsi, plusieurs dispositions détaillent les modalités de l'action privée : l'article 2 de l'*Accord sur l'inspection avant expédition* prévoit les obligations des Membres relatives aux « entités d'inspection », l'*Accord OTC* contient des obligations des Membres concernant l'élaboration, l'adoption et l'application de standards par des « organismes non gouvernementaux » (articles 3, 4 et 8), l'*Accord sur les Subventions* réglemente certaines activités des exportateurs (articles 6.3, 6.4 et 6.5), et l'*Accord sur les sauvegardes* interdit d'encourager des mesures restrictives (articles 22 et 24). D'autres dispositions imposent aux Membres l'obligation de mettre en place des mécanismes de règlement des différends ouverts

⁹⁶⁹ Chapitre 11. Certains soutiennent cependant ce droit a été accordé dans des circonstances exceptionnelles liées à la perte de confiance dans les institutions étatiques de certains pays en développement (Mexique dans le cadre de l'ALENA) et qu'il pourrait être remis en cause une fois la confiance des investisseurs rétablie.

⁹⁷⁰ Mis à part le cas des *amicus curiae*.

⁹⁷¹ Ch. TIETJE, "Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System", p. 146, cite la possibilité des particuliers de saisir la CJCE (article 173 TCE) et le Chapitre 19 de l'ALENA qui permet aux particuliers d'avoir accès aux différends en matière de dumping et de droits « compensateurs ». L'ANACE donne le droit aux particuliers d'initier des '*enforcement reviews*' (articles 14(1) et 15(4)). Par ailleurs, cet auteur cite le mécanisme de Groupe d'inspection ('*Inspection Panel*') créé par la Banque Mondiale et ouvert aux parties privées ayant subi un dommage du fait de l'action de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement et de l'*International Development Association*.

aux parties privées (article 13 de l'*Accord anti-dumping*⁹⁷², articles 41 à 50 de l'ADPIC, article 23 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires). Néanmoins, il n'existe pas de prise en compte des normes privées à titre de phénomène qu'il s'agirait de réglementer. A l'exception de l'Accord OTC dont le champ d'application s'étend aux « normes » (*'standards'* en anglais), terme recouvre également des normes non gouvernementales, il n'existe pas de mention spécifique de la réglementation privée. Les accords de l'OMC, même ceux relatifs aux obstacles techniques au commerce, n'ont pas été négociés dans le but de réglementer les effets des normes privées, mais ceux de l'action des gouvernements. En d'autres termes, dans la perspective du droit de l'OMC les normes privées ne sont pas un objet de réglementation mais un instrument de marché utilisé par les acteurs économiques et pouvant conduire à des externalités négatives si les gouvernements n'y apportent pas remède⁹⁷³. Les obligations mises en place par le droit international visent le comportement des Etats, non celui des acteurs privés.

Il existe par conséquent un risque que, pour des raisons structurelles liées à la nature des obligations internationales des Membres, les normes privées ne puissent être régies par le droit de l'OMC. Faut-il tenter de remédier à cette situation, afin d'empêcher les normes privées de tomber dans un vide juridique ? Plusieurs auteurs soutiennent qu'une adaptation aux évolutions de la régulation vers une normativité privée plus importante est une condition de la légitimité de l'action de l'OMC. L'enjeu est loin d'être négligeable, car en ignorant ces « nouvelles formes de régulation » issues d'acteurs non étatiques – ou du moins en refusant de les considérer comme un objet de réglementation à part entière et en soumettant leur réglementation à l'exigence d'une implication étatique – l'OMC risque de manquer l'occasion de s'adapter⁹⁷⁴ à l'une des tendances significatives du droit international actuel, sa « privatisation ». La nécessité d'une adaptation résulte de l'ampleur du « changement de paradigme » (ou, du moins, du changement dans les formes de gouvernance publique/privée) qui sous-tendent ce phénomène. On assisterait en effet à une « révolution de fond » des structures du droit international, et non au développement d'un phénomène ponctuel et localisé.

⁹⁷² L'Accord sur la mise en oeuvre de l'Article VI (mesures antidumping).

⁹⁷³ D. PREVOST, "Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities", p. 6-7.

⁹⁷⁴ A ce sujet, J. PAUWELYN, "Non-traditional Patterns of Global Regulation: Is the WTO Missing the Boat?", *Conference on Legal Patterns of Transnational Social Regulations and Trade*, Florence 24-25 Septembre 2004.

Ce changement radical de perspective appelle en principe une réforme de fond des structures de l'OMC qu'il n'est pas réaliste d'espérer dans un futur proche. C'est pourquoi à l'heure actuelle toutefois, le droit de l'OMC doit composer avec une structure héritée de l'interétatisme classique. La responsabilité pour les conséquences négatives des normes privées se heurte à cet obstacle historique. Les normes privées sont ainsi, par principe – quoique de manière plus ou moins explicite en fonction des accords – exclues de leur champs d'application respectifs (section 1). Le Code de pratique annexé à l'accord OTC constitue l'exception à cet état de fait, cependant limitée dans sa portée par la nature volontaire de la souscription à ses obligations (section 2).

Section 1. Le principe : exclusion des normes privées du champ d'application de l'OMC

Le droit de l'OMC est en général conçu comme un droit purement interétatique, applicables uniquement aux mesures gouvernementales :

« L'Accord sur l'OMC étant un accord international, qui n'assujettit directement à des obligations que les gouvernements nationaux et les territoires douaniers distincts, il s'ensuit implicitement que le terme mesure, à l'article XXIII:1 b) du GATT et à l'article 26:1 du Mémorandum d'accord, comme ailleurs dans l'Accord sur l'OMC, ne vise que les politiques ou actions des gouvernements, et non celles de parties privées⁹⁷⁵ ».

L'historique des négociations montre que seul l'Accord OTC avait été négocié dans l'optique de réglementer aussi des conduites privées⁹⁷⁶. Déjà le *Code de la normalisation* du Cycle de Tokyo prenait en compte les acteurs non gouvernementaux et l'Accord OTC confirme cette inclusion par l'adjonction, lors du Cycle de l'Uruguay, d'un *Code de pratique sur l'élaboration, l'adoption et l'application des normes*. En revanche, les normes privées n'ont joué aucun rôle dans la négociation de l'Accord SPS, car la réglementation sanitaire et phytosanitaire était alors considérée comme étant du ressort exclusif des Etats.

⁹⁷⁵ Affaire Japon – *Films*, WT/DS44/R, § 10.52.

⁹⁷⁶ OMC, « Historique des négociations sur le champ d'application de l'accord sur les obstacles techniques au commerce du point de vue des prescriptions en matière d'étiquetage, des normes dont le respect est volontaire et des procédés et méthodes de production ne se rapportant pas aux caractéristiques des produits », Note du Secrétariat, G/TBT/W/11, 1995.

“The taking up of consumer concerns about animal welfare, environmental, occupational health and safety and consumer safety aspects of foods, for example, in private voluntary standards is a phenomenon that largely post-dates the negotiation of the SPS and TBT Agreements; and it is a development that parallels the rapid increase of market penetration by very large supermarket chains (“multiples” in UK terms)⁹⁷⁷”.

Le GATT quant à lui ne fait pas mention des acteurs privés ou non gouvernementaux.

Qu'en est-il de la place actuelle des normes privées dans ces accords ? En dehors du contexte historique, qui ne portait pas à leur inclusion, y a-t-il eu une interprétation évolutive des termes destinés à prendre en compte la prolifération des normes privées ? L'Accord OTC, qui a pris en compte dès l'origine les acteurs non gouvernementaux est-il applicable à toutes les formes de normes privées ? Quelle est la définition précise de l'expression *organismes non gouvernementaux* ? Pour répondre à ces interrogations, nous examinerons les domaines d'application matériel (§ 1) puis personnel (§ 2) des accords.

§ 1. *Rationae materiae : mesures*

A. « *Mesure* » au sens du GATT

L'article III.4 du GATT de 1994 exige des Membres de ne pas traiter de manière moins favorable les produits étrangers que les produits nationaux similaires dans leurs « *lois* », « *règlements* » ou « *prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur* ». Pour que les normes privées soient soumises à cette obligation de non-discrimination, elles devraient correspondre à la définition d'une loi, d'un règlement ou d'une prescription au sens de l'article III.4. A l'exception des normes privées reprises par une législation étatique (loi ou règlement) et perdant par là-même leur caractère privé, seule la qualification de « *prescription* » laisse une marge

⁹⁷⁷ D. GASCOINE, O'CONNOR AND COMPANY, “Private Voluntary Standards Within the WTO Multilateral Framework”, *United Kingdom Department for International Development (DFID)*, march 2006, 111p., p. 22. L'auteur, qui a participé aux négociations de l'Accord SPS en tant que représentant de l'Australie, confirme que les normes privées étaient absentes du débat. Il cite également le témoignage concordant de Mme Gretchen Stanton qui a présidé une grande partie des réunions de négociation.

d'appréciation et d'interprétation suffisante pour intégrer les normes privées au droit OMC et les soumettre à ses disciplines de non-discrimination.

Le terme *prescriptions* a été interprété par le Groupe spécial de l'affaire Inde – *Mesures concernant le secteur automobile* (2000) comme désignant « une chose exigée ou demandée, une condition à remplir⁹⁷⁸ » (sens ordinaire du terme). Le Groupe spécial a précisé que le terme n'était pas équivalent à celui de règlement, qui désigne des « règles impératives d'application générale⁹⁷⁹ ». Reprenant une jurisprudence antérieurement établie⁹⁸⁰, il note que le terme *prescriptions* recouvre d'une part « les obligations qu'une entreprise est "juridiquement contrainte de respecter" » et d'autre part « celles qu'une entreprise accepte volontairement afin d'obtenir du gouvernement un avantage⁹⁸¹ ». Ces prescriptions acceptées volontairement par une entreprise peuvent-elles être de nature privée, ou doivent-elles être issues d'instances gouvernementales ? L'expression « afin d'obtenir du gouvernement un avantage » laisse à penser qu'il devrait s'agir de prescriptions gouvernementales ; néanmoins, on ne peut exclure l'hypothèse dans laquelle un gouvernement subordonnerait l'obtention d'un avantage au respect d'une norme *privée* (il s'agirait alors d'une forme de co-régulation, et plus spécifiquement d'incitation ; voir à ce sujet *supra*, Partie 1 Titre 1).

L'approche adoptée dans l'affaire Japon – *Films* (1998) est quelque peu différente, et apporte quelques éclaircissements quant à la prise en compte d'acte privés au titre de « prescriptions » au sens de l'art. III.4. Le Groupe spécial y a précisé, au sujet de l'interprétation de l'expression *toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions* figurant à l'article III:4:

« [...] nous allons poser en principe aux fins de la présente analyse qu'elle devrait être interprétée comme englobant un éventail aussi large d'actions gouvernementales et d'actions de parties privées pouvant être assimilées à des actions gouvernementales⁹⁸² ».

⁹⁷⁸ WT/DS146/R, WT/DS175/R, §7.181.

⁹⁷⁹ *Ibid.*

⁹⁸⁰ Rapport du Groupe spécial *CEE – Pièces détachées et composants*, paragraphe 5.21, IBDD, S37/142, Rapport du Groupe spécial *Canada – Automobiles*, WT/DS139/R-WT/DS142/R, adopté le 19 juin 2000, tel qu'il a été modifié par le rapport de l'Organe d'appel, § 10.73.

⁹⁸¹ *Ibid.*, § 7.184.

⁹⁸² Affaire Japon - *Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs* - Rapport du Groupe spécial, 1998, § 10.376. Le groupe spécial évoque la question de savoir si l'expression *toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions* a une portée plus restrictive que le terme « mesure » employé par l'article XXII:1 b) mais ne se prononce pas sur ce point.

L'hypothèse d'une action privée est ici expressément évoquée, à la différence de la jurisprudence Inde – *Autos* qui fait référence à des mesures « volontaires » sans préciser si celles-ci sont uniquement étatiques ou si elles peuvent également être privées. L'action privée peut selon cette interprétation constituer une loi, un règlement ou une prescription, à condition de « pouvoir être assimilée » à une action gouvernementale. Le Groupe spécial ne précise pas les conditions de cette assimilation, mais on peut supposer que le cas de figure envisagé est celui de l'attribution d'une conduite privée à un Etat. Dans ce cas, le critère d'attribution serait l'existence d'une implication étatique suffisante dans l'élaboration de la mesure (sur la question de l'attribution, v. *infra*, chapitre 2, section 1).

Cette interprétation est confirmée par les conclusions du Groupe spécial dans l'affaire Canada – *Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (2000) :

*« Pour déterminer si une action privée équivaut à une "prescription" au regard de l'article III:4, il faut donc nécessairement se fonder sur la constatation qu'il existe entre cette action et l'action d'un gouvernement un lien tel que celui-ci doit être tenu responsable de ladite action. Nous ne pensons pas qu'un tel lien puisse exister uniquement si un gouvernement rend juridiquement exécutoires des engagements de parties privées, comme dans la situation examinée par le Groupe spécial Canada - LEIE, ou si un gouvernement subordonne l'octroi d'un avantage à des engagements pris par des parties privées, comme dans la situation examinée par le Groupe spécial CEE - Pièces détachées et composants. (...) Le terme "prescription" dans son sens ordinaire et à la lumière de son contexte dans l'article III:4 implique clairement **une action des pouvoirs publics qui comporte une exigence, une demande ou l'imposition d'une condition**, mais à notre avis, ce terme n'a pas de connotation particulière quant à la forme juridique que peut revêtir cette action des pouvoirs publics. À cet égard, nous estimons que, pour appliquer la notion de "prescription" figurant à l'article III:4 à des situations impliquant des actions de parties privées, il faut tenir compte du fait qu'il existe une*

grande diversité des formes d'action des pouvoirs publics qui peuvent influencer efficacement le comportement de parties privées⁹⁸³ ».

Le lien requis par le Groupe spécial est ici clairement celui de l'attribution, sans que le critère d'attribution ne soit clairement défini. La formulation « *un lien tel que [le gouvernement] doit être tenu responsable de ladite action* » définit l'attribution elle-même, en aucun cas ses modalités.

L'engagement étatique doit donc comporter « une exigence, une demande ou l'imposition d'une condition » ; il doit être de nature à « influencer efficacement » la conduite privée. Autrement dit, une forme de contrôle est nécessaire, au sens de possibilité concrète d'agir sur la conduite des acteurs privés, de diriger ses actions ; s'il relève du domaine volontaire, le lien requis pour une attribution de la conduite privée n'est pas suffisant. Pour reprendre les exemples cités par le Groupe spécial, le fait de rendre un engagement privé juridiquement exécutoire intervient *a posteriori*, sans réelle possibilité d'influencer le comportement privé. De même, l'octroi d'un avantage pour un engagement particulier constitue une incitation, qui laisse l'entreprise libre de ses choix sans donner à l'Etat le moyen de diriger sa conduite. En revanche, l'exigence, la demande ou l'imposition d'une condition impliquent toutes une initiative gouvernementale ; c'est en quelque sorte lorsque le gouvernement « fait le premier pas », adopte une conduite « proactive » (dans le sens de vouloir provoquer une conduite) et non « réactive », que l'acte privé lui serait attribuable.

On peut objecter à cela que la frontière entre incitation et direction des conduites est ténue, surtout si l'on tient compte des réalités économiques où l'engagement en théorie volontaire équivaut souvent à une obligation *de facto* pour une entreprise qui souhaite accéder à un marché. D'un autre côté, peut-on attribuer à l'Etat la responsabilité d'un acte privé sur la base de considérations économiques qui ne tombent pas nécessairement sous son champ d'influence ? La question de la définition du critère d'attribution est loin d'être résolue, et fera l'objet de plus amples développements dans le chapitre suivant.

⁹⁸³ Nous soulignons. WT/DS139/R, WT/DS142/R, § 10.107. Le Groupe spécial ajoute que lorsqu'un Etat demande à une entreprise un « engagement spécifique » et que celle-ci s'engage à rendre compte de son exécution, « *il est évident qu'il s'agit d'une action de parties privées dirigée, ou à tout le moins escomptée, par le gouvernement* ». Le fait que l'instrument qui énonce l'engagement n'ait pas de statut juridique particulier n'affecte en rien la qualification de « prescription » du contenu qu'il véhicule (§ 10.123).

Quelle que soit l'interprétation que l'on retient du terme « prescription », il apparaît que la condition d'une prise en compte d'une mesure privée est un degré suffisant de participation étatique à son élaboration ou à son application. La jurisprudence semble indiquer que cette participation doit franchir le seuil de l'attribution ; en d'autres termes, une mesure privée ne peut tomber sous le champ de l'article III.4, que si elle est imputable à un Etat. Or, l'attribution implique une perte du caractère privé de la mesure, son « étatisation ». L'article III.4 reste par conséquent fidèle au principe selon lequel les accords de l'OMC ne créent d'obligations que pour leurs Etats membres, les acteurs privés étant exclus de son champ de réglementation.

B. « Mesure SPS »

« À ce jour, il n'a pas été déterminé si des normes privées étaient des mesures SPS relevant du champ d'application de l'Accord SPS⁹⁸⁴ ». Cette observation du Secrétariat de l'OMC, qui est encore valable aujourd'hui, résume bien l'incertitude qui entoure la définition des « mesures SPS » en ce qui concerne leur inclusion (ou leur rejet) des normes privées.

L'accord SPS recouvre en principe « toutes les mesures sanitaires et phytosanitaires qui peuvent, directement ou indirectement, affecter le commerce international⁹⁸⁵ ».

L'article 1 de l'Annexe A précise que :

« Les mesures sanitaires ou phytosanitaires comprennent toutes lois, tous décrets, toutes réglementations, toutes prescriptions et toutes procédures pertinents, y compris, entre autres choses, les critères relatifs au produit final; les procédés et méthodes de production; les procédures d'essai, d'inspection, de certification et d'homologation; les régimes de quarantaine, y compris les prescriptions pertinentes liées au transport d'animaux ou de végétaux ou aux matières nécessaires à leur survie pendant le transport; les dispositions relatives aux méthodes statistiques, procédures d'échantillonnage et méthodes d'évaluation des risques pertinentes; et les prescriptions en matière d'emballage et d'étiquetage directement liées à l'innocuité des produits alimentaires⁹⁸⁶ ».

⁹⁸⁴ Note du Secrétariat, « Les normes privées et l'Accord SPS », 2007, G/SPS/GEN/746, § . 15, p. 5.

⁹⁸⁵ Article 1 SPS, qui ajoute : « Ces mesures seront élaborées et appliquées conformément aux dispositions du présent accord ».

⁹⁸⁶ Nous soulignons.

D'après les paragraphes a), b), et c) de ce même paragraphe, les mesures SPS doivent être appliquées « pour protéger, *sur le territoire du Membre*, la santé et la vie des animaux ou préserver les végétaux », ou pour « pour empêcher ou limiter, *sur le territoire du Membre*, d'autres dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites » (paragraphe d)⁹⁸⁷. La définition d'une mesure SPS dépend par conséquent non seulement de la forme de la mesure, mais également de son objectif, du but dans lequel elle est appliquée.

Les normes privées tombent-elles sous le champ de cette définition ? La nature étatique de la mesure n'est pas un critère explicite, mais elle semble implicitement requise par le contexte de l'Accord (un accord de l'OMC à vocation purement interétatique, dont les obligations ont pour seuls destinataires les Etats) et par une déclaration du Comité SPS à l'occasion de l'examen du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord SPS⁹⁸⁸ :

« [...] les termes "mesures" et "réglementations" sont employés dans l'Accord de manière interchangeable pour désigner toute mesure sanitaire ou phytosanitaire, telle que les lois, les décrets ou les ordonnances appliqués pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'Annexe A de l'Accord ».

Toutes les mesures citées (« lois, décrets ou ordonnances ») sont de nature étatique et rien dans cette formulation ne permet d'inclure les normes privées dans le champ de la définition. On pourrait certes objecter que cette énumération n'est pas exhaustive, mais dans tous les cas elle ne peut dépasser le cadre de la définition du paragraphe 1 de l'Annexe A de l'Accord.

Le groupe spécial dans l'Affaire *Biotech* a donné les directives suivantes quant à la compréhension de l'Annexe A.1 :

*« L'Annexe A 1) indique qu'afin de déterminer si une mesure particulière constitue une "mesure SPS" il faut tenir compte d'éléments tels que le **but** de la mesure, sa **forme juridique** et sa **nature**. Il est question de l'élément "but" à l'Annexe A 1) a) à d) ("toute mesure appliquée"). Il est fait référence à l'élément "forme" au deuxième paragraphe de l'Annexe A 1)*

⁹⁸⁷ Nous soulignons.

⁹⁸⁸ G/SPS/36, Juillet 2005, n° 92. Nous soulignons.

("lois, [] décrets, [] réglementations"). Enfin, il est aussi question de la nature des mesures considérées comme mesures SPS au deuxième paragraphe de l'Annexe A 1) ("prescriptions et [] procédures [], y compris, entre autres choses, les critères relatifs au produit final; les procédés et méthodes de production; les procédures d'essai, d'inspection, de certification et d'homologation; [etc.]")⁹⁸⁹ ».

Examinons tout d'abord la forme juridique de la mesure, car c'est ce critère qui recouvre la distinction public/privé, les deux autres (but et nature) faisant référence au contenu de la mesure et non à sa forme. Il est intéressant que le Groupe spécial ait exclu les « prescriptions » et « procédures » de la catégorie « forme juridique » pour les placer dans la catégorie « nature » de la mesure. La seule « forme juridique » que peut prendre une mesure SPS est donc celle d'une loi, d'un décret ou d'une réglementation – toutes trois mesures éminemment étatiques. La prise en compte d'une norme privée au titre de mesure SPS (sauf reprise à leur compte par les autorités étatiques) semble ainsi exclue par le groupe spécial. Le fait que les mesures auxquelles il est fait référence ne doivent être ni obligatoires ni juridiquement exécutoires afin d'être considérées comme une mesure SPS au sens de l'article 1 de l'Annexe A⁹⁹⁰ ne change rien à cette constatation, car il apparaît dans le raisonnement jurisprudentiel que les mesures visées sont uniquement des mesures étatiques⁹⁹¹ :

*« Ce contexte indique qu'une mesure **gouvernementale non obligatoire** est elle aussi soumise aux dispositions de l'OMC s'il est nécessaire de se conformer à cette mesure pour obtenir du gouvernement un avantage ou, en d'autres termes, s'il existe des incitations ou des désincitations [sic] suffisantes pour que cette mesure soit respectée⁹⁹² ».*

⁹⁸⁹ WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, § 7.149. Nous soulignons.

⁹⁹⁰ Dans la même affaire, le Groupe spécial avait considéré que « *Même si la prescription relative aux essais par variété n'est pas d'application obligatoire - en ce sens que les pays exportateurs peuvent démontrer l'efficacité du traitement par d'autres moyens - à notre avis, elle constitue bel et bien une "réglementation phytosanitaire" soumise à l'obligation de publication énoncée à l'Annexe B.* » Par ailleurs, il ajoutait que « *De plus, le paragraphe 1 de l'Annexe A de l'Accord SPS indique clairement que "les mesures phytosanitaires comprennent toutes lois, tous décrets, toutes réglementations, toutes prescriptions et toutes procédures pertinents". Par contre, il n'exige pas que ces mesures soient obligatoires ou juridiquement exécutoires.* » WT/DS/76/R, § 8.111. Toutefois, la suite de l'analyse du Groupe spécial montre qu'il fait allusion uniquement à des mesures étatiques non obligatoires.

⁹⁹¹ Un autre indice en ce sens est le fait que le Comité SPS estime interchangeable les termes « mesure » et « réglementation », voir Comité SPS, *Examen du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord SPS*, G/SPS/36, Juillet 2005, n°92 : « *les termes "mesures" et "réglementations" sont employés dans l'Accord de manière interchangeable pour désigner toute mesure sanitaire ou phytosanitaire, telle que les lois, les décrets ou les ordonnances appliqués pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'Annexe A de l'Accord* ».

⁹⁹² Affaire Japon – Produits agricoles, WT/DS76/R, § 8.111. Nous soulignons.

Il ressort de cette déclaration que ce n'est pas le caractère volontaire d'une mesure qui fait obstacle à sa prise en compte par l'Accord SPS, mais l'absence d'implication étatique dans sa mise en œuvre.

Cette exigence d'une implication étatique concerne-t-elle uniquement l'application ou également l'élaboration de la mesure ? On pourrait imaginer, d'après la formulation du Groupe spécial qu'une mesure purement privée dans son *élaboration* mais dont le respect (*l'application*) serait soumis à des « incitations » ou « désincitations » étatiques, soit soumise aux dispositions de l'Accord SPS. D'un autre côté, la formulation « mesure *gouvernementale* non obligatoire » semble indiquer que la mesure volontaire doit être attribuable à l'Etat *ab initio*, ce qui exclurait une prise en compte des normes privées au titre de « mesure SPS », même si les autorités publiques interviennent au stade de leur application.

Si l'on admet, malgré cela, qu'une norme privée est susceptible d'être considérée comme une *mesure* au sens de l'Accord SPS, il faut ensuite s'interroger sur son « but » et sa « nature ».

Le but de la mesure est défini dans les paragraphes a) à d) de l'Annexe A.1. Le Groupe spécial de l'affaire *Biotech* a rappelé que le but d'une mesure devait être déterminé sur la base de considérations objectives, sans qu'il soit nécessaire d'examiner l'intention subjective du législateur⁹⁹³. La limitation territoriale des lettres a) à d) s'applique à la définition du but, ce qui a pour conséquence d'exclure du champ de l'accord SPS toute mesure visant à la protection de la vie humaine, animale ou végétale, *en dehors du territoire de l'Etat qui l'édicte*⁹⁹⁴. Par exemple, les normes d'entreprise applicables à l'ensemble d'un groupe opérant de manière transnationale ne pourraient donc pas être considérées comme une mesure SPS. Par ailleurs, notons que l'accord SPS peut recouvrir des mesures de protection de l'environnement, si toutefois celles-ci s'inscrivent dans l'un des buts énumérés par l'Annexe A.1⁹⁹⁵.

⁹⁹³ Il doit exister un « lien objectif entre les buts déclarés et le texte et les caractéristiques structurelles de la mesure pertinente ». WT/DS291/R, WT/DS/292/R, WT/DS293/R, § 7.2558.

⁹⁹⁴ S. CHARNOVITZ, « Article 1 and Annex A SPS » in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.), *WTO. Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 381, n° 17.

⁹⁹⁵ Le Groupe spécial de l'affaire *Biotech* a précisé que les mesures de protection de l'environnement, « dans la mesure où elles sont appliquées pour protéger les animaux et les végétaux » n'étaient pas *a priori* exclues du champ d'application de l'accord SPS. WT/DS291/R, WT/DS/292/R, WT/DS293/R, § 7.207.

Concernant la nature de la mesure, il peut s'agir d'une prescription ou d'une procédure, y compris les procédés et méthodes de production, les prescriptions en matière d'étiquetage (labels) et de certification. Ceci est intéressant en ce qui concerne les normes privées, sachant que celles-ci ont souvent pour objet des PMP ou mettent en place un label.

Les procédés et méthodes de production (PMP) doivent être lus en conjonction avec la limitation territoriale des paragraphes a) à d), de sorte que les mesures dont le but est de protéger la vie humaine, animale ou végétale dans un pays tiers ne saurait tomber sous le champ de l'accord SPS⁹⁹⁶. Nous pensons notamment aux cas de dommages transfrontières dus à des méthodes de production polluantes.

De même, les prescriptions en matière d'étiquetage doivent poursuivre l'un des quatre buts énumérés par l'Annexe A afin de tomber sous le champ de l'Accord SPS⁹⁹⁷. Par opposition, « *l'étiquetage des produits alimentaires requis à des fins d'assurance de la qualité, de spécification du volume du contenu ou pour tenir compte des préférences des consommateurs ou de considérations morales*⁹⁹⁸ » ne tombe pas sous le champ de l'Accord SPS. Force est donc de constater qu'une grande partie des labels privés (tous ceux qui ne concernent pas la sécurité sanitaire), sont exclus du champ d'application de l'Accord SPS et devront être examinés dans le cadre de l'Accord OTC.

Les procédures d'homologation sont définies dans le rapport *Biotech* comme « *englobant les procédures appliquées pour vérifier et assurer le respect de l'une ou plusieurs des prescriptions SPS de fond dont l'observation est une condition préalable à l'approbation de la mise sur le marché d'un produit*⁹⁹⁹ ».

Cette liste n'est pas exhaustive et est interprétée par la doctrine de manière à inclure des mesures qui ne sont pas expressément mentionnées¹⁰⁰⁰. De plus, l'emploi de

⁹⁹⁶ S. CHARNOVITZ, "Article 1 and Annex A SPS" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.), *WTO. Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 386 n° 31.

⁹⁹⁷ WT/DS291/R, WT/DS/292/R, WT/DS293/R, § 7.390. Les prescriptions d'étiquetage « directement liées à l'innocuité des produits alimentaires » (article 1, Annexe A, deuxième alinéa) constituent « un exemple d'une prescription en matière d'étiquetage qui répond clairement et sans ambiguïté à l'un des buts identifiés à l'Annexe A 1) » (*Ibid.*, note 527).

⁹⁹⁸ *Ibid.*, note 527.

⁹⁹⁹ WT/DS291/R, WT/DS/292/R, WT/DS293/R, § 7.424.

¹⁰⁰⁰ Dans l'affaire Japon-Produits Agricoles II, l'Organe d'appel a estimé que tombaient sous le champ de l'Annexe B (en matière de publication) « d'autres instruments qui sont d'application générale et ont un caractère similaire à celui des instruments explicitement mentionnés » (à savoir les « lois, décrets ou ordonnances »), WT/DS76/AB/R, 1999, para. 105. Cette interprétation peut être étendue par analogie à la liste de l'Annexe A, article 1 (v. S. CHARNOVITZ, "Article 1 and Annex A SPS" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.), *WTO. Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 380, n° 13.

l'expression « entres autres choses » par l'article 1 de l'Annexe A suggère que la liste des mesures décrites n'est pas limitative.

Alors que par leur contenu les mesures privées peuvent tomber dans chacune de ces catégories, le critère de la nature ne nous donne aucune information sur la nature privée ou publique des mesures SPS. Le seul critère déterminant pour savoir si une norme privée peut tomber sous le champ des mesures SPS semble donc être celui de la forme juridique, pour lequel la jurisprudence ne semble pas admettre la prise en compte des normes privées. Il apparaît donc qu'à ce jour la balance penche plus en faveur de l'exclusion des normes privées du champ d'application de l'Accord SPS qu'en faveur de leur inclusion.

Enfin, notons que les effets sur le commerce ne sont pas déterminants pour la caractérisation d'une mesure SPS¹⁰⁰¹. Il n'est donc pas possible d'invoquer les effets commerciaux des normes privées lorsqu'il s'agit de déterminer si une norme privée est une mesure sanitaire ou phytosanitaire.

C. « Norme » au sens de l'Accord OTC

L'accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) adopte une approche différente des deux accords précédents en établissant une distinction entre mesures obligatoires (« règlements techniques ») et volontaires (« normes »). L'« obligatorité » en question étant celle qui s'attache à la sanction étatique, les normes privées, qui en sont par nature dépourvues, ne peuvent tomber que sous la catégorie des normes volontaires (« normes » ou '*standards*' dans la terminologie anglophone)¹⁰⁰². La définition de ces « normes », qui en dehors du caractère

¹⁰⁰¹ « Nous notons aussi que cette définition ne considère pas l'effet sur le commerce d'une mesure donnée comme un facteur à prendre en compte pour déterminer si une mesure est ou n'est pas une mesure phytosanitaire ». Affaire Japon-Mesures visant l'importation de pommes, WT/DS245/R, § 8.24. Voir aussi WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, § 7435 (« À notre avis, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'une mesure SPS a un effet réel sur le commerce »).

L'existence d'un effet sur le commerce reste néanmoins une condition de l'application de l'Accord SPS, voir CE – Hormones ; l'article I SPS doit être lu en conjonction avec l'article 1 de l'Annexe A et pose deux conditions nécessaires à l'application de l'accord SPS : 1) L'existence d'une mesure SPS et 2) Le fait que cette mesure affecte (directement ou indirectement) le commerce. Cela signifie qu'elle doit altérer les conditions de concurrence entre produits nationaux et produits importés. Voir le Rapport du groupe spécial dans l'affaire Italie – Mesures discriminatoires appliquées à l'importation de machines agricoles, BISD 7S/60, § 12.

¹⁰⁰² L'absence de caractère obligatoire est à entendre au sens d'absence de contrainte étatique et ne vise pas le caractère obligatoire *de facto* que peuvent revêtir certaines normes (par exemple, les normes établies par les grandes chaînes de supermarchés dont le respect conditionne l'accès à un marché donné pour les producteurs et fournisseurs étrangers). Dans les faits, le caractère volontaire de la mesure devrait pouvoir être établi de manière assez aisée, à l'exception de deux hypothèses pouvant prêter à confusion : l'intégration totale ou partielle d'une norme dans une politique législative étatique d'une part, l'action étatique cherchant à assurer l'application d'une norme sans toutefois la reprendre expressément à son compte (par exemple par l'octroi d'avantages en cas d'application) d'autre part.

Dans le premier cas, la reprise partielle ou totale de la norme dans une réglementation obligatoire lui donne le statut de règlement technique (à hauteur de l'incorporation). Ce cas de figure était expressément prévu par le Code de la normalisation adopté sous le Cycle de Tokyo et prédécesseur de l'Accord OTC (Voir la Note explicative à l'Annexe 1.1 de ce code). Son

volontaire est similaire à celle des règlements techniques, ne précise pas d'emblée si elles peuvent recouvrir des mesures privées ou si elles sont au contraire limitées à la réglementation étatique volontaire. Les normes sont définies par l'Annexe 1 à l'Accord OTC, deuxième paragraphe. Selon cet article, il s'agit d'un :

*« Document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, **dont le respect n'est pas obligatoire**. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés¹⁰⁰³ ».*

Force est de constater que rien dans la formulation de cette définition ne permet de conclure à l'inclusion des normes privées. L'interprétation contextuelle de l'accord, selon laquelle les accords OMC visent uniquement les Etats membres, doit ici être nuancée par l'inclusion en annexe d'un *Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes* (ci-après « Code de pratique ») dont le champ d'application s'étend aux acteurs non-étatiques :

*« Le présent code est ouvert à l'acceptation de **tout organisme à activité normative du ressort territorial d'un Membre de l'OMC**, qu'il s'agisse d'une institution du gouvernement central, d'une institution publique locale ou d'un organisme non gouvernemental; de tout organisme à activité normative régional gouvernemental dont un ou plusieurs membres sont Membres de l'OMC; et de **tout organisme à activité normative régional non gouvernemental** dont un ou plusieurs membres sont situés sur le territoire d'un Membre de l'OMC (dénommés collectivement ou*

omission dans l'Accord OTC actuel n'affecte cependant pas la requalification de règlement technique d'une norme reprise à son compte par un gouvernement. Voir M. KOEBELE, "Article 1 and Annex 1 TBT" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et A. SEIBERT-FOHR (eds.) *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, p. 190.

Dans la seconde hypothèse, il est nécessaire de déterminer au cas par cas si l'intervention étatique est suffisante pour rendre l'application de la norme « obligatoire ». Il n'existe pas de jurisprudence à ce sujet, mais on peut considérer que la perte de certains avantages accordés par le gouvernement en cas de non respect du standard aurait pour effet de changer la qualification de ce dernier en « règlement technique ». (*Ibid.*, p.191, n°21).

¹⁰⁰³ Nous soulignons.

individuellement dans le présent code "organismes à activité normative")¹⁰⁰⁴ ».

La référence aux organismes non gouvernementaux témoigne d'une volonté de réglementer les effets des toutes les normes, quelle que soit leur source, publique ou privée¹⁰⁰⁵. Toutefois, conformément à la conception classique du droit international déjà évoquée pour l'interprétation contextuelle des accords, et selon laquelle seuls les Etats sont sujets du droit international, le droit de l'OMC se voit dans l'impossibilité *d'imposer* cette réglementation aux organismes privés visés. Le Code de pratique est donc seulement « ouvert à l'acceptation » des organismes non gouvernementaux ; en d'autres termes, l'effectivité de ses dispositions suppose une acceptation préalable (et formelle¹⁰⁰⁶) par son destinataire. Les Membres en revanche se voient attribuer certaines obligations en matière d'acceptation et de respect du Code par leurs organismes de normalisation¹⁰⁰⁷. Le Code de pratique permet donc de canaliser, autant que possible (*i.e.* en comptant sur la coopération volontaire des organismes de normalisation), les effets des normes privées volontaires tout en respectant le principe de l'exclusivité des Etats comme sujets du droit OMC.

Outre la dimension volontaire de l'acceptation du Code par les organismes de normalisation, deux éléments limitent sa portée. D'une part, la teneur de l'expression « organisme à activité normative » n'est pas suffisamment définie (voir *infra* § 2). D'autre part, lors de son élaboration, le Code visait surtout à réglementer les normes techniques. La constellation composée de de normes privées réglementant des aspects de politiques publiques telles que la sécurité sanitaire ou l'environnement n'avait pas été envisagée à l'époque de sa rédaction. En réalité, il s'agit ici moins d'une limitation du champ d'application du Code que d'une réduction de son effectivité, car le régime qu'il établit n'est pas nécessairement adapté à l'encadrement des normes privées qui ne sont pas des normes techniques. En effet, rien dans les termes de

¹⁰⁰⁴ Annexe 3 de l'Accord OTC, paragraphe B. Nous soulignons.

¹⁰⁰⁵ A l'exception cependant des normes élaborées par des organismes internationaux, qui ne sont pas mentionnées. Voir M. KOEBELE et G. LAFORTUNE, 'Article 4 and Annex 3 TBT', in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.), *WTO. Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 247 n°5.

¹⁰⁰⁶ L'acceptation (ou la dénonciation) du Code doit être notifiée au Centre d'information ISO/CEI à Genève (Annexe 3 point C).

¹⁰⁰⁷ Article 4 OTC. Voir *infra* sur les obligations étatiques. Le fait que l'adhésion au Code ne soit pas obligatoire - même l'obligation des Etats de « faire en sorte » que les organismes de normalisation non-étatiques situés sur leur territoire respectent ses dispositions (article 4.1 OTC, deuxième phrase) n'est qu'une obligation de moyen et non de résultat - montre qu'il s'agit d'une tentative de réglementer des normes qui ne sont pas « naturellement » (par nature) soumises aux accords OMC.

l'Accord ne permet de les interpréter comme excluant certaines normes sur la base de leur contenu. Au contraire, une interprétation évolutive de ces termes devrait conduire à prendre en compte cette tendance.

§ 2. *Rationae personae : organismes*

A. *Organismes de normalisation*

Le GATT ne prévoit pas d'obligations à l'intention des organismes non gouvernementaux. L'article XXIV 12) du GATT de 1947, considéré pourtant comme le « précurseur » des articles 4 OTC et 13 SPS, mentionne uniquement les organismes gouvernementaux locaux et régionaux :

« Chaque partie contractante prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux observent les dispositions du présent Accord ».

Dans le cadre de l'accord SPS, il n'existe pas encore d'examen, par un groupe spécial, du terme « organisme reconnu ». On peut se demander si les entreprises, organisations non gouvernementales, ou autres acteurs économiques tels que les consortiums d'entreprise édictant des normes, sont inclus dans la définition de cette expression. La « reconnaissance » de l'organisme doit-elle émaner de l'Etat ou d'une acceptation sociale ? Il est difficile de répondre à cette question de manière définitive, de sorte qu'une importante incertitude subsiste quant au champ d'application de l'Accord SPS.

Pour l'Accord OTC enfin, Le Code de pratique est :

*« ouvert à l'acceptation de **tout organisme à activité normative du ressort territorial d'un Membre de l'OMC**, qu'il s'agisse d'une institution du gouvernement central, d'une institution publique locale ou d'un **organisme non gouvernemental** ; de tout organisme à activité normative régional gouvernemental dont un ou plusieurs membres sont Membres de l'OMC ; et de tout **organisme à activité normative régional non***

gouvernemental dont un ou plusieurs membres sont situés sur le territoire d'un Membre de l'OMC »¹⁰⁰⁸.

Le terme « organisme à activité normative » n'est pas défini expressément par l'Accord OTC.

La première partie de cette disposition pose une double limitation à la prise en compte des normes privées : d'une part, il doit s'agir d'un « organisme » et celui-ci doit avoir une « activité normative » ; d'autre part cet organisme doit appartenir au ressort territorial d'un Membre de l'OMC¹⁰⁰⁹. Se pose donc la question de savoir si le Code permet d'appréhender *toutes* les normes privées, y compris celles issues d'acteurs dont le rôle principal n'est pas l'édiction de normes, telles que les entreprises¹⁰¹⁰.

On pourrait penser que l'expression « organisme à activité normative » au sens du Code de pratique vise uniquement les organismes dont la fonction principale est l'élaboration, l'adoption et l'application de normes (un organisme tel que l'ISO, sur le plan international). Les ONG à activité normative seraient alors les plus à même de tomber sous le champ d'application du Code. Peut-on également qualifier d'« organisme à activité normative » les entreprises, regroupements d'entreprises, associations de producteurs ou de distributeurs pour lesquels la normalisation est une activité secondaire et non principale ? Dans son sens courant, le terme « organisme » désigne un ensemble organisé dont les éléments poursuivent un but commun ce qui, *a priori*, recouvre l'entreprise en tant que structure économique poursuivant comme but la fourniture de biens (ou, le cas échéant, de services)¹⁰¹¹, mais la portée exacte du critère de l'activité normative reste à définir.

L'Annexe 1.8 définit uniquement la notion d'« organisme non gouvernemental ». Il s'agit de tout « *organisme autre qu'une institution du gouvernement central ou qu'une institution publique locale, y compris un organisme non gouvernemental légalement*

¹⁰⁰⁸ Annexe 3.C à l'Accord OTC. Nous soulignons.

¹⁰⁰⁹ Cette condition peut faire défaut pour les entreprises multinationales dont les normes sont applicables à l'ensemble du groupe, par delà les frontières de l'Etat sur le territoire duquel elles sont édictées.

¹⁰¹⁰ La seule « activité normative » qu'exercent les entreprises est l'édiction de règlements ou codes de conduite internes. De même, les associations de producteurs ou de distributeurs n'élaborent des normes que de manière occasionnelle.

¹⁰¹¹ Le Code de pratique semble avoir été rédigé à l'intention d'« organismes » de normalisation opérant à travers une structure plus ou moins organisée et dont le but n'est pas de s'assurer un avantage compétitif *personnel* (le cas échéant, l'intention serait plutôt de conférer un avantage aux entreprises *nationales*, même si cela n'est pas en général le cas pour les organismes de normalisation, si l'on excepte les associations de producteurs).

*habilité à faire respecter un règlement technique*¹⁰¹² ». Le critère de l'habilitation, par l'Etat, « à faire respecter un règlement technique » semble s'opposer à la prise en compte de la majorité des normes privées. En effet, la majorité des organismes qui les adoptent (entreprises, ONG, associations de producteurs ou de distributeurs) n'ont pas reçu le pouvoir de faire respecter un règlement technique. Cependant, l'expression « y compris » semble indiquer que le pouvoir de faire respecter un règlement technique n'est pas un élément obligatoire de la définition. De manière générale, la définition de l'Annexe 1.8 est-elle transposable au Code de pratique ? En l'absence de jurisprudence ou de clarification officielle, il est difficile de répondre à ces interrogations.

B. Organismes de contrôle de conformité

L'article 8 OTC concerne les « organismes non gouvernementaux [...] qui appliquent des procédures d'évaluation de la conformité ». Ici aussi, la définition est celle de l'Annexe 1.8, à savoir un « *organisme autre qu'une institution du gouvernement central ou qu'une institution publique locale, y compris un organisme non gouvernemental légalement habilité à faire respecter un règlement technique* ». Ainsi que nous l'avons montré plus haut, l'expression « y compris » indique que la définition n'est pas limitée aux organismes habilités, mais peut recouvrir tous les organismes privés.

Cependant, l'article 8 n'impose pas directement d'obligation aux entités privées. Lors des négociations de l'accord, cette question avait fait l'objet d'un important débat dans lequel plusieurs délégations avaient demandé la formulation d'une obligation directe dans un code séparé, à l'image de l'article 4¹⁰¹³. La CEE en particulier avait émis la proposition d'un « *Code de pratique à l'intention des organismes non gouvernementaux à activité normative* », dont le but était le renforcement des disciplines concernant spécifiquement les parties privées¹⁰¹⁴ :

¹⁰¹² L'expression « y compris » suggère que la définition ne se limite pas aux organismes ayant le pouvoir d'édicter des normes obligatoires ; les organismes édictant des normes privées volontaires n'en sont donc pas exclus. Cependant, aucune indication n'est donnée quant à la forme de l'organisme.

¹⁰¹³ R. MUÑOZ, « Article 8 TBT » in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR, (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, p. 299, n°5.

¹⁰¹⁴ « *In order to make the obligations already laid down in Articles 4, 6 and 8 of the Agreement more concrete, and to provide some yardstick by which the performance of both Parties and private bodies could be measured, Parties might be obliged to take all reasonable measures to persuade private bodies to adhere to a voluntary code of good practice. This Code (to be drafted by the Committee) might include existing obligations of transparency, non-discrimination, etc., imposed on such bodies under the Agreement, perhaps in a more detailed or practical form* ». MTN.GNG/NG8/W/8, litt. A. Nous soulignons.

*“The EEC proposes to amend these shortcomings by creating, in an annex to the Agreement, a code of good practice for non-governmental bodies. This code would spell out in practical and operational language **further-going substantive obligations for non-governmental bodies** than presently exist in the Agreement. Acceptance of the code by non-governmental bodies would be voluntary, under the proviso, however, that Parties must take all practicable measures to ensure acceptance of and adherence to the code by non-governmental standardization and certification bodies within their territory”¹⁰¹⁵.*

Le champ d’application de ce Code devait également recouvrir, outre l’élaboration, l’adoption et l’application des normes, *“aussi la détermination de la conformité et l’application des systèmes de certification”¹⁰¹⁶*. Cependant, dès la deuxième proposition modifiée de la CEE, toute référence aux procédures d’évaluation de la conformité avait disparu¹⁰¹⁷.

Il est intéressant de noter que l’article 8 exempté officiellement les Membres de faire respecter l’obligation de notifier les procédures projetées d’évaluation de la conformité. D’après R. MUÑOZ, il s’agit de la « faiblesse conceptuelle » de cet article, car imposer une obligation de notifier aux entités privées opérant en-dehors du champ de l’OMC serait selon lui le seul moyen de contrôler leur activité (tout en améliorant l’accès à l’information pour les pays en développement)¹⁰¹⁸. Une autre faiblesse de l’article 8 est le fait que dans le cadre d’un règlement des différends cet article devrait probablement être invoqué en conjonction avec d’autres manquements invoqués d’un Membre à ses obligations de comportement¹⁰¹⁹.

Section 2. L’exception : le Code de pratique de l’Accord OTC

Le seul essai de réglementation « directe » des activités privées se trouve dans le *Code de pratique pour l’élaboration, l’adoption et l’application des normes* annexé à l’Accord OTC (Annexe 3). Nous allons examiner si la nature et la portée de ses

¹⁰¹⁵ MTN.GNG/NG8/W/31, n°3, 8 juillet 1988.

¹⁰¹⁶ MTN.GNG/NG8/W/31, page 3.

¹⁰¹⁷ MTN.GNG/NG8/W/49, 28 juillet 1989.

¹⁰¹⁸ R. MUÑOZ, « Article 8 TBT » in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, op. cit., p. 301, n° 16-19.

¹⁰¹⁹ MUÑOZ (R.), op. cit. p. 302, n° 21.

dispositions sont à même de contrebalancer l'exclusion de principe des normes privées, en termes d'efficacité de la réglementation de leurs effets commerciaux.

Un examen de l'historique des négociations montre que l'idée d'un code annexé à l'Accord OTC est née d'une volonté de réglementer de manière plus efficace les conduites privées. C'est une proposition de la CEE du 15 septembre 1987 qui, la première, soulève l'idée d'un Code de pratique :

*“In order to make the obligations already laid down in Articles 4, 6 and 8 of the Agreement more concrete, and to provide some yardstick by which the performance of **both Parties and private bodies** could be measured, Parties might be obliged to take all reasonable measures **to persuade private bodies** to adhere to a voluntary code of good practice. This Code (to be drafted by the Committee) might include existing obligations of transparency, non-discrimination, etc., imposed on such bodies under the Agreement, perhaps in a more detailed or practical form”¹⁰²⁰.*

Dans une communication ultérieure, la CEE explique ce qui, selon elle, justifie l'élaboration de ce Code :

*“2. (c) The current provisions of the Agreement **have not succeeded in ensuring transparency of, access to, and some degree of influence on the activities of non-governmental standardization or certification bodies. Likewise, they have not resulted in Parties achieving results regarding non-governmental bodies as if those bodies were Parties;***

(d) This lack of success could be due to three factors:

(i) there may be insufficient incentives both for non-governmental bodies and Parties to fully abide by their substantive obligations;

(ii) those substantive obligations themselves may be insufficiently strict or elaborate;

*(iii) **the substantive obligations are those of Parties, but then applied to non-governmental bodies. They are not necessarily very practical, operational or even relevant for non-governmental bodies.***

¹⁰²⁰ MTN.GNG/NG8/W/8, litt. A. Nous soulignons.

3. *The EEC proposes to amend these shortcomings by creating, in an annex to the Agreement, a code of good practice for non-governmental bodies. This code would spell out in practical and operational language **further-going substantive obligations for non-governmental bodies than presently exist in the Agreement.** Acceptance of the code by non-governmental bodies would be voluntary, under the proviso, however, that Parties must take all practicable measures to ensure acceptance of and adherence to the code by non-governmental standardization and certification bodies within their territory [...]*¹⁰²¹”.

Ces explications montrent que la considération qui était à la base de la création du Code était la réglementation des activités privées, fondée sur la préoccupation de leurs effets restrictifs sur le commerce et, de manière remarquable, sur une très pertinente prédiction de l'évolution de la normalisation privée :

*“A world-wide shift appears to be occurring towards a greater use of standards (and technical regulations) drawn up by non-governmental bodies and a lesser use of technical regulations drawn up by central government bodies. This includes the EEC. In some Parties, this situation already existed*¹⁰²²”.

Le choix de la forme du « Code de pratique » annexé à l'Accord OTC résulte de la difficulté de rendre les Etats Membres directement responsables pour les conduites privées. Le choix d'un instrument accepté sur une base volontaire par les acteurs privés résulte de la difficulté d'imposer aux Etats des obligations concernant le contrôle des conduites privées :

“Both the EC proposal on local governments and the US proposal on regional bodies have tried to change "best effort" obligations for Parties into directly binding legal obligations for Parties, but have faced the problem that Parties cannot always, legally or factually, "ensure" the behaviour of local government bodies and regional bodies.

¹⁰²¹ MTN.GNG/NG8/W/31, 8 juillet 1988. Nous soulignons.

¹⁰²² MTN.GNG/NG8/W/31, 2(b).

*The EC now considers that a "code of good practice" approach would be the most realistic and logical way of dealing with important "best effort" level obligations such as those concerning the standardization, testing and certification activities of non-governmental bodies (whether on a local, national or regional level) and of local government bodies. The advantage of a code is that it directly addresses the actors concerned and stipulates a number of clear, practical and relevant principles of good practice for them to follow. Those principles themselves might, of course, differ depending on the type of body and nature of the activity concerned. Certain **key principles** would, however, be the use of and contribution to international standards, the avoidance of duplication of work, transparency in a body's activities through information, the right to make comments on a body's draft work, and the right to have consultations on complaints.¹⁰²³*

Concernant le champ d'application du Code, plusieurs passages des travaux préparatoires montrent qu'il devait à l'origine couvrir à la fois les activités de normalisation, les essais et les certifications (aujourd'hui regroupés sous le vocable « évaluation de conformité »).

Sur le plan des « disciplines » couvertes, la vocation du Code est surtout celle de promouvoir le respect des normes internationales et la transparence des normes (voir les '*key principles*' énumérés dans le document précité de la CE).

Sur le plan personnel, alors que le Code devait à l'origine concerner uniquement les acteurs privés, son champ d'application a été étendu par la suite à l'ensemble des normes volontaires, indépendamment de leur auteur¹⁰²⁴. On est ainsi passé d'une définition en fonction de *l'auteur* des normes à une définition en fonction de leur *nature*. Le Code de pratique actuel précise, dans son point B, qu'il est :

« ouvert à l'acceptation de tout organisme à activité normative du ressort territorial d'un Membre de l'OMC, qu'il s'agisse d'une institution du

¹⁰²³ MTN.GNG/NG8/W/49, 28 juillet 1989.

¹⁰²⁴ Le Code devient applicable « *aux institutions du gouvernement central, aux institutions publiques locales et aux organismes intergouvernementaux régionaux élaborant des normes, ainsi qu'aux organismes non gouvernementaux déjà visés dans sa précédente proposition* ». OMC, « Historique des négociations sur le champ d'application de l'accord sur les obstacles techniques au commerce du point de vue des prescriptions en matière d'étiquetage, des normes dont le respect est volontaire et des procédés et méthodes de production ne se rapportant pas aux caractéristiques des produits », Note du Secrétariat, G/TBT/W/11, p. 24, n° 71. Voir également MTN.GNG/NG8/W/71, 20 février 1990, n°1.

gouvernement central, d'une institution publique locale ou d'un organisme non gouvernemental; de tout organisme à activité normative régional gouvernemental dont un ou plusieurs membres sont Membres de l'OMC; et de tout organisme à activité normative régional non gouvernemental dont un ou plusieurs membres sont situés sur le territoire d'un Membre de l'OMC (dénommés collectivement ou individuellement dans le présent code "organismes à activité normative") ».

Il semblerait que l'extension de son champ d'application ait ôté au Code l'argument principal sur lequel il se fondait, à savoir accroître l'efficacité de la réglementation des normes privées. En traitant à la fois de normes privées et de normes issues d'organismes gouvernementaux locaux, il ne vise plus un phénomène spécifique mais la régulation d'un ensemble de normes extrêmement hétérogène – au détriment de son efficacité, comme nous le verrons dans les développements qui suivent.

Le Code de pratique précise que les définitions de l'Annexe 1 à l'Accord OTC restent applicables (point A). Cette disposition crée une continuité entre la réglementation des normes et des règlements techniques¹⁰²⁵. La définition des organismes non gouvernementaux donnée par l'Annexe 1.8 reste donc applicable (et l'ambiguïté quant à l'habilitation à faire respecter un règlement technique persiste).

Les avantages du caractère volontaire de l'acceptation du Code et de la soumission aux obligations qu'il pose ont été décrits de la manière suivant :

“While adherence to a code would be voluntary, a stimulus would exist in the prestige attached to adherence. A code would also be self-reinforcing, by denying certain benefits to non-parties. It would be self-policing, by granting other parties the right to comment and lodge complaints. On a central government level, Parties would be obliged to take such reasonable measures as may be available to them to ensure that bodies accept and comply with a code, while a mechanism would be created under the Agreement to monitor the degree to which Parties have succeeded in achieving effective participation and compliance¹⁰²⁶”.

¹⁰²⁵ R. MUÑOZ, *op. cit.*, p. 247, n°4.

¹⁰²⁶ MTN.GNG/NG8/W/49, 28 juillet 1989.

On peut cependant se demander si le critère de l'incitation (*'stimulus'*) par le prestige n'a pas été surévalué. En effet, si l'on regarde la liste des organismes ayant accepté le Code de pratique à ce jour on constate qu'il s'agit en majorité d'organismes nationaux de normalisation¹⁰²⁷. Très peu d'entreprises privées ont accepté de se soumettre aux obligations du Code. Il semblerait dès lors qu'aujourd'hui le rapport se soit inversé par rapport aux préoccupations qui ont donnée naissance au Code. Pour certains, le Code est aujourd'hui plus adapté à la réglementation des activités des organismes nationaux de normalisation qu'à celle des activités privées.

Le Code de pratique contient des obligations substantielles qui ressemblent, voire reprennent celles de l'Accord OTC (§ 1). Sa principale originalité réside dans son aspect procédural, qui met en place un mécanisme destiné à garantir la transparence dans l'élaboration des normes (§ 2).

§ 1. Obligations substantielles

A. Non-discrimination

Les obligations de traitement national et traitement de la nation la plus favorisée imposées par le Code (Annexe 3.D) sont identiques à celles que l'article 2.1 OTC prévoit pour les règlements techniques¹⁰²⁸.

Le Code de pratique prévoit également une interdiction de créer des obstacles non nécessaires au commerce (Annexe 3.E) :

« L'organisme à activité normative fera en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des normes n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international ».

A la différence de l'article 2.2 OTC, le Code de pratique ne précise pas que les normes ne doivent pas être plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime¹⁰²⁹. L'absence de cette disposition, qui introduit

¹⁰²⁷ ISO, "Standardizing Bodies Having Notified Acceptance of the WTO TBT Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards. As of 13 September 2010", http://www.standardsinfo.net/info/docs_wto/TbtList_13.09.2010.pdf.

¹⁰²⁸ M. KOEBELE, G. LAFORTUNE, "Article 4 and Annex 3 TBT" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR, (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, p. 249, n° 8.

¹⁰²⁹ Voir article 2.2, 2^e phrase (nous soulignons) :

« Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime,

dans l'examen de légalité une mise en balance entre le but légitime de la mesure et ses effets sur le commerce peut être interprétée de deux manières.

D'une part, on peut considérer que cette omission témoigne d'une certaine flexibilité laissée aux organismes concernés dans l'élaboration et l'adoption des normes, sans pour autant modifier de manière significative l'appréciation d'un obstacle non nécessaire au commerce¹⁰³⁰.

D'autre part, la raison de cette omission pourrait résider dans l'impact social moindre qu'entraînerait la non-réalisation des objectifs visés par les normes. En effet, l'article 2.2 précise pour les normes techniques que « *les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait* ». D'après la liste (non exhaustive) de l'article 2.2, ces risques concernent la « *sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement* ». Or, tous ces objectifs étaient considérés jusqu'à une période récente comme étant du ressort exclusif de l'autorité étatique, donc des règlements techniques obligatoires. Les normes visées par le Code de pratique en revanche sont *volontaires*. Elles vont souvent au-delà des exigences de sécurité posées par les règlements qui garantissent un seuil minimum de protection ; les conséquences d'une non réalisation pour la société seraient donc moins graves, les risques moins importants.

On peut objecter à ce raisonnement que dans certains Etats, les normes volontaires remplacent ou complètent une réglementation étatique défailante. Dans ce cas, le risque entraîné par la non réalisation aurait les mêmes conséquences sociales que pour les règlements techniques. Pour nous, la véritable raison de l'omission d'une mention et d'une énumération des objectifs légitimes réside dans le fait qu'à l'époque de la rédaction du Code de pratique, les normes privées étaient surtout de nature technique. La prolifération des normes à contenu éthique, social ou environnemental

compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits ».

¹⁰³⁰ M. KOEBELE, G. LAFORTUNE, *op. cit.*, p. 249, n°9.

n'avait pas encore eu lieu et n'a donc pas pu être prise en compte par les négociateurs.

Faut-il, aujourd'hui, prendre en compte l'objectif de la mesure lorsque l'on recherche l'existence d'une restriction au commerce non nécessaire et, de ce fait, prendre en compte dans la mise en balance les « *données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits* » ? En d'autres termes, faut-il retirer au critère de l'effet négatif sur le commerce son statut de critère unique ? Nous pensons que cette extension, par analogie avec l'article 2.2 OTC est nécessaire compte tenu de l'évolution du contenu des normes privées - et surtout, assez paradoxalement, de celles qui sont le plus susceptibles de donner lieu à un différend au sein de l'OMC. Contrairement à KOEBELE et LAFORTUNE, nous pensons que c'est en prenant en compte l'objectif de la mesure que l'on introduit plus de flexibilité dans l'appréciation de la légalité des normes privées et, plus généralement, des normes volontaires.

Par ailleurs, le Code de pratique ne contient pas d'équivalent à la présomption réfutable de légalité qui s'attache aux règlements techniques conformes aux normes internationales pertinentes (art. 2.5 OTC), ni à l'obligation de ne pas maintenir le règlement « *si les circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister ou ont changé de telle sorte qu'il est possible d'y répondre d'une manière moins restrictive pour le commerce* »¹⁰³¹.

B. Harmonisation

Plusieurs dispositions du Code de pratique sont relatives à l'harmonisation des normes.

1. Recours aux normes internationales

Tout d'abord, il est précisé que l'harmonisation doit se faire sur la base de normes internationales (Annexe 3.F). Cette disposition est similaire à l'article 2.4 OTC qui établit que les règlements techniques doivent être élaborés sur la base des normes internationales « pertinentes ».

¹⁰³¹ *Ibid*, p. 249 s., n° 11-12.

Les normes internationales ne doivent cependant pas être utilisées comme base si elles sont « inefficaces ou inappropriées¹⁰³² ». Les normes internationales peuvent être inefficaces « *en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux* ». Cette expression fait référence à des facteurs naturels ou technologiques qui peuvent entraîner des différences dans les conditions de production en fonction des pays. A la différence de l'article 2.3 OTC, l'Annexe 3.F précise qu'une norme internationale est également inefficace ou inappropriée si elle établit « un niveau de protection insuffisant ».

Une autre question relative à l'Annexe 3.F est de savoir si son champ d'application est limité aux normes qui seront élaborées, à l'exclusion des normes déjà adoptées¹⁰³³ au moment de l'adoption du Code. Pour KOEBELE et LAFORTUNE, alors même que le langage de l'Annexe 3.F incite à appliquer cette distinction, il n'existe aucune raison substantielle d'établir ici un traitement différent que celui réservé aux règlements techniques¹⁰³⁴.

2. Participation aux activités normatives des organismes internationaux

L'Annexe 3.G prévoit la participation des organismes à activité normative à l'élaboration des normes internationales.

« En vue d'harmoniser le plus largement possible les normes, l'organisme à activité normative participera pleinement et de manière appropriée, dans les limites de ses ressources, à l'élaboration, par les organismes internationaux à activité normative compétents, de normes internationales concernant la matière pour laquelle il a adopté, ou prévoit d'adopter, des

¹⁰³² L'article 2.4 précise « pour atteindre des objectifs légitimes ». Cette précision est omise dans le Code de pratique, de la même manière qu'elle est omise pour l'évaluation des effets restrictifs des normes (Annexe 3.E, voir *supra*).

¹⁰³³ L'Annexe 3.F est rédigé de la manière suivante (nous soulignons) :

« Dans les cas où des normes internationales existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, l'organisme à activité normative utilisera ces normes ou leurs éléments pertinents **comme base des normes qu'il élabore**, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seront inefficaces ou inappropriés, par exemple en raison d'un niveau de protection insuffisant, de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux ».

¹⁰³⁴ Pour ces derniers, l'organe d'appel avait décidé dans l'affaire *Sardines* que l'applicabilité de l'accord OTC aux mesures adoptées antérieurement à son entrée en vigueur découlait de l'absence de disposition explicite contraire. Voir WT/DS231/AB/R, § 208, « *En outre, comme l'article 5:1 et 5:5 de l'Accord SPS, l'article 2.4 est une "disposition centrale" de l'Accord OTC, et on ne peut donc pas simplement supposer qu'une telle disposition centrale ne s'applique pas aux mesures existantes* ».

La question litigieuse dans cette affaire n'était pas de savoir si l'accord est applicable aux règlements adoptés antérieurement à 1995, mais celle de savoir si un règlement préexistant doit être réévalué afin d'être mis en conformité avec les normes internationales (ce que contestait la CE, § 201).

normes. La participation des organismes à activité normative du ressort territorial d'un Membre à une activité normative internationale particulière aura lieu, chaque fois que cela sera possible, par l'intermédiaire d'une délégation représentant tous les organismes à activité normative du territoire qui ont adopté, ou prévoient d'adopter, des normes concernant la matière visée par l'activité normative internationale ».

En plus de l'harmonisation du contenu des normes internationales, cette disposition permet une plus grande représentativité des organismes internationaux et, partant, une légitimité plus grande des normes qu'ils élaborent. Cependant, la participation est limitée aux « ressources » dont dispose chaque organisme, ce qui dans les faits garantit uniquement la participation des organismes qui ont suffisamment de moyens humains et financiers.

La seconde phrase de l'Annexe 3.G a pour but la coordination de la participation des divers organismes d'un même Etat membre, pour le cas où plusieurs organismes d'un Etat auraient accepté le Code de pratique. Cette disposition ne trouve pas d'équivalent à l'article 2.6 qui vise les Membres, car le danger d'une participation non coordonnée est ici inexistant.

3. Absence de duplication

Enfin, les organismes ayant accepté le Code sont invités à éviter toute duplication ou tout chevauchement des normes qu'ils élaborent avec les normes d'autres organismes nationaux, régionaux et internationaux (Annexe 3.H). Pour cela, les organismes nationaux doivent s'efforcer d'arriver à un consensus au niveau national et les organismes régionaux doivent tenir compte des travaux des organismes internationaux.

Le but de cette disposition est de canaliser les différents niveaux de normalisation et d'éviter la prolifération de normes au contenu identique aux différents niveaux. Cependant, les organismes sont uniquement tenus de « faire tous leurs efforts » ; autrement dit, ils sont tenus à une obligation de moyens, non de résultat.

Par ailleurs, il nous semble que cette disposition est plus adaptée aux organismes gouvernementaux qu'aux organismes privés, du moins en ce qui concerne l'action

coordonnée au niveau national. S'il est vrai que les organismes ou entreprises privées peuvent s'informer des normes internationales existantes au moment de l'élaboration, il est plus difficile pour eux d'agir de manière coordonnée avec les autres organismes du territoire ; cette coopération peut s'avérer d'autant plus difficile que les organismes nationaux comptent à la fois des organismes publics et privés. Pour nous, cette disposition illustre les ambiguïtés que peut créer la réglementation commune des normes volontaires publiques et privées. La participation des organismes privés à la normalisation internationale, ainsi que la coordination avec les organismes gouvernementaux locaux devrait s'avérer difficile à mettre en œuvre dans les faits.

C. Préférence pour les propriétés d'emploi

L'Annexe 3.I incite les organismes à définir leurs normes en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt qu'en fonction de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives. Il s'agit d'une distinction entre prescriptions de résultat qui concernent le produit final (ou sa « performance », comme le souligne le vocable anglo-saxon) et prescriptions de moyens qui sont relatives au processus d'élaboration. Ces dernières sont plus restrictives pour le commerce, car elles ne prescrivent pas uniquement quelles propriétés doit avoir le produit fini, mais aussi le moyen de les obtenir. A. SYKES cite l'exemple d'une porte coupe-feu : la première catégorie de mesures exigerait une résistance au feu de 30 minutes, alors que la deuxième approche prescrirait quels matériaux doivent être utilisés pour la fabrication¹⁰³⁵.

§ 2. Obligations procédurales

Les obligations procédurales que met en place le Code de pratique ont pour but de rendre plus transparent le processus de normalisation et de faciliter ainsi l'accès des Membres à l'information sur les normes en préparation ou adoptées.

A. Transparence et fonctionnement des organismes de normalisation

Une première série de dispositions vise à l'instauration d'une certaine transparence dans le fonctionnement des organismes normalisateurs. Ainsi l'Annexe E.J prévoit que les organismes ayant accepté le Code de pratique devront faire paraître « au

¹⁰³⁵ A.O. SYKES, *Product Standards for Internationally Integrated Goods Markets*, 1995, p. 3, cité par M. KOEBELE et G. LAFORTUNE, "Article 4 and Annex 3 TBT" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR, (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, p. 251, n° 16, Note 27.

moins tous les six mois » un programme de travail énumérant les normes qu'il est en train d'élaborer¹⁰³⁶ et celles qu'il a adoptées dans la période de travail. Celui-ci devra contenir toutes les informations relatives aux normes, à savoir : « *conformément aux règles de l'ISONET, la classification pertinente de la matière visée, le stade d'élaboration de la norme et les références des normes internationales éventuellement utilisées comme base de cette norme* ».

Ce programme de travail doit être rendu public de plusieurs manières. Tout d'abord, un avis annonçant son existence doit être publié dans une publication nationale ou régionale. Ensuite son existence doit être notifiée au Centre d'information ISO/CEI à Genève « au plus tard lors de [sa] publication ». Cette notification peut être directe ou « de préférence » avoir lieu par l'intermédiaire de l'organisme national compétent membre de l'ISONET ou de l'organisme international compétent affilié à ISONET. Enfin, la notification doit indiquer le nom et l'adresse de l'organisme, le nom et numéro de la publication dans lequel le programme de travail est publié, la période à laquelle il s'applique, comment et où la publication peut être obtenue et, le cas échéant, son prix.

Deux éléments-clés de la transparence, tous deux extérieurs à l'OMC, sont introduits ici. Ils témoignent d'un rapport privilégié entre l'OMC et l'Organisation internationale de standardisation (*International Organization for standardization, ISO*)¹⁰³⁷. D'une part, le Centre d'information ISO/CEI est chargé de « centraliser » les informations relatives aux normes publiées ou en cours d'élaboration¹⁰³⁸. D'autre part, l'ISONET auquel les organismes à activité normative sont invités à adhérer permet de faciliter l'accès à l'information sur les normes nationales et internationales. L'Annexe E.4 incite en effet les organismes à activité normative à « *faire tous [leurs] efforts* » pour devenir membre de l'ISONET ou pour désigner un autre organisme pour en devenir membre, « *ainsi que pour obtenir le statut le plus élevé pour lui ou pour cet autre organisme* ». L'ISONET (*'ISO Information Network'*) est un système

¹⁰³⁶ L'Annexe 3.J précise qu'une norme « *est en cours d'élaboration depuis le moment où la décision est prise de la mettre au point jusqu'à celui où elle est adoptée* ».

¹⁰³⁷ Sur le site du Centre d'information ISO/CEI, on peut lire que l'OMC et l'ISO ont conclu un « *partenariat stratégique* » dans le but « *d'apporter le soutien technique permettant la croissance du marché mondial* ». Voir le site <http://www.standardsinfo.net/info/fr/intrade.html> (25.02.2011).

¹⁰³⁸ Le Centre d'information ISO/CEI a été établi conjointement par ces deux organisations et a pour objectif l'information des personnes concernées sur la normalisation et les normes. Il publie chaque année une liste des organismes ayant accepté le Code de pratique. Pour 2010, voir http://www.standardsinfo.net/info/docs_wto/TbtList_13.09.2010.pdf.

d'information décentralisé mis en place par l'ISO dans le but de coordonner l'échange d'information sur les normes au niveau national et international, en créant un lien entre les centres d'information des membres d'ISONET et le Secrétariat central de l'ISO¹⁰³⁹. Il est fondé sur le principe que dans chaque pays existe un organisme de normalisation (en général le membre national, voir *infra*) qui possède une connaissance étendue des activités de normalisation et de réglementation et qui serait ainsi à même de partager ses connaissances avec les autres membres. Juridiquement, ISONET est un accord entre organismes de normalisation ayant décidé de faciliter l'accès à l'information sur les normes. Les parties à l'accord ont le statut de « membres » d'ISONET et se subdivisent en trois catégories¹⁰⁴⁰ :

- Les « membres nationaux » sont généralement les organismes de normalisation membres de l'ISO, ou un organisme désigné par eux ;
- Les « membres associés » sont nommés par les membres nationaux parmi les organisations de leur pays, s'ils le considèrent utile à la poursuite des buts d'ISONET ;
- Les « membres internationaux » sont des organismes régionaux ou internationaux portant un intérêt à ISONET ; leur participation se fait par invitation du Secrétaire général de l'ISO. Le Centre d'information ISO/CEI est l'un de ces membres.

Concernant ses fonctions, ISONET est d'abord un réseau « documentaire » dont l'objectif est de collecter des données, de rassembler et de diffuser les informations relatives aux standards. Grâce aux progrès technologiques, ISONET devient de plus en plus informatisé et l'accès aux données se fait par internet, notamment à travers le site '*World Standards Services Network*' (WSSN)¹⁰⁴¹. ISONET est fondé sur l'utilisation de systèmes de classification et d'indexation communs, tels que le système ICS ('*International Classification of Standards*')¹⁰⁴².

ISONET est également un réseau de transmission des données ('*data-communication network*') à travers l'accès en ligne à des bases de données. En ce qui concerne la forme de la participation au réseau, une certaine flexibilité doit être conservée en raison de l'hétérogénéité des membres d'ISONET. Les Membres nationaux

¹⁰³⁹ Voir à ce sujet la publication de l'ISO « ISONET Guide », quatrième édition, 2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.wssn.net/WSSN/RefDocs/ISONET_Guide_2002.pdf.

¹⁰⁴⁰ <http://www.wssn.net/WSSN/RefDocs/isonetdir/index.html>

¹⁰⁴¹ www.wssn.net

¹⁰⁴² Les modalités techniques de l'échange d'information sont définies par le « Manuel ISONET » (2^e édition de 1998), <http://www.wssn.net/WSSN/RefDocs/man98f.pdf>.

d'ISONET (en principe un membre par pays) sont chargés de répondre à toute question sur les normes ou les systèmes d'évaluation de conformité posée par un particulier ou une organisation située sur son territoire : « Chaque centre national est responsable de l'information sur chacun de ses documents nationaux entrant dans le champ d'ISONET. Le Centre d'information de l'ISO/CEI à Genève a une fonction similaire pour les documents internationaux¹⁰⁴³ ».

B. Transparence et procédure de normalisation

Une seconde série de dispositions vise quant à elle la transparence de la procédure de normalisation.

L'Annexe 3.L indique ainsi qu'avant d'adopter une norme, les organismes à activité normative devront ménager une période de 60 jours durant laquelle les parties intéressées du ressort territorial d'un Etat Membre pourront présenter leurs observations au sujet du projet de norme. La durée de cette période devra être publiée dans la publication visée au paragraphe J, au plus tard lors de son ouverture ; cette notification devra indiquer, « dans la mesure où cela est réalisable », si le projet de norme s'écarte des normes internationales pertinentes. Cette disposition a pour double but d'informer les autres organismes des activités normatives en cours et de leur permettre de participer au processus en formulant des observations. Le paragraphe N du Code prévoit en effet que « *l'organisme à activité normative tiendra compte, dans la suite de l'élaboration de la norme, des observations reçues pendant la période prévue à cette fin* ». Toutefois, l'organisme n'est pas tenu de modifier le projet de norme en fonction des observations¹⁰⁴⁴. KOEBELE et LAFORTUNE considèrent pour cela que les deuxièmes et troisième phrases du point N adoptent une « approche procédurale » dont le but est d'empêcher les organisations à activité normative d'ignorer les observations qui leurs parviennent. Cela suppose cependant qu'une demande en ce sens soit faite par l'organisme qui est à l'origine de l'observation :

« Si demande en est faite, il sera répondu aussi rapidement que possible aux observations reçues par l'intermédiaire des organismes à activité normative qui ont accepté le présent code. La réponse comprendra une

¹⁰⁴³ Manuel ISONET, p. 4.

¹⁰⁴⁴ M. KOEBELE et G. LAFORTUNE, « Article 4 and Annex 3 TBT », *op. cit.*, n° 22, p. 253.

explication des raisons pour lesquelles il est nécessaire de s'écarter des normes internationales pertinentes ».

Cette disposition se rapproche par son but de celles relatives à l'harmonisation (voir *supra*), dans la mesure où elle demande une justification pour la déviation des normes internationales pertinentes. Toutefois, il n'est pas sûr qu'elle ait un impact important sur les normes privées, dans la mesure où celles-ci ne font pas ou rarement partie des organismes visés par le Code. On peut cependant noter que s'ils ne peuvent pas faire l'objet d'une demande, les organismes privés peuvent faire partie des « parties intéressées » que le paragraphe L autorise à formuler des observations. Cette disposition peut en particulier être intéressante pour les entreprises ou ONG des pays en développement qui pourront ainsi faire valoir leurs intérêts.

Le paragraphe L précise que la période de 60 jours pourra être écourtée en cas de problèmes urgents de sécurité, de santé ou de protection de l'environnement. Cette disposition montre que les objectifs légitimes des normes ainsi que les risques qu'entraînerait leur non-réalisation sont pris en compte par le Code.

Enfin, le paragraphe O pose qu'une fois adoptée, la norme doit être publiée « *dans les moindres délais* ».

C. Information

En plus de la transparence du processus, le Code de pratique contient des dispositions dont le but est de faciliter l'accès à l'information sur les normes par « *toute partie intéressée du ressort territorial d'un Membre de l'OMC* ». Le paragraphe M est rédigé comme suit :

« A la demande de toute partie intéressée du ressort territorial d'un Membre de l'OMC, l'organisme à activité normative lui fournira dans les moindres délais, ou prendra des dispositions pour lui fournir dans les moindres délais, le texte d'un projet de norme qu'il aura soumis pour observations. Toute redevance perçue pour ce service, abstraction faite des frais réels d'expédition, sera la même pour les parties étrangères et pour les parties nationales ».

Le paragraphe P contient la même formulation pour les copies du programme de travail de l'organisme d'une part, pour le texte d'une norme qu'il a élaborée d'autre part. Dans les deux cas, est interdite toute forme de discrimination en ce qui concerne

les frais de la fourniture d'information. Pour certains, cette disposition correspondrait à une obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée¹⁰⁴⁵. Comme pour l'article L, il serait intéressant de préciser ce que recouvre le terme « toute partie intéressée », notamment s'il comprend également les particuliers et les entreprises nationales.

D. Coopération

L'Annexe E.Q, enfin, vise à instaurer une certaine coopération entre les organismes ayant accepté le Code de pratique au sujet du fonctionnement de ce dernier. Dans une formulation quelque peu obscure, il est demandé aux organismes de normalisation d'« *[examiner] avec compréhension les représentations au sujet du fonctionnement du présent code qui émaneront d'organismes à activité normative ayant accepté le présent code* » et de « *[ménager] des possibilités adéquates de consultation* ».

Enfin, l'organisme « *fera un effort pour donner suite à toute plainte* ». Cet article ne précise pas si la consultation voire la plainte doit résulter d'un processus formalisé ou si, au contraire, il peut s'agir d'initiatives informelles des organismes. Le terme « représentations », en particulier, est vague et ne permet pas de déterminer sous quelle forme les plaintes doivent être formulées ; il sous-entend par ailleurs que les consultations peuvent porter sur un grand nombre de sujets. Dans tous les cas, l'organisme à activité normative n'est tenu que par une obligation de moyens en ce qui concerne l'aménagement de consultations et les suites à donner à la plainte.

En conclusion, il est nécessaire de constater que les obligations du Code de pratique sont assorties de deux limites pratiques qu'il est important de prendre en compte dans l'évaluation de l'efficacité de la réglementation.

D'une part, parmi les organismes ayant accepté le Code, très peu sont des organismes privés. En septembre 2010, 172 organismes de 132 pays, territoires douaniers ou ensembles régionaux avaient accepté le Code de pratique¹⁰⁴⁶ contre 160 de 116 pays en février 2008¹⁰⁴⁷. Ainsi que le constatait en 2006 D. GASCOINE :

¹⁰⁴⁵ M. KOEBELE et G. LAFORTUNE, *op. cit.*, n°21 et 24, p. 252-253.

¹⁰⁴⁶ ISO, "Standardizing Bodies Having Notified Acceptance of the WTO TBT Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards", 13 septembre 2010, http://www.standardsinfo.net/info/docs_wto/TbtList_13.09.2010.pdf.

¹⁰⁴⁷ Chiffre cité par D. PREVOST, "Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities", *SAYIL*, Vol. 33, 2008, p. 28, note de bas de page n° 92. Voir aussi D. GASCOINE *et al.*, "Private Voluntary Standards Within the WTO Multilateral Framework", *op. cit.*, p. 22 (113 nationalités représentées en 2006).

“The majority of the bodies on the list are central government standards agencies, and most of the rest are broad-based national standards bodies whose activities are not confined to a single sector of industry. A few industry-specific bodies are listed, for example in Australia, Japan and Korea, and these are mainly concerned with electrical, electronic and telecommunications standards. No non-governmental standard-setting bodies concerned with sanitary or phytosanitary standards, or with food standards specifically, were included in the January 2006 list¹⁰⁴⁸”.

En 2008, D. PREVOST écrivait:

“This was still the case in February 2008, when 160 standardising bodies from 116 members had notified acceptance of the CGP, including 84 central governmental standardising bodies, 65 non-governmental standardizing bodies, three statutory bodies, two parastatal bodies, three non-governmental regional bodies, one central governmental/non-governmental body, one central governmental/local governmental body and one autonomous body¹⁰⁴⁹”.

Il ressort de ces observations que si les organismes non gouvernementaux sont assez bien représentés en 2008, il s’agit pour la plupart d’organismes de normalisation. La part des acteurs économiques y reste dérisoire.

La seconde limite est liée au règlement des différends ; elle fait que les conséquences juridiques de l’acceptation du Code de pratique par les organismes privés sont indirectes¹⁰⁵⁰. En effet, le Code ne prévoit aucun moyen d’initier une procédure de règlement des différends à l’encontre des organismes qui ne respectent pas les obligations du Code ; les Membres ne sont responsables, eux, que du respect de leur obligation de « prendre toutes les mesures raisonnables en leur pouvoir » pour faire en sorte que les organismes non gouvernementaux de leur ressort territorial respectent le Code de pratique (Article 4 OTC, 2^e phrase)¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁸ D. GASCOINE (D.) *et al.*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁴⁹ Chiffre cité par D. PREVOST, “Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities”, *SAYIL*, Vol. 33, 2008, p. 28, note de bas de page n° 92.

¹⁰⁵⁰ D. GASCOINE *et al.*, *op. cit.*, Annexe 5, p. 95.

¹⁰⁵¹ Voir aussi D. PREVOST, “Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities”, *SAYIL*, Vol. 33, 2008, p. 27.

Conclusion du chapitre

Afin de remédier aux lacunes de la réglementation des normes privées, et surtout afin d'étendre le champ d'application de celles-ci au-delà de l'Accord OTC, certains ont proposé l'extension de l'application du Code de pratique aux mesures SPS, ou la négociation d'un code similaire dans le cadre de l'Accord SPS.

Modification du contenu des accords

Il a été proposé d'étendre à l'Accord SPS l'idée de la réglementation des activités privées dans un *Code de pratique* annexé à l'accord principal. La négociation d'un Code de pratique visant spécifiquement les mesures privées relatives à des questions sanitaires et phytosanitaires aurait l'avantage d'adapter la réglementation à cette situation particulière, d'étendre le code à l'évaluation de conformité et de donner plus de poids aux préoccupations mises en avant par les pays en développement ; il ne devrait pas, en revanche, poser de conditions inadaptées à la condition et au mode opératoire des acteurs privés¹⁰⁵².

Pour concrétiser cette proposition, un amendement de l'Accord SPS devrait être décidé conformément à l'article X de l'Accord instituant l'OMC, selon une procédure assez contraignante : tout Membre de l'OMC peut prendre l'initiative de proposer un amendement, mais la Conférence ministérielle doit ensuite décider *par consensus* de présenter la proposition d'amendement aux Membres pour acceptation¹⁰⁵³. Si tous les Membres n'acceptent pas la proposition, l'amendement prendra effet « à l'égard des Membres qui les auront acceptés dès qu'ils auront été acceptés par les deux tiers des Membres et, ensuite, à l'égard de tout autre Membre, dès que celui-ci les aura acceptés ». Etant données les importantes différences de vues des Membres sur la question des normes privées et la pression des groupes de lobbying sur les gouvernements, l'adoption d'un tel amendement semble très improbable.

Une solution alternative serait l'adoption par le Comité SPS de lignes directrices clarifiant les rapports entre les normes privées et l'Accord SPS, en fonction des compétences que lui attribue l'article 12.1 SPS. Ces lignes directrices devraient être

¹⁰⁵² Telles que l'absence de transparence et de consultation, les coûts résultant de l'évaluation de conformité et la reconnaissance insuffisante de l'équivalence des mesures ou procédures d'évaluation. Voir D. PREVOST, "Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities", *op. cit.*, p. 28-29.

¹⁰⁵³ En l'absence de consensus, cette décision peut se prendre à une majorité des deux tiers des Membres.

prises en compte par l'ORD en cas d'interprétation de l'accord dans le cadre d'un différend. Cependant, cette décision devrait elle aussi être prise par consensus et se heurterait par conséquent aux mêmes difficultés que l'amendement de l'accord. Par ailleurs, le Comité SPS n'a pas la compétence d'adopter des modifications contraignantes de l'accord ; le respect des lignes directrices serait par conséquent de nature volontaire¹⁰⁵⁴.

En l'absence de consensus, une troisième option serait l'adoption d'une interprétation commune par un groupe d'Etats membres partageant la même vision de la réglementation des normes privées¹⁰⁵⁵. Mais ici aussi l'interprétation serait privée d'autorité réglementaire, et son poids aux yeux de l'OMC serait moindre car elle ne repose pas sur une opinion concordante de l'ensemble des Membres.

Proposition alternative

Dans l'impossibilité de modifier le contenu des accords, il a été proposé d'étendre le champ d'application de l'Accord OTC (et partant du Code de pratique) aux mesures privées ayant un objet sanitaire ou phytosanitaire¹⁰⁵⁶. Le raisonnement est le suivant : les mesures SPS sont en principe exclues du champ de l'application de l'Accord OTC, en vertu du principe de subsidiarité. Or, pour de nombreux auteurs, les normes privées ne tombent pas sous la définition des « mesures SPS » telles que définies par l'Annexe A SPS ; elles peuvent donc être couvertes par l'Accord OTC dont le champ d'application s'étend à toutes les normes et à tous les règlements techniques qui ne sont pas des « mesures SPS ».

Cette interprétation élargie permettrait de soumettre au Code de pratique des organismes privés dont le domaine d'action est la sécurité alimentaire des aliments, et de soumettre à l'article 8 OTC l'évaluation de la conformité par une tierce partie ; en imposant aux organismes privés certaines contraintes procédurales, notamment en

¹⁰⁵⁴ D. PREVOST, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁵⁵ D. GASCOINE *et al.*, "Private Voluntary Standards Within the WTO Multilateral Framework", *op. cit.*, p. 7. L'auteur cite comme précédents le "Code de la normalisation" du Cycle de Tokyo et les quatre accords plurilatéraux négociés sous le Cycle de l'Uruguay.

¹⁰⁵⁶ D. PREVOST, *op. cit.*, p. 27; GASCOINE *et al.*, *op. cit.*, p. 7.

matière de transparence, elle permettrait de diminuer les effets négatifs des normes privées sur le commerce¹⁰⁵⁷.

Cependant, de l'aveu même de l'auteur de cette proposition, les Membres de l'OMC ne semblent pas prêts à reconnaître cette extension du champ d'application de l'Accord OTC :

“ [...] it appears that WTO members do not regard private SPS standards as falling under the TBT Agreement's disciplines for standards, and in particular the CGP. Of all the non-governmental entities that have notified their acceptance of the CGP, none are active in the area of SPS standards. Further, when members were asked by Chair of the TBT Committee if they wished to discuss the issue of private SPS standards under the TBT Agreement, they did not indicate any interest in doing so. In the view of the Chair, this was due to the fact that the SPS element of private standards schemes was perceived by members as more problematic than other elements. It appears that particular disciplines, differing from those of the TBT Agreement, are regarded as necessary by members to address private SPS standards¹⁰⁵⁸”.

Une interprétation jurisprudentielle allant dans ce sens semble donc improbable. Par ailleurs, sur le plan substantiel, même si l'Accord OTC était appliqué aux mesures SPS privées cela ne permettrait pas de les empêcher d'imposer, *de facto*, des normes plus strictes que celles de la réglementation étatique sans apporter de justification scientifique¹⁰⁵⁹. Or comme le fait remarquer D. PREVOST, il serait difficile de concilier une intervention étatique dans ce domaine avec la liberté du marché, les normes privées pouvant constituer une réponse légitime aux demandes des consommateurs, ou bien un moyen de répondre à l'attribution aux distributeurs de la responsabilité pour la sécurité sanitaire par les autorités étatiques¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 30. Cependant, il est difficile de dire dans quelle mesure les dispositions procédurales réduisent les effets négatifs sur le commerce. Voir GASCOINE, “Private Voluntary Standards Within the WTO Multilateral Framework” § 44 qui estime que ces mesures « ne font pas une grande différence ».

¹⁰⁵⁸ D. PREVOST, “Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, 30.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 30-31.

Bilan

Le questionnement sur l'existence et les modalités d'une responsabilité privée fait apparaître l'inadaptation du système OMC à la prise en compte des normes privées. En effet, le seul accord prenant expressément en compte les normes privées est fondé sur une différenciation en fonction de la nature de la *norme* (contraignante ou volontaire) et non en fonction de la nature de *l'organisme* qui l'a adoptée (publique ou privée). Or la catégorie des normes volontaires recouvre aussi bien des normes d'origine étatique que des normes d'origine privée. Ce régime est plus adapté aux normes volontaires étatiques ainsi qu'aux normes des organismes de normalisation pour lesquels il existe un lien avec l'Etat. Les acteurs qui aujourd'hui jouent le rôle principal dans la prolifération des normes privées (entreprises, ONG et associations nationales de producteurs ou de distributeurs) ne sont pas pris en compte par ce schéma. Il est certes possible, au prix d'interprétations sans doute assez peu réalistes, de les inclure dans le champ des accords, et en particulier dans celui du Code de pratique annexé à l'Accord OTC, mais ce sont alors les dispositions substantielles qui s'avèrent inadaptées. Une clarification jurisprudentielle est de ce fait essentielle.

Le régime des normes privées est par conséquent victime de sa fragmentation, à la fois au niveau substantiel (distinction entre mesures SPS et mesures OTC) et au niveau formel (distinction entre normes volontaires et normes étatiques). Or pour les petits producteurs, et ceux issus des pays en développement, l'impact des normes privées est le même selon que celles-ci visent la sécurité des aliments ou les caractéristiques techniques d'un produit. L'emprise de l'OMC sur les normes privées est pour l'instant insuffisante pour permettre de résoudre les problèmes qu'elles posent par la seule responsabilité privée. Afin de combler cette lacune, le recours à la responsabilité étatique s'avère nécessaire.

Chapitre 2. Responsabilité étatique

Le Groupe spécial *Japon - Pellicules* avait reconnu l'existence du « *risque qu'un Membre puisse se soustraire à ses obligations contractées dans le cadre de l'OMC en déléguant un pouvoir quasi gouvernemental à des organismes privés* »¹⁰⁶¹ » (au sujet des entreprises d'Etat). Afin de remédier à cette situation, on peut avoir recours à deux mécanismes juridiques : soit invoquer l'imputabilité de la norme privée à un Etat si l'implication de celui-ci est suffisante, soit recourir aux obligations directes imposées par les Accords OMC à ses Membres concernant la réglementation de la conduite des organismes non gouvernementaux.

L'attribution est le processus par lequel la responsabilité internationale d'un Etat est reconnue pour une norme ou un acte dont il n'est pas directement l'auteur ; elle suppose une implication étatique suffisante dans l'élaboration et/ou l'application de la mesure en cause. La définition de ce degré d'implication constitue la principale difficulté de l'attribution : à partir de quand la participation de l'Etat est-elle suffisante ? En droit de l'OMC comme en droit international général ce seuil n'est pas clairement défini. Nous examinerons les critères à prendre en compte pour l'attribution des normes privées aux Etats membres de l'OMC. Si celle-ci peut être établie, la réglementation des normes privées par le droit de l'OMC est directe car l'acte privé attribué à l'Etat est directement soumis à l'obligation du droit OMC (section 1).

L'attribution (ou la non-attribution) conditionne la portée des obligations des Etats membres : directement responsables des conséquences des actes privés en cas d'attribution, ils ne sont pas pour autant exemptés de toute obligation si l'attribution est refusée, c'est-à-dire si le lien avec la mesure n'est pas assez important pour justifier l'attribution. La réglementation des normes privées par le droit de l'OMC est alors indirecte car l'obligation (l'effet de l'obligation) n'atteint la mesure privée qu'à travers le comportement de l'Etat (section 2).

¹⁰⁶¹ Citation extraite de *Corée-Bœuf*, Rapport du Groupe spécial, DS/161/R, 2000, §135.

Section 1. Réglementation directe : les limites de l'attribution

La participation d'un Etat à l'élaboration, à l'adoption ou à l'application d'une mesure privée peut prendre différentes formes et recouvrir divers degrés d'implication : incitation (promesse d'avantages), délégation de pouvoirs, participation financière, encadrement législatif (contrôle direct), surveillance de l'application¹⁰⁶². Quelle est cependant l'intensité de l'implication requise pour justifier une attribution de la conduite privée à un Etat Membre ?

A aucun moment les textes de l'OMC ou la jurisprudence de l'ORD n'établissent de manière précise un seuil de responsabilité ou « critère d'attribution » (§ 1). Par ailleurs, même dans l'hypothèse où l'attribution peut être démontrée, ses conséquences juridiques sont affaiblies dans le domaine des normes privées par des incertitudes sur le champ d'application matériel du droit de l'OMC (§ 2).

§ 1. Absence de critère d'attribution clair

A. Exercice de « prérogatives de puissance publique »

En droit international général, il est reconnu qu'un Etat n'est pas, en principe, responsable pour les actions privées entreprises sur son territoire, sauf si l'entité ou la personne en question agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique¹⁰⁶³. Un comportement privé devient attribuable à un Etat « *si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit **en fait** sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat*¹⁰⁶⁴ ». Le Rapporteur spécial JAMES CRAWFORD précise que cette formulation recouvre deux hypothèses d'attribution¹⁰⁶⁵ : l'action privée sur instructions spécifiques de l'Etat d'une part, l'action privée sur les directives ou sous le contrôle de l'Etat d'autre part¹⁰⁶⁶. La deuxième hypothèse est de

¹⁰⁶² Nous avons déjà vu certaines de ces formes d'implication dans le cadre de la « juridicisation » des normes privées, voir *supra* Partie 1, Titre 1.

¹⁰⁶³ En ce sens les articles 5 à 7 de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Voir également J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, textes et commentaires*, Pédone, Paris, 2003, p. 109 ou p. 130.

¹⁰⁶⁴ Article 8 de la CDI. Nous soulignons.

Il faut également noter qu'un comportement privé, non attribuable à l'Etat au moment des faits, « *est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme étant le sien* » (article 11 CDI). Cet endossement de l'acte privé par l'Etat correspond à l'hypothèse de sa « juridicisation » et emporte, dans le cadre de l'OMC, sa soumission aux règles et principes des accords au titre d'action d'un Etat Membre. Dans le domaine des normes privées, la « reprise » couvre l'incorporation de la norme à une législation étatique et ne soulève pas de question majeure quant à son identification pratique.

¹⁰⁶⁵ J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, textes et commentaires*, Pédone, Paris, 2003, p. 131.

¹⁰⁶⁶ Les exigences de direction et de contrôle des conduites ne sont pas cumulatives : il suffit d'établir la réalité de l'une d'elles pour qu'une conduite privée puisse être attribuée à l'Etat, J. CRAWFORD, *Ibid.*, p. 134.

nature plus générale et recouvre des formes d'action étatique moins précises que la formulation d'instructions. Dans les deux cas cependant, il doit exister un « lien réel » entre la personne privée et l'autorité étatique¹⁰⁶⁷.

La première hypothèse concerne les comportements « autorisés » par l'Etat¹⁰⁶⁸ ; elle recouvre l'emploi de personnes privées en tant « qu'auxiliaires » de l'Etat ou l'existence d'une incitation claire à agir :

« Peu importe en pareil cas que la ou les personnes en question soient des personnes privées, ou que leur comportement relève ou non d'une « activité publique ». La plupart du temps il s'agit de situations où les organes de l'Etat complètent leur propre action en recrutant des personnes ou groupes de personnes privées à titre « d'auxiliaires », ou les incitent à agir à ce titre tout en restant en dehors des structures officielles de l'Etat¹⁰⁶⁹ ».

Il n'est pas exclu que le comportement d'un organisme de normalisation incité à agir dans le cadre d'une politique de co-régulation tombe sous le champ de cette disposition. De même, l'incitation à la normalisation si elle s'inscrit dans le cadre d'une politique claire et explicite de l'Etat pourrait tomber dans cette catégorie même si la personne privée concernée est par exemple une entreprise, dont les liens avec l'Etat sont généralement plus ténus que dans le cas d'un organisme de normalisation. La seconde hypothèse, plus difficile à établir dans les faits, suppose un lien étroit entre le comportement étatique et le comportement privé en cause (il doit en faire « partie intégrante »)¹⁰⁷⁰. L'action privée encadrée par des « directives » étatiques suppose que le comportement étatique lui impose une « orientation précise »¹⁰⁷¹, mais il existe peu d'exemples pratiques de ce cas de figure. L'hypothèse du contrôle a été

Pour R. WOLFRUM, ces deux hypothèses doivent également inclure le cas d'un dépassement de ses pouvoirs par l'acteur privé, afin d'éviter que les Etats ne contournent les règles de responsabilité en transférant certains pouvoirs à des personnes privées ou en tolérant leur exercice de certaines fonctions. Voir "State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Importance", in M. RAGAZZI, (Ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, 2005, p. 429-432. Il considère par conséquent que la dévolution de certaines tâches aux acteurs privés dans le cadre de la deuxième hypothèse de l'article 8 ne doit s'accompagner que d'un contrôle général pour entraîner la responsabilité de l'Etat. En cas d'absence totale de contrôle, la responsabilité de l'Etat pourrait quand même être engagée pour violation de son obligation générale « d'organisation » et de surveillance.

¹⁰⁶⁷ J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, textes et commentaires*, Pédone, Paris, 2003,

¹⁰⁶⁸ J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ « Le principe d'attribution ne s'étend pas aux comportements dont le lien avec l'opération considérée n'était qu'incident ou périphérique, et qui échappaient à la direction et au contrôle de l'Etat ». *Ibid.* p. 131.

¹⁰⁷¹ J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 134.

plus ouvertement examinée par la jurisprudence internationale, sans toutefois que le degré de contrôle nécessaire à l'attribution ne soit défini de manière uniforme. Les divergences d'interprétation dans les arrêts *Activités militaires et paramilitaires* et *Tadić* sont bien connues : alors que la première retenait le critère strict d'un « contrôle effectif »¹⁰⁷², la seconde se contentait d'un « contrôle global » sous la forme d'une participation à la planification et à la supervision des actes privés¹⁰⁷³. L'examen au cas par cas des circonstances de fait est donc inévitable.

Ces deux hypothèses énoncées par la CDI sont-elles limitatives ou peut-on envisager d'autres cas de figure d'attribution d'un comportement privé à l'Etat ? Selon R. WOLFRUM¹⁰⁷⁴, d'autres cas de figure doivent être envisagés : l'absence d'intervention de l'Etat pour protéger certains biens ou intérêts d'un dommage causé par une conduite privée, alors qu'il en a l'obligation internationale ; l'hypothèse dans laquelle un Etat se porte garant de l'accomplissement ou l'absence d'accomplissement d'une conduite ; le consentement *a posteriori* (la reconnaissance) d'une conduite, de manière tacite ou explicite. Cependant, de l'aveu même de l'auteur, les deux premiers cas de figure concernent en réalité une obligation propre de l'Etat (d'action ou d'abstention) ; la conduite privée n'est que le « déclencheur » de la responsabilité internationale. Celle-ci dépend de l'existence préalable d'une obligation internationale « primaire » de l'Etat. La troisième catégorie peut, elle, tomber dans le champ de l'article 11 de la CDI. De manière générale, les trois catégories concernent la responsabilité de l'Etat pour ses actes propres telle que décrite par l'article 2 de la CDI.

Dans le cadre de l'OMC, la première hypothèse est celle des obligations « d'interférence » faites aux Membres concernant la conduite des organismes non gouvernementaux (voir *infra* section 2). La deuxième se rapproche de l'obligation étatique propre, notamment en ce qui concerne la prise de mesures « raisonnables » pour faire respecter les accords ; la troisième enfin, pourrait correspondre à l'hypothèse d'une corégulation et tombe également dans le champ de la responsabilité de l'Etat pour ses actions propres. Aucune de ces hypothèses ne concerne donc

¹⁰⁷² Affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, CIJ Recueil 1986, p. 14. Voir p. 62, 64 et 65.

¹⁰⁷³ Affaire IT-94-1, *Le procureur c. Tadić* (1999), I.L.R., vol. 38, p. 1518 et plus spécifiquement p. 1546, p. 145.

¹⁰⁷⁴ R. WOLFRUM, "State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Importance", in M. RAGAZZI (Ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, 2005, p. 425 s.

directement l'attribution d'un acte privé à l'Etat et ne permet de tirer d'indication utile quant au « critère d'attribution » à retenir (voir *infra*, le degré d'implication de l'Etat).

Il a été dit que les Etats restent libres, dans le cadre d'un traité, de déroger au principe selon lequel le comportement de personnes privées ne leur est pas attribuable. Il s'agit là d'une analogie avec les « clauses fédérales » par lesquelles un Etat peut déroger au principe selon lequel son organisation interne ne peut être invoquée pour refuser la responsabilité de l'Etat fédéral pour les actes des entités fédérées¹⁰⁷⁵. Cependant, une différence considérable existe entre ces deux hypothèses : alors que la clause fédérale a pour objet de *limiter* la responsabilité de l'Etat, une dérogation à la non-attribution des actions privées aurait au contraire pour effet de *l'étendre*. Une telle extension volontaire dans le domaine des normes privées semble improbable, à tout le moins si elle est de nature générale ; une extension partielle (limitée à certains cas de figure clairement définis) serait plus réaliste.

Sans déroger au principe susmentionné d'absence d'attribution des normes privées, il est toutefois possible que le critère d'attribution ne soit pas le même pour tous les accords. En d'autres termes, le seuil d'intervention étatique requis peut varier en fonction du contenu des normes et des accords qui leur sont applicables. Un exemple de cette variabilité du critère est fournie, selon VILLALPANDO, par l'article XVII.1 du GATT qui établit pour les entreprises d'Etat un critère de responsabilité plus large¹⁰⁷⁶.

Dans le domaine qui nous intéresse, les articles 3 et 14.4 de l'Accord OTC lus conjointement permettent-ils d'établir un critère d'attribution spécifique pour cet accord? Il a été dit que la limitation de l'obligation étatique à la seule adoption de mesures « raisonnables » (article 3 OTC) accompagnée d'une possibilité restreinte de saisir l'ORD (seulement si un résultat satisfaisant n'a pas été atteint et que les intérêts d'un Etat membre ont été affectés de manière significative – article 14.4 OTC)¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁵ Voir à ce sujet J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, textes et commentaires*, Pédone, Paris, 2003, p. 117.

¹⁰⁷⁶ S. M. VILLALPANDO, "Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility May be Applied Within the WTO Dispute Settlement System", *Journal of International Economic Law*, Vol. 5/2, 2002, p. 400. Pour cet auteur, le critère d'attribution n'est ici pas *rationae materiae* (exercice d'autorité étatique) mais *rationae personae* : l'Etat est responsable pour les actes d'entreprises d'Etat même si ceux-ci sont pris en-dehors de l'exercice de fonctions étatiques.

¹⁰⁷⁷ L'article 14.4 est rédigé comme suit :

établirait un critère d'attribution plus restrictif pour les actes des organismes non gouvernementaux¹⁰⁷⁸. En réalité, la plus faible intensité de l'obligation étatique, accompagnée de la condition d'une atteinte significative aux intérêts commerciaux d'un Membre (et non de la violation d'une obligation) montre qu'une autre logique que celle de l'attribution classique est ici à l'œuvre. Il ne s'agit pas d'un cas de figure d'attribution mais de la responsabilité propre de l'Etat : l'article 3 formule des obligations des Etats *pour leur propre comportement*. L'article 14.4 quant à lui précise les conditions de saisine de l'ORD dans l'hypothèse d'une obligation de moyens imposée à l'Etat concernant l'encadrement d'organismes locaux ou non gouvernementaux. La possibilité de recours au règlement des différends est ici élargie, car la violation de l'obligation de « prendre toutes les mesures raisonnables en son pouvoir » n'est pas requise. Elle recouvre l'hypothèse d'un Etat membre qui aurait pris toutes les mesures raisonnables en son pouvoir, sans toutefois que celles-ci aient l'effet escompté sur les acteurs privés ou locaux (pour reprendre l'exemple de l'article 3 OTC, si ces derniers, en dépit de politiques d'incitation mises en place, ne se conforment pas aux dispositions de l'article 2 telles que l'absence de discrimination ou l'absence de création d'obstacles non nécessaires au commerce)¹⁰⁷⁹. L'expression « *comme si l'institution en question était un Membre* » (article 14.4) est relative aux résultats escomptés du comportement des organismes non gouvernementaux qui font suite à l'action (législative ou autre) des Membres en application de leur obligation de « prendre toutes les mesures raisonnables en leur pouvoir ». Elle ne vise pas à attribuer une conduite (ou ses résultats) à un Etat Membre, mais concerne uniquement l'appréciation, par l'Etat Membre demandeur, du caractère « satisfaisant » de cette conduite au regard des obligations et des buts énoncés par les articles 3,4, 7 et 9 OTC. Elle précise que les résultats de la conduite privée ne doivent pas être évalués différemment de ceux d'une conduite étatique. Par

« Les dispositions relatives au règlement des différends qui sont énoncées ci-dessus pourront être invoquées dans les cas où un Membre estimera qu'un autre Membre n'est pas arrivé à des résultats satisfaisants au titre des articles 3, 4, 7, 8 et 9, et que ses intérêts commerciaux sont affectés de façon notable. A cet égard, ces résultats devront être équivalents à ceux envisagés, comme si l'institution en question était un Membre ».

¹⁰⁷⁸ S.M. VILLALPANDO, "Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility May be Applied Within the WTO Dispute Settlement System", *Journal of International Economic Law*, Vol. 5/2, 2002, p. 401.

¹⁰⁷⁹ Précisons toutefois que l'article 3 concerne uniquement les règlements techniques, mesures obligatoires qui peuvent être édictées soit par des institutions publiques, soit par des organismes non gouvernementaux *dotés du pouvoir de faire respecter ces règlements techniques*. L'article 3 ne couvre pas le cas de figure des normes privées volontaires élaborées en dehors de tout cadre étatique.

conséquent, la formulation de l'article 14.4 ne permet pas de conclure à un cas de figure d'attribution¹⁰⁸⁰.

En revanche, l'article 14.4 OTC pourrait étendre la responsabilité étatique aux actes privés dans le cadre de l'Accord OTC, si ceux-ci ne respectent pas leurs obligations au titre de l'Annexe 3 et que ceci affecte de manière notable les intérêts commerciaux d'un autre Etat membre¹⁰⁸¹.

B. Implication suffisante de l'Etat

En l'absence de dispositions textuelles établissant un critère d'attribution spécifique, la jurisprudence de l'ORD a été amenée à se prononcer sur l'attribution d'une conduite privée aux Membres¹⁰⁸², sans toutefois établir de critère clair.

Différents groupes spéciaux ont considéré que le caractère privé d'une mesure n'allait pas nécessairement à l'encontre de son attribution à un Etat¹⁰⁸³. C'est le cas de l'affaire Japon – *Films* dans laquelle le groupe spécial a considéré qu'il était néanmoins impossible d'établir des « règles clairement délimitées » (*'bright-line-rules'*) en matière d'attribution :

« (...) il y a cependant eu un certain nombre de différends commerciaux à propos desquels des groupes spéciaux se sont trouvés devant des appréciations parfois difficiles à porter sur la mesure dans laquelle des actions qui se présentent en apparence comme privées peuvent néanmoins être imputables à un gouvernement parce que celui-ci a un certain lien avec elles ou les a entérinées » (§ 10.52). (...)

¹⁰⁸⁰ Par l'attribution, l'acte privé devient l'acte d'un Etat-membre ; il n'a plus, dès lors, à être traité « comme si » la conduite était celle de l'Etat. Les conséquences juridiques qui sont attachées à la violation d'une obligation étatique lui sont, par l'effet de l'attribution, directement transférées. Il ne peut donc être question d'un critère d'attribution « plus restreint » pour les organismes non gouvernementaux ; les accords de l'OMC ne se prononcent pas sur cette question.

¹⁰⁸¹ F. SCHORKOPF, p. 356 n° 26 et 27, in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et A. SEIBERT-FOHR (eds.), *WTO Technical Barriers and SPS Measures*, 2007.

¹⁰⁸² La constatation de la violation d'une obligation par l'ORD implique nécessairement l'attribution préalable de la conduite incriminée à l'Etat défendeur. Ceci est dû au « rapport circulaire de présupposition réciproque » qui unit violation et attribution et en vertu duquel l'une ne peut être envisagée indépendamment de l'autre dans le cadre de l'établissement de la responsabilité internationale d'un Etat membre. Voir L. CONDORELLI, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI* 189, 1984-VI, p. 96-97.

¹⁰⁸³ La première affaire dans laquelle a été abordée la question de la responsabilité étatique pour des actes privés est l'affaire Japon – *Produits agricoles*, 35th Support BISD (22 mars 1988), p. 163 (également sous ILM n° 27, p. 1539, 1988). Dans cette affaire, le Groupe spécial devait déterminer si des mesures japonaises restreignant les importations de produits agricoles étaient « nécessaires » au sens de l'article XI.2 du GATT, qui permet de justifier des mesures contraires à l'article XI.1 si elles sont « nécessaires... ». Alors que les Etats-Unis affirmaient que les mesures en question n'étaient pas étatiques mais privées (sur incitation – mesure volontaire – de l'Etat), le Japon considérait que ce n'était pas le caractère volontaire, mais le caractère « effectif » de la mesure qui était déterminant – en l'occurrence la question de savoir si, en dépit de la nature volontaire de la mesure – celle-ci était effectivement appliquée. Le Groupe spécial a donné raison au Japon et a considéré que les mesures en cause étaient étatiques (§ 5.4.1.4).

« Ces précédents du GATT démontrent que le fait qu'une action est décidée par des parties privées n'exclut pas la possibilité qu'elle soit considérée comme gouvernementale **si le gouvernement y intervient suffisamment**. Cela dit, il est difficile de poser à cet égard des règles clairement délimitées. Aussi cette possibilité devra-t-elle être examinée cas par cas » (§ 10.56)¹⁰⁸⁴.

Parmi les décisions citées en tant que précédents figurent les affaires Japon – *Semi-conducteurs*¹⁰⁸⁵ et CEE – *Restrictions à l'importation de pommes de table*¹⁰⁸⁶. Toutes deux ont été décidées sous la période du GATT de 1947, et aucune n'a retenu l'attribution ; elles ne permettent pas d'établir un critère d'attribution clair pour les normes privées.

Dans la première affaire, le Groupe spécial a constaté que les mesures de restriction aux exportations étaient de nature purement privée et que les mesures gouvernementales adoptées pour limiter le dumping n'étaient pas juridiquement contraignantes ; aucune des deux ne tombait donc sous le champ de l'art. XI.1 (§ 102). Cependant, l'arsenal de mesures mis en place par le gouvernement exerçait une pression telle sur les acteurs privés qu'il pouvait être comparé à un système de contrôle des exportations. L'absence de caractère obligatoire étant ici une différence « de forme » plus que « de substance », l'ensemble de mesures constituant un « système cohérent » a été considéré contraire à l'article XI.1 (§117). L'importance de cette conclusion pour la question de l'attribution est à nuancer : dans cette affaire ce n'est pas tant pour une mesure privée que l'Etat a été tenu responsable que pour ses propres mesures volontaires. Malgré cela, le Groupe spécial a mis l'accent sur l'importance du contrôle de l'Etat (d'un contrôle effectif ?¹⁰⁸⁷) sur « l'opération des mesures »¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴ WT/DS44/R, 1998. Nous soulignons.

¹⁰⁸⁵ IBDD, S35/126, 168, §§ 102, 117.

¹⁰⁸⁶ Rapport du Groupe spécial CEE - *Restrictions à l'importation de pommes de table (Plainte du Chili)*, adopté le 22 juin 1989, IBDD, S36/100, 138.

¹⁰⁸⁷ Ch. TIETJE, "Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System", *Journal of World Trade*, 1995, p. 149.

¹⁰⁸⁸ « Le Groupe spécial a considéré à cet égard qu'il devait vérifier deux critères essentiels: en premier lieu, que l'on était raisonnablement fondé à penser qu'il existait des incitations ou des désincitations suffisantes pour que des mesures non obligatoires prennent effet; en second lieu, que l'application des mesures destinées à restreindre les exportations de semi-conducteurs à des prix inférieurs au prix coûtant pour l'entreprise dépendait essentiellement d'une action ou d'une intervention du gouvernement. Le Groupe spécial a examiné successivement les deux critères. Il a estimé que, s'ils s'appliquaient tous les deux, les mesures auraient un effet équivalent à des prescriptions impératives et la différence entre les unes et les autres ne tiendrait qu'à la forme et non au fond; [...] » IBDD, S35/126, 168, § 109.

Dans l'affaire CEE – *Pommes*, il ne s'agissait pas non plus d'une mesure privée au sens strict. Le Groupe d'appel y a noté la nature « hybride » du système communautaire, qui comprenait à la fois des éléments de responsabilité publique et privée. Le système ayant été mis en place par les organes communautaires et son fonctionnement comme son financement dépendant des autorités publiques, les mesures en cause ont été qualifiées de gouvernementales¹⁰⁸⁹. Ici aussi, le critère du contrôle effectif semble déterminant¹⁰⁹⁰.

La jurisprudence de l'OMC semble donc reprendre à son compte le critère du contrôle, sous la forme d'une « implication » ou « intervention » suffisante de l'Etat, mais ne se prononce pas sur son étendue. La participation à la mise en place d'une mesure et à son fonctionnement, l'octroi de financements publics et de manière générale l'exercice d'une pression sur les acteurs privés sont des éléments de contrôle ; mais la détermination du caractère « suffisant » de l'implication doit se faire au cas par cas.

Il n'est pas possible de dire à ce stade si seule l'appréciation de l'intervention étatique doit se faire au cas par cas, ou si le critère d'attribution varie lui aussi en fonction du cas d'espèce et de l'accord considéré. En d'autres termes, existe-t-il un critère d'attribution unique applicable à tous les accords ou bien la multiplicité des circonstances d'espèce justifie-t-elle l'existence d'un critère d'attribution « souple » ? Le critère d'attribution pourrait ainsi être strict pour une norme d'entreprise (exigence d'une participation directe ou « contrôle effectif » par l'Etat, par exemple à travers le financement ou des instructions précises) et plus souple pour une norme d'ONG ou un organisme de normalisation dont les liens avec l'Etat sont plus marqués (la simple incitation ou instruction pourrait alors suffire)¹⁰⁹¹.

Dans ce cas, ce serait à la fois *l'existence* du lien entre comportement de l'Etat et mesure privée (intervention suffisante) *et la nature* de ce lien (critère d'attribution) qui devrait être examinée au cas par cas. L'exigence d'une « intervention suffisante » pourrait alors recouvrir, selon les données de l'espèce, un contrôle global ou un contrôle effectif. Le fait que les Groupes spéciaux ou l'Organe d'appel n'aient pas eu

¹⁰⁸⁹ IBDD, S36/100, § 12.9 .

¹⁰⁹⁰ Pour Ch. TIETJE, c'est le caractère « effectif » du contrôle qui est déterminant : les activités privées perdent leur caractère privé si elles sont « effectivement » influencées ou déterminées par l'Etat. Voir “Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System”, *Journal of World Trade*, 1995, p. 150.

¹⁰⁹¹ La première hypothèse est proche du critère du contrôle « effectif » alors que la seconde hypothèse se rapproche du contrôle « global ».

recours au terme « contrôle » semble confirmer ce raisonnement ; l'absence de recours à la terminologie des autres juridictions internationales serait alors le fruit d'une volonté délibérée de l'ORD de ne pas se prononcer sur un critère d'attribution spécifique. L'ORD se réserve ainsi la possibilité d'avoir recours à l'un ou l'autre des critères, choisissant celui qui est le plus adapté aux circonstances de l'espèce.

Certains auteurs estiment que cette analyse au cas par cas nuit à la sécurité juridique du système OMC et appellent à l'adoption d'une solution spécifique et claire dans le cadre de l'OMC¹⁰⁹². L'absence d'indications quant à la nature exacte du « lien » entre l'Etat et la mesure privée peut justifier ces craintes ; cependant, la multiplicité des situations auxquelles sont confrontés les organes de règlements des différends ainsi que le silence des textes justifie aussi la réserve de la jurisprudence. La définition d'un critère d'attribution particulier ne rendrait justice ni à la diversité des mesures privées, ni à celle des accords de l'OMC. L'appréciation au cas par cas reste donc la seule solution envisageable à ce jour.

Pour tenter de clarifier la situation et au-delà de la prudence jurisprudentielle, il peut être utile de passer en revue les cas de figure (qui peuvent se présenter en relation avec les normes privées) de l'attribution en fonction des mesures en cause et de l'accord OMC concerné. L'influence de l'Etat sur le comportement des acteurs privés peut en effet prendre plusieurs formes, incitation ou dissuasion¹⁰⁹³, mesures obligatoires ou volontaires¹⁰⁹⁴. Quelles mesures seront considérées suffisantes pour justifier l'attribution à l'Etat du comportement privé qu'elles encouragent ? On peut penser qu'une simple incitation ne justifiera pas, dans la majorité des cas, l'attribution, alors que dans le cas d'une délégation de pouvoirs normatifs à un organisme privé l'intervention sera probablement qualifiée de « suffisante ». De manière générale, une mesure étatique volontaire aura sans doute moins de poids et sera moins à même de justifier une attribution qu'une mesure contraignante. De

¹⁰⁹² S.M. VILLALPANDO, "Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility May be Applied Within the WTO Dispute Settlement System", *Journal of International Economic Law*, Vol. 5/2, 2002, p. 397-398.

¹⁰⁹³ L'incitation doit porter sur un comportement discriminatoire (contraire aux règles de l'OMC). La dissuasion doit porter sur un comportement légal, « forçant » ou du moins dirigeant fortement l'action privée vers un comportement incompatible avec le droit OMC.

¹⁰⁹⁴ Dans l'affaire Japon – *Films*, le groupe spécial a interprété une « mesure » au sens de l'art. XXIII.1 (b) comme recouvrant une action gouvernementale obligatoire ou volontaire. De même, dans un rapport plus ancien rendu sous le GATT de 1947, un groupe spécial avait considéré qu'une mesure volontaire pouvait avoir le même effet qu'une mesure obligatoire, Japon – *Semi-conducteurs*, BISD 35S/116, 1988. On peut également s'interroger sur l'extension de cette approche à l'inaction ou omission réglementaire. Voir à ce sujet GANDHI, "Regulating the Use of Voluntary Environmental Standards Within the World Trade Organization Legal Regime: Making a Case for Developing Countries", *Journal of World Trade*, Vol.39, 2005, p. 867.

même, un « laisser-faire » de la part de l'Etat (son inaction) ne devrait pas permettre l'attribution, le lien entre la mesure et le comportement de l'Etat étant trop ténu.

Cependant, dans l'affaire *Corée-Bœuf* le groupe spécial a conclu à une responsabilité étatique car la loi nationale en cause constituait une « incitation » suffisante à adopter un comportement contraire aux règles de l'OMC, alors que l'action volontaire des distributeurs ne pouvait être attribuée à l'Etat. Cette qualification soulève la question de la marge de manœuvre de l'Etat : un tel élargissement de la responsabilité étatique constitue-t-il une intrusion excessive dans la compétence normative des Etats ? Le risque de rendre l'Etat responsable pour des normes privées qu'il ne supporte guère est réel si l'on interprète trop largement l'exigence d'un lien entre la mesure litigieuse et la réglementation étatique. Ceci vaut particulièrement pour l'hypothèse d'une inaction réglementaire, hypothèse qui devrait être considérée avec une prudence extrême par égard pour la souveraineté normative des Etats. Afin de limiter ces effets restrictifs sur la liberté normative des Etats, il a été suggéré d'identifier des situations particulières dans lesquelles la responsabilité d'un Etat peut être étendue à l'action d'entités non-gouvernementales¹⁰⁹⁵.

Ces cas de figure d'attribution d'un comportement privé à l'Etat ne doivent pas être confondus avec la responsabilité de l'Etat pour ses actes propres (ou l'absence d'actes propres, voir section 2). En particulier, une politique étatique d'incitation (octroi d'un avantage pour le respect ou la mise en place de normes privées) qui violerait l'obligation de ne pas prendre « toutes les mesures raisonnables » ne doit pas être confondue avec l'attribution à l'Etat des normes privées (voir section 2).

Pour KOEBELE et LAFORTUNE, même si toutes les conditions de l'attribution sont réunies la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée s'il n'existe pas, en même temps, une violation de l'obligation de « prendre toutes les mesures raisonnables » afin de faire respecter les dispositions des accords (ici de l'Accord OTC). Cette conséquence découlerait du principe *lex specialis* ; en d'autres termes, l'attribution à l'Etat d'une conduite privée et la violation d'une obligation étatique seraient cumulatives pour engager la responsabilité de l'Etat. Or ceci méconnaît le principe-même de l'attribution qui est d'établir l'existence d'un fait de l'Etat aux fins de

¹⁰⁹⁵ S. GANDHI, "Regulating the Use of Voluntary Environmental Standards Within the World Trade Organization Legal Regime: Making a Case for Developing Countries", *Journal of World Trade*, Vol.39, 2005, p. 867.

responsabilité¹⁰⁹⁶. Elle est, avec la violation d'une obligation internationale de l'Etat (par le comportement attribué/attribuable), la condition de l'existence d'un fait internationalement illicite de l'Etat¹⁰⁹⁷. Or tout fait internationalement illicite engage la responsabilité de l'Etat¹⁰⁹⁸. L'article 4 OTC n'entend pas déroger à cette règle en posant une obligation spécifique des Membres de prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect de l'Accord par les entités non gouvernementales. L'obligation qu'il pose est indépendante de l'attribution d'une conduite privée à l'Etat et doit à ce titre être considérée comme un cas de figure distinct, autonome en ce qui concerne ses conséquences juridiques¹⁰⁹⁹.

§ 2. Faiblesse des conséquences juridiques de l'attribution

L'acte attribuable à l'Etat engage sa responsabilité internationale s'il s'accompagne de la violation d'une obligation internationale de l'Etat. L'acte privé, désormais considéré comme un acte de l'Etat, peut faire l'objet d'un règlement des différends devant l'ORD¹¹⁰⁰. La seconde conséquence juridique majeure de l'attribution est l'applicabilité à la mesure privée des dispositions/obligations des accords qui étaient auparavant réservées aux Etats.

Nous ne tenterons pas d'établir la liste exhaustive des règles applicables aux normes privées en cas d'attribution ; la diversité des normes, et partant des régimes applicables, rendrait la tâche démesurée. Cependant, il importe de déterminer quelles sont les conséquences spécifiques qui s'attachent au caractère originellement privé de la mesure. Autrement dit, quelles sont les caractères spécifiques que devra prendre en

¹⁰⁹⁶ J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, textes et commentaires*, Pédone, Paris, 2003, p. 109.

¹⁰⁹⁷ Article 2 des articles de la CDI sur la responsabilité internationale. Ces deux conditions sont nécessaires mais également suffisantes à l'établissement pour engager la responsabilité des Etats. J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, textes et commentaires*, Pédone, Paris, 2003, p. 102.

¹⁰⁹⁸ Article 1 des articles de la CDI sur la responsabilité étatique.

¹⁰⁹⁹ L'article 4 OTC n'est *lex specialis* qu'en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat Membre pour ses entités gouvernementales locales. En effet, le droit international général veut ici que les actes des autorités locales soient attribuables à l'Etat en vertu du principe d'unité de l'état. Or l'article 4 n'engage la responsabilité de l'Etat Membre que dans le cas où celui-ci n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir une violation des dispositions de l'accord par ses organes locaux. Il s'agit d'une limitation de sa responsabilité par rapport aux principes généraux (Voir M. KOEBELE et G. LAFORTUNE, "Article 4 and Annex 3 TBT" in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, p. 255-256, n°29 qui qualifient la deuxième phrase de l'article 4.1 de clause fédérale). Cette limitation n'est cependant pas applicable aux normes privées, qui ne sont pas, par principe, attribuables à l'Etat.

¹¹⁰⁰ Tout acte ou omission attribuable à l'Etat peut constituer une « mesure » étatique aux fins d'un règlement des différends. Voir Etats-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon (Etats-Unis – Acier au carbone), WT/DS244/AB/R, § 81. En ce sens aussi l'affaire *Biotech*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, § 7.1294.

compte un groupe spécial confronté à ce type de mesure ? La nature privée modifie-t-elle les modalités d'application des obligations ?

Durant cet examen, il est nécessaire de garder à l'esprit la fragmentation du régime résultant de la diversité matérielle des normes : peuvent être applicables aussi bien les accords OTC et SPS que le GATT. Sans pouvoir donc prétendre à la définition d'un « régime » seront décrites les particularités qu'implique la soumission de normes privées aux règles de l'OMC.

Ces particularités vont dans le sens d'une restriction de l'applicabilité des dispositions des accords, pour des raisons formelles autant que matérielles. On peut donc parler d'une « faiblesse » des conséquences juridiques de l'attribution, car les règles de l'OMC se révèlent inadaptées à une prise en compte totale des effets des normes privées. Ces limitations résultent à la fois du champ d'application des accords (A) et de leur contenu, inadapté à la prise en compte de l'élaboration et de l'application des normes privées (B).

A. Normes privées et PMP (limites du champ d'application)

Le débat sur les procédés et méthodes de production (ci-après PMP ou 'PPM' dans la terminologie anglo-saxonne) constitue le premier obstacle auquel peut se heurter l'examen de légalité d'une norme privée attribuable à l'Etat. Ce débat se situe en effet sur le plan du champ d'application des accords et oppose les Membres partisans de l'exclusion des PMP du champ d'application des accords de l'OMC (généralement les PED et certains pays développés) à ceux de leur prise en compte (certains pays développés).

Le terme *procédé et méthode de production* trouve son origine dans l'accord OTC de 1979 et désigne les normes de produit dont l'objet est le processus de production, par opposition à celles qui ont pour objet les caractéristiques du produit. Les normes privées sont souvent des normes de procédé ; elles répondent donc souvent à la définition des PMP, que ce soit dans le domaine environnemental, social, ou dans celui de la sécurité sanitaire. Ceci résulte des préoccupations « éthiques » de nombreuses normes privées (voir *supra*) – bien-être animal, sécurité des travailleurs – ou de considérations d'hygiène ou de sécurité relatives au processus de production.

Les PMP peuvent prendre la forme « lois ou règlements » (normes ou règlements techniques), mais aussi d'interdictions d'importer¹¹⁰¹ (*'import bans'*) ; nous nous intéresserons uniquement aux PMP prenant la forme de normes ou « standards » au sens de l'accord OTC, c'est-à-dire aux mesures d'application volontaire.

La doctrine classe les procédés et méthodes de production en deux catégories : les PMP « relatifs » aux caractéristiques finales du produit (*'product-related PPMs'*) et les PMP « non relatifs », dont l'application n'a pas d'impact sur les caractéristiques physiques du produit final (*'non-product-related' ou 'NPR-PPMs'*¹¹⁰²). Cette distinction n'est pas expressément consacrée par le texte des accords, mais elle est décelable dans certaines formulations. Ainsi, l'Annexe 1.1 OTC définissant les règlements techniques mentionne des « procédés et méthodes de production **s'y rapportant** ¹¹⁰³ » (*'related processes and production methods'*). L'Annexe 1.2 relatif aux « normes » parle de « procédés et (...) méthodes de production **connexes** ¹¹⁰⁴ » – *'related'* dans la version anglaise). Dans le premier cas, l'expression « s'y rapportant » fait clairement référence aux caractéristiques des produits. Dans le cas des normes la relation est moins nette, car le terme « connexes » est plus vague. Il n'est notamment pas fait référence aux caractéristiques des produits, mais uniquement aux « produits ou PMP connexes ».

L'accord SPS ne fait pas référence au caractère « relatif » ou « connexe » des PMP et semble donc *a priori* d'application plus large :

« Les mesures sanitaires ou phytosanitaires comprennent toutes lois, tous décrets, toutes réglementations, toutes prescriptions et toutes procédures pertinents, y compris, entre autres choses, les critères relatifs au produit final; les procédés et méthodes de production; [...] »

Cependant, il faut garder à l'esprit que cet accord est uniquement applicable aux mesures visant à protéger la santé et la vie *sur le territoire* du pays importateur¹¹⁰⁵.

¹¹⁰¹ Voir S. CHARNOVITZ, "The Law of Environmental 'PPM's' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 27/1, 2002, p. 67, bas de page.

¹¹⁰² Cette dénomination sera reprise dans la suite de l'étude, par commodité en raison de sa forte popularité dans la doctrine anglo-saxonne, mais aussi en raison de la difficulté à trouver un équivalent à cette expression en français.

¹¹⁰³ Nous soulignons.

¹¹⁰⁴ Nous soulignons.

¹¹⁰⁵ V. CHARNOVITZ, "The Law of Environmental 'PPM's' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality", *op. cit.*, p. 65, pour lequel cette limitation géographique n'exclut pas cependant l'application de l'accord à toutes les mesures visant les PMP. Selon lui, le cas d'une mesure visant une pollution transfrontière qui affecterait l'agriculture du pays importateur pourrait être prise en compte dans le champ de l'accord SPS.

La restriction du champ d'application est ici moins d'ordre matériel que spatial/territorial.

La question de la prise en compte des PMP par les accords OTC et SPS a été abondamment traitée par la doctrine¹¹⁰⁶. Il est souvent allégué que l'accord TBT couvre uniquement les PMP affectant la substance du produit fini ; les PMP n'ayant pas d'impact « visible » sur le produit seraient exclus de son champ d'application¹¹⁰⁷. L'argument généralement invoqué au soutien de cette thèse est celui de l'historique des négociations de l'accord TBT¹¹⁰⁸ : ces négociations auraient montré l'opposition d'une majorité importante des Membres à l'inclusion des PMP. Les documents WT/CTE/W/10 et G/TBT/W/11 retracent l'historique des négociations concernant le champ d'application de l'Accord OTC et évoquent de manière spécifique la question des procédés et méthodes de production. Ce document fait apparaître, dès le Cycle de Tokyo, d'importantes divergences de vues entre les Membres : certains voulaient exclure totalement les PMP du champ d'application de l'accord (*'Standards Code'*), d'autres au contraire souhaitaient y inclure tous les PMP, alors que d'autres enfin se prononçaient en faveur de l'inclusion des seuls PMP directement relatifs au produit. En effet, dans la première version de l'Accord OTC, les PMP étaient exclus du champ d'application des « règlements techniques » et normes, ceux-ci n'étant définis que par rapport aux caractéristiques du produit. Plusieurs propositions d'inclure les PMP et méthodes de production n'ont pas abouti. Une proposition des Etats-Unis de 1977 proposait ainsi de n'inclure que les PMP relatifs aux caractéristiques du produit¹¹⁰⁹. Les discussions se situaient à l'époque dans le contexte de l'article 14.25. Les divergences de vue subsistaient en 1980-1981 (voir la réunion du Comité sur l'applicabilité de l'Accord aux PMP, TBT/M/4, 5, 6 et 7). Entre 1983 et 1988 les négociations sur ce sujet ont été interrompues, sur le constat suivant :

¹¹⁰⁶ Voir par exemple C. STEVENS, "Trade and the Environment: The PPMs Debate", in W. LANG (ed.), *Sustainable Development and International Law*, Graham & Trotman, London, 1995 p.239-247; R. HOWSE, D. REGAN, "The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy", *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 249-289; J.H. JACKSON, "Comments on *Shrimp/Turtle* and the Product/Process Distinction", *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 303-307.

¹¹⁰⁷ Ce qui a pour conséquence paradoxale de placer dans une zone de non-droit des mesures qui, par leurs effets non moins restrictifs sur les échanges que ceux des PMP « relatifs », mériteraient d'être réglementées par le droit de l'OMC.

¹¹⁰⁸ Voir sur les négociations la Note du Secrétariat de l'OMC, "*Negotiating History of the Coverage of the Agreement on Technical Barriers to Trade with Regard to Labelling Requirements, Voluntary Standards, and Processes and Production Methods Unrelated to Product Characteristics*", (1995).

¹¹⁰⁹ MTN/NTM/W/95, "Processes and production methods should be subject to the provisions of the Code when they are directly related to the characteristics of a product" (cité dans G/TBT/W/11).

"The Committee recognizes that there are differences of views among Parties in respect to Article 14.25 [...]. In this context, where a Party considers that obligations under the Agreement are being circumvented by the drafting of requirements in terms of processes and production methods rather than in terms of characteristics of products, the Parties agree to cooperate in the process of dispute settlement¹¹¹⁰."

Lors des négociations du Cycle de l'Uruguay, l'Accord OTC a été modifié pour inclure expressément les « procédés et méthodes de production » dans la définition des règlements techniques et des normes. Ainsi, dans une version provisoire de l'Accord OTC présentée lors de la Conférence ministérielle de Bruxelles en 1990, les PMP avaient été introduits dans la définition de ces termes¹¹¹¹. Durant les négociations finales d'octobre 1991 qui ont porté exclusivement sur les définitions de l'Annexe 1, une proposition de « clarification du champ d'application » a été faite par le Mexique dans le but d'exclure de manière explicite les PMP non relatifs du champ d'application de l'accord¹¹¹². Alors que la majorité des Membres avait exprimé son soutien à cette proposition, les négociations n'ont pas été réouvertes. Il ressort par conséquent de ce document qu'une nette majorité des Etats avait fait part de son opposition à la prise en compte des PMP « non relatives », même si au stade tardif des négociations, aucun consensus n'a pu être obtenu afin d'amender les définitions de l'Annexe 1 dans le sens d'une mention explicite de cette exclusion¹¹¹³.

Malgré cela, certains Etats continuent de soutenir que les PMP non relatifs sont couverts par la définition des règlements techniques et standards¹¹¹⁴.

¹¹¹⁰ TBT/M/14, cité dans G/TBT/W/11.

¹¹¹¹ Par ailleurs, cet accord contenait une définition des PMP et des "normes PMP":

Process and Production method

"Means by which or conditions under which a product advances to its final state.

One or more planned actions in a series of conditions or operations (e.g. mechanical, electrical, chemical, inspection, test) by means of which a material or product advances from one stage to its final state. PPMs include conditions of growth as well as controlled treatments that subject materials or products to the influence of one or more types of energy (e.g. human, animal, mechanical, electrical, chemical, thermal) as required to achieve a desired reaction, change, result or performance".

PPM Standard (or PPM provision within a product or process standard)

"Standard or provision that specifies the process or production method to be employed in one or more stages in the design, manufacture, delivery, installation, treatment, or utilization of equipment, structures or products, or that specifies methods or conditions in accordance with which a product is to be grown or raised. Testing or certification for conformity with these methods, rather than the characteristics of the final product, is required in conjunction with one or more steps in the process."

¹¹¹² Concernant les règlements techniques, l'expression 'their' ('their related PMP) a été introduite dans la définition, mais cette modification n'a par la suite pas été étendue à la définition des normes.

¹¹¹³ Voir également M. JOSHI, "Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organisation Agreements?", *Journal of World Trade*, Vol. 38/1, 2004, p. 75.

¹¹¹⁴ C'est le cas de la Suisse, WT/CTE/W/192, 2001, cite par M. JOSHI "Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organisation Agreements?", *Journal of World Trade*, Vol. 38/1, 2004, p. 75.

En dépit de cette majorité claire en faveur de l'exclusion des PMP non relatives on peut rappeler, comme le fait J. PAUWELYN, que l'historique des négociations n'est pas un argument décisif et que l'interprétation d'une disposition se doit de prendre en compte les évolutions du contexte. Ces évolutions incluraient, dans le cas présent, la multiplication des normes relatives à des procédés « non relatifs » et l'importante demande sociale sous-tendant cette tendance. Par ailleurs, le bien-fondé de la distinction entre PMP relatifs et non relatifs a parfois été critiqué en doctrine¹¹¹⁵. Pour S. CHARNOVITZ, il serait plus judicieux de distinguer entre PMP fondés sur le pays d'origine et PMP fondés sur le processus de production afin de limiter les premiers et d'autoriser les seconds dans le cadre fixé par les accords¹¹¹⁶. Pour cet auteur, ceci permettrait d'établir un compromis entre le droit de l'OMC et les revendications environnementales, sociales ou sécuritaires. La situation actuelle a en effet pour conséquence paradoxale de faire tomber dans un vide juridique les mesures considérées comme les plus indésirables par ceux qui souhaitent leur exclusion. En effet, si l'on admet que les PMP « non relatifs » sont exclus du champ d'application des accords, les dispositions concernant la non discrimination ou l'interdiction d'obstacles au commerce non nécessaires ne leur sont plus applicables. Il n'existe plus alors de réel moyen d'en réglementer les effets ou l'application, alors que de nombreux pays voudraient justement en contrôler les effets néfastes sur leurs exportations.

L'enjeu commercial de l'inclusion/exclusion des PMP non relatifs est important : plus on admet la légalité de restrictions commerciales fondées sur les PMP, plus les pays dont l'avantage comparatif est fondé sur de faibles niveaux de protection sociale ou environnementale auront des difficultés pour accéder aux marchés auteurs des mesures PMP. En d'autres termes, les PMP non relatifs contrarient l'accès au marché des pays développés par les produits des pays en développement non soumis à ces normes. Les normes de qualité privées étant souvent fondées sur des PMP, la question du traitement de ces derniers par le droit de l'OMC est essentielle.

¹¹¹⁵ Voir par exemple R. HOWSE, D. REGAN, "The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy", *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 249-289.

¹¹¹⁶ V. S. CHARNOVITZ, 'The Law of Environmental 'PPMs' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality', *op. cit.*, p. 59-110, p. 61s.

Les procédés et méthodes de production constituent donc l'un des thèmes les plus controversés du droit de l'OMC, pour des raisons liées au texte des accords (ils ne sont pas toujours expressément réglementés, de sorte qu'une incertitude demeure quant au champ d'application exact des accords) mais aussi pour des raisons stratégiques (l'application extraterritoriale de mesures s'oppose à l'argument de la poursuite de politiques internes « légitimes »). Ils sont entourés d'un « nuage de suspicion » (*'cloud of suspicion'*) surtout du point de vue des pays en développement, car ils entraînent des coûts supplémentaires, véhiculent des valeurs et sont en général le fait des pays développés¹¹¹⁷. La question principale qui se pose, et qui en pratique est du ressort des juridictions, est de déterminer si les PMP constituent un instrument protectionniste ou s'ils sont au contraire l'instrument légitime de politiques sociales et environnementales. Quel raisonnement adopterait un Groupe spécial, confrontée à une mesure privée, attribuable à un Etat Membre et relative à un PMP ?

Tout d'abord, l'appréciation du caractère « relatif » aux caractéristiques du produit doit se faire au cas par cas. Par exemple, une norme relative à la production de coton exigeant que celui-ci soit exempt de pesticides est un PMP « relatif » aux caractéristiques du produit. En revanche, une norme exigeant qu'aucun pesticide ne soit utilisé lors de la culture, indépendamment du fait qu'on retrouve ou non des résidus dans le coton une fois récolté, est un exemple de PMP « non relatif » aux caractéristiques du produit¹¹¹⁸.

Ensuite, si la mesure en question est qualifiée de PMP non relative aux caractéristiques du produit, les conséquences juridiques de la qualification dépendent du stade de l'examen de légalité qui est en cause. En effet, la question des PMP n'intervient pas uniquement au stade de la détermination de l'applicabilité du droit OMC. Les PMP interviennent à trois niveaux de l'analyse :

- Au niveau du **champ d'application** des accords OMC, comme nous venons de le démontrer, où une majorité des Etats Membres ainsi qu'une majeure partie de la doctrine considère les PMP non relatifs comme exclus de l'application des accords (cf. *supra*). Cette existence d'un champ de non-réglementation (de mesures dont les

¹¹¹⁷ V. S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 59-110, p. 61s.

¹¹¹⁸ M. JOSHI, "Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organisation Agreements?", *Journal of World Trade*, Vol. 38/1, 2004, p. 74. Cet auteur précise que toutes les normes d'agriculture sont de PMP "non relatifs", ainsi que l'exigence qu'un produit soit fabriqué avec du bois issu d'une exploitation "soutenable". En revanche, les normes HACCP relatives au traitement des produits à base de poisson sont un exemple de PMP relatifs.

effets sur le commerce sont importants) est un défi important pour l'efficacité et la légitimité de l'OMC.

- Au niveau de la détermination du **caractère similaire** d'un produit, prémisse de l'examen du caractère discriminatoire d'une mesure, que ce soit dans les Accords OTC, SPS ou dans le GATT de 1994. La conception traditionnelle est ici que la disparité des méthodes de production ne doit pas être un critère de distinction si elle ne se reflète pas dans les caractéristiques physiques finales du produit. En d'autres termes, deux produits seront considérés « similaires » même si l'un est produit dans des circonstances beaucoup plus polluantes que l'autre, à condition que la différence ne soit pas visible sur le produit final.
- Enfin, les normes concernant les PMP, contrairement à ce qui est parfois admis, ne sont pas *per se* contraires au droit OMC, même si l'on considère qu'elles sont exclues du champ d'application des accords OTC et SPS. Elles doivent donc être soumises à un **examen de légalité** au même titre que toutes les autres mesures étatiques. Au stade de l'évaluation de la discrimination se pose ainsi la question de savoir si une différenciation des produits sur la base de leur processus de production est *ipso facto* une discrimination illégale (cette détermination intervient une fois qu'il a été établi que les produits en question sont des produits similaires). Plusieurs auteurs ont qualifié de « mythe » l'idée que les mesures réglementaires établissant une distinction sur la base des procédés et méthodes de production sont interdites par le droit de l'OMC, de même que l'interdiction de tout effet extraterritorial¹¹¹⁹. Ainsi, J. PAUWELYN¹¹²⁰ démontre que les mesures PMP ne sont pas nécessairement contraires à l'article III du GATT, et que même si une discrimination est constatée, celle-ci peut être justifiée dans le cadre de l'art. XX a). Pour S. CHARNOVITZ, ce mythe de l'illégalité a entraîné trois conséquences néfastes : il a érodé le soutien politique à l'OMC et radicalisé les positions des opposants au libre-échange (manifestations anti-OMC, etc.) ; cette divergence de vues a fait obstacle à l'avancement des travaux du CTE ; enfin, le désaccord sur le statut juridique des PMP au sein du GATT bloque l'élaboration de nouvelles règles

¹¹¹⁹ J. PAUWELYN, 'Recent Books on Trade and Environment: GATT Phantoms still haunt the WTO', *EJIL* 2004, Vol. 15/3 (p. 575-592) ; S. CHARNOVITZ, 'The Law of Environmental 'PPMs' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality', *The Yale Journal of International Law*, 2002, Vol. 27/1, p. 59-110, p. 63.

¹¹²⁰ J. PAUWELYN, *ibid.*, p. 585. Selon lui, beaucoup trop d'importance est accordée aux affaires Thon-Dauphins, non adoptées, dont la valeur juridique est "quasi-nulle".

qui permettraient de contrôler efficacement les effets indésirables des PMP sur le commerce¹¹²¹.

Les questions de la similarité et de la discrimination sont étroitement liées : dans le premier cas il s'agit de constater l'existence d'une différence de traitement, dans le second de juger de la légalité de cette discrimination. Ce sont donc deux étapes du même raisonnement ; examinons-les successivement.

Il apparaît que la détermination du caractère « similaire » ou « directement concurrent ou substituable » de deux produits est de plus en plus influencée non par leurs caractéristiques physiques, mais par les préférences des consommateurs. Pour J. PAUWELYN, si les consommateurs distinguent deux produits en raison de leurs conditions de production, l'Etat qui reprendrait à son compte cette distinction ne pourrait être considéré comme altérant les conditions de concurrence. On pourrait ajouter qu'il ne ferait, au contraire, que son devoir de législateur en prenant en compte les intérêts nationaux tels qu'exprimés par une majorité de consommateurs.

Dans le cadre du GATT, si deux produits sont néanmoins considérés similaires, la seule différence de traitement ou « effet discriminatoire » ne suffit pas à établir une violation de l'art. III du GATT. Il faut en plus démontrer que cette différence de traitement concerne en particulier les produits importés. En effet, le GATT ne prohibe pas toute différence de traitement, mais uniquement celle fondée sur l'*origine* des produits. Pour PAUWELYN il faut également démontrer que cette discrimination est protectionniste¹¹²². Cela suppose de montrer que la mesure est appliquée de manière à favoriser la production nationale. Cependant, même une discrimination protectionniste peut être justifiée dans le cadre de l'art XX. Pour PAUWELYN, l'art. XX permet dans une certaine mesure de justifier l'application de mesures extraterritoriales, si celles-ci respectent l'existence de deux types de liens (*'nexus'*). Le premier lien est celui entre le pays à l'origine de la réglementation et le pays supportant le risque environnemental ; le risque doit être partagé ou global et non propre au pays visé par la mesure. Le second lien doit réunir le produit et le risque : la mesure sera légitime si elle vise à promouvoir un objectif national de protection contre un risque donné, mais ne le sera pas si elle vise uniquement à réprimer des

¹¹²¹ S. CHARNOVITZ, "The Law of Environmental 'PPM's' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality", *op. cit.*, p. 62.

¹¹²² En règle générale, cette détermination est nécessaire pour les mesures couvertes par l'art. III.2 (taxes) ; mais pour J. PAUWELYN cette exigence devrait être étendue aux mesures de l'art. III.4.

politiques étrangères que l'Etat auteur de la norme désapprouve, telles que la peine de mort ou l'absence de protection de l'environnement¹¹²³.

Les PMP relatives aux caractéristiques du produit peuvent également être justifiées au titre de l'Accord OTC, qui reconnaît les PMP « s'y rapportant » (aux caractéristiques du produit) ou « connexes » (Annexe 1.1 et 1.2). La mesure en question peut être justifiée si elle correspond à une liste « ouverte » d'objectifs légitimes et n'est pas plus restrictive pour le commerce que nécessaire¹¹²⁴ (article 2.2 OTC). La justification dans le cadre de l'accord OTC prévaut sur celle du GATT en vertu de la règle de conflit établie par la Note interprétative à l'Annexe 1A de l'Accord de Marrakech ; autrement dit, si la mesure est illégale sous le GATT mais « justifiable » dans le cadre de l'accord TBT, ce dernier statut prévaudra.

B. Limite des obligations : élaboration et application des normes

La responsabilité internationale suppose, outre l'attribution à l'Etat, la violation d'une obligation internationale par ce dernier¹¹²⁵. Par conséquent, une norme privée attribuable à l'Etat est soumise au même examen de légalité qu'une mesure étatique. Le contenu de cet examen dépend de l'accord sous lequel tombe la norme privée en question : en fonction de son contenu, elle sera soumise soit aux règles de l'Accord OTC soit à celles de l'Accord SPS ou, à défaut, au GATT de 1994. Plutôt que de traiter tour à tour ces différents accords, il peut être utile d'établir une comparaison des « disciplines » qu'ils établissent, toujours au regard d'éventuelles spécificités liées à la nature privée des normes.

Nous examinerons dans un premier temps les règles concernant l'adoption (examen des conditions de validité de son adoption) d'une mesure et ensuite celles relatives son application. Cette méthode d'analyse, qui est celle retenue par l'Organe d'appel pour l'art. XX du GATT, est transposable à l'Accord SPS en raison du « lien substantiel » qui existe entre cet accord et l'article XX (b) du GATT¹¹²⁶. Par souci de

¹¹²³ J. PAUWELYN, 'Recent Books on Trade and Environment', *EJIL* 2004, Vol. 15/3 p. 586 s. Pour cet auteur, il est « normal » que des régimes tels que le droit de l'OMC, moins intégrés que le droit communautaire ou le droit américain (US), tolèrent dans une certaine mesure certaines actions unilatérales à effet extraterritorial. Il précise cependant que ces mesures ne pourront être prises qu'en dernier recours dans un but de protection de ressources communes (donc de la manière la moins restrictive possible pour le commerce).

¹¹²⁴ Voir *infra* les développements sur l'évaluation des risques et le choix des mesures dans le cadre de l'accord OTC (ce chapitre, section 1, B.2)

¹¹²⁵ Article 3 des Articles de la CDI sur la responsabilité internationale.

¹¹²⁶ Voir à ce sujet D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, *op. cit.*, p. 270. L'auteur précise qu'une « séquence » alternative avait été suggérée par le Groupe spécial dans l'affaire *Australie-Saumons*. Cette séquence consiste à

cohérence, nous étendrons cette démarche aux règles de l'Accord OTC. Cette séquence est également adaptée à l'examen des normes privées car elle permet de distinguer les exigences liées à son contenu et ses conditions d'élaborations de celles liées à la manière dont elles sont appliquées.

Au niveau de l'élaboration, deux points méritent comparaison : l'exigence de justification scientifique imposée de manière différente par les accords OTC et SPS (élaboration de la mesure sur la base de considérations scientifiques) ainsi que l'exigence de fonder la norme sur les normes internationales existantes. Sur le plan de l'application, les points à éclaircir concernent l'exigence de non-discrimination et la possibilité de justification d'une mesure en raison/au titre de son objectif légitime.

S'agissant de mesures attribuées à l'Etat, celui-ci n'a pas, en principe, participé à leur élaboration. Nous verrons donc, en particulier en ce qui concerne l'exigence d'une évaluation des risques et de la définition d'un seuil de protection approprié, que ces exigences ne sont pas adaptées à la prise en compte de normes privées – il s'agit d'éléments de définition d'une politique sanitaire étatique qui diffèrent fondamentalement des conditions d'élaboration des normes privées. En revanche, concernant l'application de ces mesures, nous constaterons que les normes privées se prêtent bien à la qualification de « mesure la moins restrictive pour le commerce ».

1. Elaboration des normes

La norme privée, désormais considérée comme une mesure étatique par l'effet de l'attribution, doit répondre à certaines exigences concernant son contenu et la manière dont elle a été élaborée. Tout d'abord, les accords OTC et SPS demandent aux Etats membres de fonder leurs normes sur des normes internationales pertinentes. Alors que dans les deux accords ceci a pour but de favoriser l'harmonisation des normes, les conséquences juridiques varient considérablement en fonction des accords.

Accord SPS

Recours aux normes internationales existantes. En vue d'encourager une harmonisation des mesures sanitaires et phytosanitaires, l'Accord SPS favorise les

examiner, s'il existe des normes internationales, l'article 3 SPS et en leur absence, les articles 5 puis 2. WT/DS18/R, §§ 8.46-8.48. Nous reprendrons cette méthode dans le cadre de l'exigence d'évaluation des risques.

mesures fondées sur une norme internationale pertinente¹¹²⁷. Celles-ci sont présumées nécessaires et conformes aux dispositions de l'Accord :

1. *Afin d'harmoniser le plus largement possible les mesures sanitaires et phytosanitaires, les Membres établiront leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales, dans les cas où il en existe, sauf disposition contraire du présent accord, et en particulier les dispositions du paragraphe 3.*

2. *Les mesures sanitaires ou phytosanitaires 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 1994¹¹²⁸.*

En vertu de la jurisprudence CE - *Hormones*, l'expression « sur la base » peut recouvrir la conformité totale ou partielle à la norme internationale¹¹²⁹. Seules les mesures « conformes » au sens de l'article 3.2, c'est-à-dire reprenant exactement, adoptant ou incorporant la norme internationale, bénéficient de la présomption de compatibilité. Cette présomption est réfragable¹¹³⁰, mais en pratique il devrait être difficile de prouver qu'une norme reflétant un consensus international puisse être incompatible avec les dispositions de l'Accord SPS et du GATT de 1994¹¹³¹. Sur le plan des conséquences juridiques, la mesure est présumée « nécessaire à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des

¹¹²⁷ L'harmonisation des normes à travers l'adoption de mesures « sur la base » de normes internationales n'est donc pas à proprement parler une « exigence » de l'Accord SPS, mais une incitation.

Les normes internationales concernées sont :

- Pour l'innocuité des produits alimentaires, les normes de la Commission du *Codex Alimentarius* (Codex)
- Pour la santé des animaux, celles de l'Office international des épizooties (OIE)
- Pour la préservation des végétaux, celles élaborées sous les auspices du Secrétariat de la Convention internationales pour la protection des végétaux (CIPV ou IPPC pour la traduction anglaise – *International Plant Protection Convention*).
- Pour les questions ne relevant pas de ces organisations, les normes appropriées « promulguées par d'autres organisations internationales compétentes ouvertes à tous les Membres et identifiées par le Comité ». (Annexe A.3 SPS).

Afin de déterminer si une norme internationale est pertinente en l'espèce, le Groupe spécial n'a pas à déterminer s'il s'agit d'une mesure sanitaire ou d'un niveau de protection ; il suffit d'établir l'existence d'une norme internationale pour la question de l'espèce. Dans l'affaire CE – *Hormones*, la CE avait fait valoir que le Codex ne contenait pas de norme relative à l'utilisation des hormones de croissance, mais uniquement une limite maximale de résidus et qu'il n'existait donc pas de norme internationale sur laquelle la mesure communautaire (une interdiction de l'utilisation des hormones de croissance) aurait dû être fondée. Le Groupe spécial a rejeté cette interprétation restrictive, WT/DS48/R/CAN, §§ 8.69 et 8.72.

¹¹²⁸ Article 3.1 et 3.2 SPS. Nous soulignons.

¹¹²⁹ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, §§ 162-168. L'Organe d'appel rejette l'interprétation du Groupe spécial qui avait assimilé les sens de « sur la base de » à « conforme à ».

¹¹³⁰ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 170.

¹¹³¹ O. LANDWEHR, « Article 3 SPS », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR, (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, p. 422 n° 28.

végétaux », ce qui signifie qu'il n'existe pas de mesure moins restrictive pour le commerce et qui atteindrait le même niveau de protection¹¹³². Elle est également réputée conforme à l'ensemble des dispositions du GATT et de l'Accord SPS.

Une mesure qui n'est que partiellement fondée sur la norme internationale est une mesure qui n'incorpore que certains de ses éléments¹¹³³. Elle ne bénéficie pas de la présomption de conformité du paragraphe 2¹¹³⁴ et doit, satisfaire à l'exigence d'une « justification scientifique »¹¹³⁵.

Fondement scientifique et évaluation des risques¹¹³⁶. A l'exception des mesures conformes à une norme internationale, toute mesure SPS doit posséder un fondement scientifique ; afin d'établir celui-ci, les Membres sont soumis à l'obligation de procéder à une évaluation des risques. Cette exigence est posée par les articles 2.2 et 5.1 SPS¹¹³⁷. L'Organe d'appel a par ailleurs considéré que les articles 2.2 et 5.1 SPS devaient toujours être lus ensemble, l'article 5.1 étant considéré comme « une application spécifique des obligations fondamentales énoncées à l'article 2.2¹¹³⁸ ». L'exigence d'un fondement scientifique a pour but d'introduire dans les accords OMC un équilibre entre les mesures nationales de protection et les objectifs du libre-échange ; la prise en compte de la science dans l'élaboration de la mesure joue ici le rôle d'un indicateur du contenu protectionniste ou non protectionniste de la mesure.

¹¹³² *Ibid.* p. 422 n° 29.

¹¹³³ CE – Hormones, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 163 (nous soulignons) :

« Une mesure qui est "conforme à" une norme du Codex et qui l'incorpore est, bien entendu, établie "sur la base de" cette norme. Cependant, *une mesure établie sur la base de la même norme peut ne pas être conforme à cette norme lorsque, par exemple, seulement quelques-uns des éléments et non pas tous les éléments de la norme ont été incorporés à la mesure* ».

Comme le souligne LANDWEHR, l'« incorporation partielle » ne peut concerner les cas où la norme internationale fixe une valeur numérique, telle qu'un seuil de résidus. Dans ce cas, une modification de la norme internationale due à une utilisation d'une méthodologie différente doit également être considérée comme une norme élaborée « sur la base » de la norme internationale. P. 420-421, n° 22.

¹¹³⁴ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 171. L'Organe d'appel, dans précise que l'emploi des termes « conforme », « fondée sur » ou « sur la base de » n'est pas fortuit, et que leurs conséquence juridiques sont, par conséquent, différentes. Voir WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 164.

¹¹³⁵ Voir *infra*.

¹¹³⁶ Sur la relation entre souveraineté des Etats et justification scientifique et la proposition d'un critère alternatif voir A. O. SYKES, "Domestic Regulation, Sovereignty and Scientific Evidence Requirements. A Pessimistic View", in G.A. BERMAN, P.C. MAVROIDIS (eds.), *Trade and Human Health and Safety*, Cambridge University Press, 2006.

¹¹³⁷ **Article 2.2 SPS :**

« Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5 ».

Article 5.1 SPS :

« Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes ».

¹¹³⁸ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 180. Par conséquent, une violation de l'article 5.1 implique toujours une violation de l'article 2.2 SPS.

- Notion de risque

La notion de risque est une notion centrale dans l'examen de légalité des mesures SPS. Mais quels sont les risques qui doivent faire l'objet d'une évaluation scientifique par les Membres ? La notion de risque, dans son sens courant, désigne un danger éventuel plus ou moins prévisible, l'éventualité d'un dommage créé par un événement non contrôlé / non contrôlable par les parties¹¹³⁹. Ainsi que le précise le comité SPS dans ses « Directives pour favoriser l'application de l'article 5.5 en pratique », la notion de risque dans le contexte de l'Accord SPS est constituée de deux composantes :

« Dans le cadre de l'Accord SPS, le "risque" désigne à la fois la probabilité d'un événement indésirable (parasite ou maladie) et l'ampleur des conséquences que pourrait avoir cet événement sur la santé et la vie des animaux ou la préservation des végétaux ou les effets négatifs que pourraient avoir sur la santé et la vie des personnes et des animaux des risques d'origine alimentaire¹¹⁴⁰. [...] ».

L'ampleur des conséquences et la probabilité doivent être considérées conjointement afin de déterminer le niveau de risque existant dans des circonstances particulières¹¹⁴¹. Ainsi que le montre la définition de l'évaluation des risques, les risques à évaluer dans le cadre de l'Accord SPS sont de deux types : les risques liés à l'entrée sur le territoire d'une maladie ou d'un parasite, et les risques liés la présence d'éléments nocifs dans l'alimentation.

- Evaluation des risques (définition et méthode)

L'Organe d'appel rejette l'établissement d'une distinction entre la « gestion des risques », opération politique qui n'aurait aucun fondement scientifique, et l'« évaluation des risques », au motif que la première n'a aucun fondement textuel dans l'Accord SPS¹¹⁴². Il précise également que l'évaluation des risques contient toujours un élément d'incertitude théorique, « puisque la science ne peut *jamais* offrir la certitude *absolue* qu'une substance donnée n'aura *jamais* d'effet négatif sur la

¹¹³⁹ *Le petit Robert*, Edition 2009. Voir également P.-T. STOLL, L. STRACK, "Article 5 SPS" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, p. 440, n°9, pour qui le risque peut être défini comme la probabilité qu'un dommage frappe un certain bien ou une certaine substance en raison de certaines circonstances particulières.

¹¹⁴⁰ G/SPS/15, deuxième note de bas de page.

¹¹⁴¹ P.-T. STOLL, L. STRACK, *ibid.*, 440, n° 9.

¹¹⁴² WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 181.

santé¹¹⁴³ ». Enfin, il précise également que l'évaluation des risques n'impose pas l'établissement d'un ordre de grandeur ou seuil de risque¹¹⁴⁴ ; en d'autres termes, la démarche n'est pas nécessairement quantitative, elle peut être également qualitative¹¹⁴⁵. Il suffit que l'*existence* d'un risque soit établie par des preuves scientifiques suffisantes, la probabilité de sa réalisation ne doit pas être exprimée en termes de pourcentage.

En ce qui concerne l'objet de l'évaluation (la nature du risque évalué), la définition de l'Annexe A.4 SPS distingue entre deux types de risques :

« Evaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie sur le territoire d'un Membre importateur en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées, et des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter; ou évaluation des effets négatifs que pourrait avoir sur la santé des personnes et de animaux la présence d'additifs, de contaminants, de toxines ou d'organismes pathogène dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux¹¹⁴⁶ ».

Pour la première catégorie, l'Organe d'appel dans l'affaire *Australie - Saumons* a identifié trois étapes dans la démarche d'évaluation : l'identification de la maladie et de ses conséquences, l'estimation de la probabilité de son entrée sur le territoire, l'évaluation de la probabilité d'entrée au regard de la mesure SPS en cause¹¹⁴⁷. Pour la seconde catégorie, l'Organe d'appel a accepté la démarche en deux étapes déterminée par le Groupe spécial consistant à identifier d'abord les effets négatifs en question puis à déterminer la possibilité ou probabilité qu'ils se produisent. Toutefois, il a mis en garde contre une confusion entre les termes « possibilité » ('*potential*' en anglais) et « probabilité », le second supposant un seuil de risque beaucoup plus élevé¹¹⁴⁸. Le seuil de risque qui doit être établi est donc plus élevé dans la première catégorie qui est relative à l'entrée sur le territoire d'une maladie ;

¹¹⁴³ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 186. Italiques dans l'original.

¹¹⁴⁴ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 186. Voir aussi WT/DS18/AB/R, §§ 124 et 128.

¹¹⁴⁵ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, op. cit., p. 272.

¹¹⁴⁶ Nous soulignons.

¹¹⁴⁷ Affaire *Australie - Saumon*, WT/DS18/AB/R, § 121.

¹¹⁴⁸ Affaire *CE - Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, §§ 183-184. Voir aussi D. LUFF, op. cit., p. 272 l'évaluation de la probabilité exige « une évaluation concrète des risques encourus par la consommation d'une substance dangereuse ».

pour la seconde hypothèse, la seule possibilité d'un effet négatif sur la santé suffit à établir le niveau de risque requis¹¹⁴⁹.

La méthode d'évaluation des risques doit tenir compte des techniques d'évaluation élaborées par les organisations internationales compétentes (article 5.1) – en l'occurrence par les « trois sœurs » (Commission du *Codex Alimentarius*, OIE et Secrétariat de la CIPV¹¹⁵⁰).

L'analyse des risques doit être un examen « systématique, rigoureux et objectif¹¹⁵¹ ». L'article 5.2 fournit une liste de facteurs à prendre en compte lors de l'évaluation qui contient, outre les preuves scientifiques disponibles, les procédés et méthodes de production, les méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai, mais aussi les conditions écologiques et environnementales pertinentes et la prévalence ou l'absence de parasites ou maladies dans certaines zones. Cette liste n'est pas exhaustive¹¹⁵². L'évaluation des risques doit être spécifique, c'est-à-dire porter sur la substance précise qui est visée par la mesure SPS. En d'autres termes, une étude distincte doit être menée pour toute mesure/substance en cause ; une étude portant sur une catégorie générale de mesures ne peut être invoquée pour la détermination d'un risque particulier¹¹⁵³.

L'évaluation des risques peut faire état d'opinions scientifiques divergentes et le niveau de risque retenu peut reposer sur une opinion minoritaire, à condition que celle-ci émane de sources compétentes et respectées¹¹⁵⁴. La prise en compte par un gouvernement responsable et représentatif « *d'opinions dissidentes exposées par des scientifiques compétents* » est tout aussi légitime et ne témoigne pas de l'absence d'une relation raisonnable entre la mesure SPS et l'évaluation des risques¹¹⁵⁵. Plus le risque est grave (risque d'atteinte mortelle à la santé humaine, par exemple), plus le gouvernement est fondé à adopter une mesure sur la base d'une opinion scientifique minoritaire émanant de source compétentes et respectées. L'Organe d'appel tient ainsi compte du souci des Etats de « *procéder avec prudence et précaution en ce qui*

¹¹⁴⁹ P.-T. STOLL, L. STRACK, "Article 5 SPS" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, p. 442 n° 13-15. Ceci s'explique sans doute que dans le deuxième cas, un dommage direct à la santé et à la vie est à craindre, ce qui justifie que le seuil de risque à démontrer soit moins important.

¹¹⁵⁰ Pour le détail des normes de ces organisations relatives aux méthodes d'évaluation, voir D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, p. 273s.

¹¹⁵¹ CE – *Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 187.

¹¹⁵² WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 187.

¹¹⁵³ P.-T. STOLL, L. STRACK, *op. cit.*, p. 446 n° 27.

¹¹⁵⁴ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 194; voir aussi l'affaire Japon – Produits agricoles, WT/DS76/AB/R, § 77.

¹¹⁵⁵ Voir *infra*. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 194.

*concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes*¹¹⁵⁶ ».

- Exception

L'article 5.7 SPS¹¹⁵⁷ prévoit une exception à l'obligation d'entreprendre une évaluation des risques en vertu du principe de précaution : un Etat Membre peut, en l'absence de preuves suffisantes, adopter des mesures provisoires « sur la base des renseignements pertinents disponibles ». L'Etat doit cependant s'efforcer d'obtenir des renseignements complémentaires¹¹⁵⁸ et de revoir la mesure en fonction de ces renseignements dans un délai raisonnable¹¹⁵⁹.

Notons que le principe de précaution n'est pas uniquement incorporé dans l'Accord SPS par le biais de l'article 5.7. L'Organe d'appel précise qu'il est également pris en compte dans le 6^{ème} alinéa du Préambule et à l'article 3.3 (droit déterminer le niveau de protection approprié). Par ailleurs, il rappelle que le principe de précaution doit être pris en compte par les juridictions dans leur appréciation d'un recours suffisant à la science pour la justification des mesures :

*« [...] un groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s'il existe des "preuves scientifiques suffisantes" pour justifier le maintien par un Membre d'une mesure SPS particulière peut, évidemment, et doit, garder à l'esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes*¹¹⁶⁰ ».

¹¹⁵⁶ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, §§ 120-124, cité par D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, p. 275.

¹¹⁵⁷ « Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra **provisoirement** adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable ». Nous soulignons.

¹¹⁵⁸ Cela suppose une action concrète de la part du Membre, sans toutefois l'obliger à entreprendre ou à commanditer de nouvelles recherches. Voir P.-T. STOLL, L. STRACK, "Article 5 SPS", *op. cit.*, p. 461 n° 88.

¹¹⁵⁹ Celui-ci doit être établi au cas par cas en fonction des circonstances de l'espèce, Affaire Japon – *Produits agricoles II*, WT/DS/76/AB/R § 93.

¹¹⁶⁰ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 124. Sur le principe de précaution, voir par exemple Ch. NOIVILLE, „Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce », *Journal de droit international*, 2000/2, p. 281.; L. BOY, „La mise en oeuvre du principe de précaution dans l'Accord SPS de l'OMC“, *Revue économique*, vol. 54/6, 2003, pp. 1291-1306; H. BELVÈZE, „Le principe de précaution et ses implications juridiques dans le domaine de la sécurité sanitaire des aliments“, *Revue scientifique et technique de l'OIE*, vol. 22/2, 2003, pp. 387-396.

Détermination d'un niveau de protection approprié. Les Etats sont, en principe, libres de déterminer « le niveau de protection qu'ils jugent approprié en fonction des risques qu'ils ont évalué »¹¹⁶¹. Cependant, si l'article 3 consacre le droit¹¹⁶² des Etats Membres d'établir un niveau de protection qui leur est approprié et qui s'écarte des normes internationales, ce droit n'est pas absolu¹¹⁶³. En effet, si une norme prévoit un niveau de protection plus élevé que celui qui résulterait d'une mesure fondée sur une norme internationale, elle doit avoir une « *justification scientifique*¹¹⁶⁴ » ou « [être] *la conséquence du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié conformément aux dispositions pertinentes des paragraphes 1 à 8 de l'article 5* » (article 3.3 SPS¹¹⁶⁵). La « justification scientifique » est définie dans une note de bas de page de l'article 3.3 SPS :

« Aux fins du paragraphe 3 de l'article 3, il y a une justification scientifique si, sur la base d'un examen et d'une évaluation des renseignements scientifiques disponibles conformément aux dispositions pertinentes du présent accord, un Membre détermine que les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes ne sont pas suffisantes pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'il juge approprié ».

Il semblerait donc qu'il existe deux manières de justifier qu'une mesure s'écarte de la norme internationale : la justification scientifique d'une part, la définition d'un niveau de risque approprié en fonction de la procédure d'évaluation des risques établie par l'article 5 d'autre part. Cependant, la jurisprudence¹¹⁶⁶ a considéré que la démarche « d'examen et d'évaluation » décrite dans la définition de la justification scientifique se rapprochait de l'évaluation des risques requise par l'article 5.1 SPS. Dans l'affaire CE – *Hormones*, l'Organe d'appel a considéré que les deux alternatives posées par l'article 3.3 pour justifier un niveau de protection plus élevé étaient en

¹¹⁶¹ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, op. cit., p. 278.

¹¹⁶² Il s'agit d'un droit "autonome", et d'une "exception" à une "obligation générale" au titre de l'article 3:1, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 172.

¹¹⁶³ *Ibid.*, § 173.

¹¹⁶⁴ Cette exigence de justification scientifique, qui concerne uniquement les mesures SPS dont le niveau de protection est plus élevé que celui des normes internationales, est sans doute plus stricte que l'exigence d'être « fondée sur des principes scientifiques » qui est applicable à toute mesure SPS (article 2.2).

¹¹⁶⁵ Article 3.3 SPS :

« Les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires qui entraînent un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire 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 sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié conformément aux dispositions pertinentes des paragraphes 1 à 8 de l'article 5. [...] ».

¹¹⁶⁵ Et non les normes de protection du consommateur, ou de la sécurité nationale.

¹¹⁶⁶ CE – *Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 175.

réalité équivalentes. En d'autres termes, « justification scientifique » et « évaluation des risques » ne constituent pas deux raisonnements distincts mais relèvent d'une démarche identique en raison de la nature similaire de l'examen (de la méthode) qu'elles supposent¹¹⁶⁷. Les deux dispositions poursuivent également le même objectif, à savoir « *faire contrepoids au droit des Membres de fixer leur niveau de protection approprié*¹¹⁶⁸ ».

Ce rejet d'une distinction entre les deux termes a été critiqué en doctrine comme privant l'article 3.3 de tout « effet utile »¹¹⁶⁹ car il efface toute différence de traitement entre les mesures qui dépassent le résultat obtenu par les normes internationales et celles qui établissent un niveau de protection similaire. Les mesures s'écartant des normes internationales ne sont pas soumises à une évaluation scientifique plus stricte et la notion de niveau de risque « approprié » perd toute importance pratique dans la détermination des politiques sanitaires des Etats.

Sur le plan procédural, l'article 3.3 n'est pas considéré comme une exception de l'article 3.1 ; il n'y a donc pas de renversement de charge de la preuve¹¹⁷⁰.

En vertu de l'article 5.5 SPS, la détermination du niveau de protection approprié doit être « cohérente », ce qui signifie que « *chaque Membre évitera de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux qu'il considère appropriés dans des situations différentes, si de telles distinctions entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international* ». Cette disposition constitue une application de l'obligation générale de TN et TNPF de l'article 2.3 selon lequel

¹¹⁶⁷ *Ibid.* § 175.

¹¹⁶⁸ *Ibid.* § 177. Ce raisonnement s'inscrit dans la recherche d'un équilibre entre considérations commerciales et « éthiques » : « De manière générale, l'objet et le but de l'article 3 consistent à favoriser l'harmonisation la plus large possible des mesures SPS des Membres, tout en reconnaissant que les Membres ont le droit et le devoir de protéger la vie et la santé de leur population et en leur garantissant ce droit. L'harmonisation des mesures SPS a pour ultime objectif d'empêcher que ces mesures exercent une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres ou qu'elles constituent une restriction déguisée au commerce international, sans pour autant empêcher les Membres d'adopter ou de faire appliquer des mesures qui sont à la fois "nécessaires à la protection" de la vie et de la santé des personnes et "fondées sur des principes scientifiques", et cela sans les obliger à modifier leur niveau de protection approprié. L'obligation de procéder à une évaluation des risques, qui est faite à l'article 5:1, et la prescription relative aux "preuves scientifiques suffisantes" énoncée à l'article 2:2, sont essentielles pour *maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'Accord SPS entre les intérêts partagés quoique parfois divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains*. Nous concluons que la constatation du Groupe spécial selon laquelle les Communautés européennes sont tenues, aux termes de l'article 3:3, de satisfaire aux exigences de l'article 5:1 est correcte [...] ». *Ibid.* (Nous soulignons).

¹¹⁶⁹ O. LANDWEHR, « Article 4 SPS », in R. WOLFRUM, P.-T. STOL, A. SEIBERT-FOHR (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, p.424 n° 34. Pour cet auteur il aurait été nécessaire, en vue d'atténuer la sévérité de l'Accord SPS, de considérer que les expressions « sur la base de » et « conforme à » sont équivalentes et de conserver la première option (« justification scientifique ») en tant que possibilité indépendante de justification. Voir note de bas de page n° 52.

¹¹⁷⁰ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, p. 280, note de bas de page n° 1235. Voir WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, §§ 104, 172, et WT/DS76/AB/R, § 79.

« Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires et phytosanitaires n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres »¹¹⁷¹. L'examen de cette disposition se fait en trois étapes :

- Déterminer si le niveau de protection a été établi dans des situations différentes mais comparables,
- Examiner si le niveau de protection entraîne une différence de traitement arbitraire ou injustifiable dans des situations différentes,
- Examiner si ces différences de traitement entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce¹¹⁷².

Pour cette dernière étape, qualifiée de prescription « la plus importante » de l'article 5.5, l'Organe d'appel précise que :

*« A notre avis, le degré de différence, ou l'ampleur de la divergence, dans les niveaux de protection, n'est qu'un type de facteur qui, parmi d'autres, peut, par un effet de cumul, amener à la conclusion qu'une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international **résulte en fait de l'application d'une mesure ou de mesures concrétisant un ou plusieurs de ces niveaux différents de protection***¹¹⁷³ ».

Il est donc essentiel de noter que le caractère de discrimination ou de « restriction déguisée au commerce » ne dépend pas uniquement du choix du niveau de protection, mais également de la manière de laquelle la mesure est appliquée (question sur laquelle nous reviendrons plus tard).

Enfin, la détermination du niveau approprié de protection doit se faire en tenant compte de l'objectif qui consiste à réduire au maximum les effets négatifs sur le commerce (article 5.4 SPS).

¹¹⁷¹ D. LUFF, *ibid.*, p. 281. Voir également l'affaire Hormones, dans laquelle l'Organe d'appel souligne que l'article 5.5 doit être lu « dans le contexte des obligations fondamentales énoncées à l'article 2:3 » WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 238. D. LUFF souligne cependant qu'il existe néanmoins une différence importante entre ces deux obligations : « celle qui est énoncée dans l'article 5.5 intervient en amont de la mesure, dans la détermination des niveaux de protection, alors que celle qui fait l'objet de la dernière phrase de l'article 2.3 intervient lorsque la mesure est adoptée. L'examen de leur respect exige, certes, une appréciation des effets concrets de l'application d'une mesure, mais les circonstances de l'examen diffèrent » (Note de bas de page n°1245).

¹¹⁷² WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, §§ 216s.

¹¹⁷³ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 240. Nous soulignons.

Choix de la mesure appliquée. Après l'évaluation des risques et la détermination d'un niveau de protection approprié, intervient le choix de la mesure à appliquer¹¹⁷⁴. Pour ce faire, l'Etat doit tenir compte de l'exigence jurisprudentielle d'un lien logique entre la mesure et l'évaluation des risques. Dans l'affaire CE – *Hormones*, L'Organe d'appel a ainsi précisé que :

« [...] l'article 5:1, lorsqu'il est lu en contexte comme il se doit et qu'il est interprété à la lumière de l'article 2:2 de l'Accord SPS, exige que les résultats de l'évaluation des risques justifient suffisamment - c'est-à-dire qu'ils étayent raisonnablement - la mesure SPS en jeu. La prescription voulant qu'une mesure SPS soit établie "sur la base d'une évaluation des risques est une prescription de fond en ce sens qu'il doit y avoir une relation logique entre la mesure et l'évaluation des risques"¹¹⁷⁵ ».

Cette « relation logique » doit être déterminée au cas par cas et dépend de l'existence et de la qualité des preuves scientifiques¹¹⁷⁶. Dans l'affaire CE – *Hormones*, c'est d'ailleurs le défaut de cette relation logique entre les études (générales) présentées et la mesure d'interdiction des Communautés européennes qui a justifié la constatation que la mesure en cause n'était pas conforme aux obligations aux titre de l'Accord SPS¹¹⁷⁷.

Il faut ensuite que les Etats fassent en sorte que les mesures SPS « *ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique* » (article 5.6)¹¹⁷⁸. Une note de bas de page précise que :

« Aux fins du paragraphe 6 de l'article 5, une mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis à moins qu'il n'existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire approprié et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce ».

D'après D. LUFF ce test, qui s'apparente à ce lui de la nécessité dans le cadre de l'article XX du GATT, permet d'introduire un examen de la proportionnalité des mesures par rapport à

¹¹⁷⁴ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, op. cit. p. 283 s.

¹¹⁷⁵ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, § 193.

¹¹⁷⁶ P.-T. STOLL, L. STRACK, "Article 5 SPS", op. cit., . 444 n° 22.

¹¹⁷⁷ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, §§ 199, 200.

¹¹⁷⁸ Voir l'affaire *Australie – Saumons* qui établit que le Membre doit vérifier qu'il n'existe pas de mesure alternative soit raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique, permette d'obtenir le niveau de protection jugé approprié et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce, ces trois éléments étant cumulatifs. WT/DS18/AB/R, § 194.

l'objectif défini¹¹⁷⁹. Il permet également, en pratique, « de donner la préférence aux mesures de publicité ou d'étiquetage par rapport à leur interdiction pure et simple en cas de non-conformité, ainsi qu'aux règlements techniques plus faciles à respecter pour les importateurs¹¹⁸⁰ ».

Enfin, le choix des Etats doit se porter sur une mesure qui n'établisse aucune discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires (article 2.3). A la différence du GATT, la comparaison peut ici se faire entre produits différents dans des conditions de risques identiques ou similaires ; elle n'est pas limitée aux produits similaires ou substituables¹¹⁸¹. Pour D. LUFF, ce choix du Groupe spécial est contestable dans le cadre de l'article 2.3 (qui concerne toute discrimination en général), mais justifié dans le cadre de l'article 5.5 qui concerne la cohérence des niveaux de protection pour laquelle la comparaison de situations de risques similaires est requise. Le lien entre les deux articles ne doit pas, selon lui, faire oublier qu'ils relèvent de deux « optiques » différentes¹¹⁸².

L'obligation de fonder une mesure sur une évaluation des risques n'est pas ponctuelle mais s'inscrit dans la durée ; l'Etat Membre doit ainsi tenir compte des évolutions de la science et soumettre la mesure à un réexamen constant (« permanent ou périodique¹¹⁸³ »). Cette interprétation est conforme au texte de l'article 2.2 selon lequel une mesure SPS ne doit pas être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes.

L'évaluation des risques est-elle également applicable aux normes privées attribuables à l'Etat ? Dans la mesure où l'attribution suppose un certain degré de contrôle sur l'élaboration et l'application de la norme, l'exigence d'une évaluation des risques leur est transposable. Il est toutefois peu probable qu'elle ait été effectuée en pratique par les Etats. Sur le plan théorique, trois questions se posent sur l'application de ce principe aux normes privées, auxquelles il n'existe pas à l'heure actuelle de réponse satisfaisante :

¹¹⁷⁹ D. LUFF, *op. cit.*, p. 286.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ CE – *Saumons*, WT/DS18/RW, §§ 7.111 et 7.112.

¹¹⁸² D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, p. 286-287.

¹¹⁸³ P.-T. STOLL, L. STRACK, "Article 5 SPS", *op. cit.*, p. 444 n° 23.

- Quelle place accorder au principe de précaution dans l'évaluation d'une norme privée ?
- Quelle importance accorder aux préférences des consommateurs au titre des facteurs à prendre en compte lors de l'évaluation ?
- Le caractère privé des normes peut-il constituer un moyen de justification dans le cadre de l'évaluation de la mesure la moins restrictive ?

Accord OTC

Dans l'Accord OTC, la poursuite d' « objectifs légitime » par les mesures joue un rôle important ; on retrouve cette exigence à la fois en ce qui concerne la possibilité de s'écarter des normes internationales pertinentes (art. 2.4) et pour la possibilité de constituer une restriction au commerce (art. 2.2). Pour faciliter la comparaison, nous reprendrons les éléments de légalité que nous avons étudiés pour l'Accord SPS. Notons que les normes privées susceptibles d'être attribuées à un Etat dans le cadre de l'Accord OTC feront partie, selon toute vraisemblance, de la catégorie des normes et non de celle des règlements techniques, en raison du caractère volontaire de leur application.

Recours aux normes internationales pertinentes. Comme l'Accord SPS, l'Accord OTC dispose que les Membres doivent utiliser les normes internationales pertinentes comme base de leurs règlements techniques¹¹⁸⁴. Cependant, l'Accord OTC n'établit pas de « droit autonome » des Etats Membres de s'écarter des normes internationales. Il prévoit uniquement une exception à l'obligation de fonder les règlements techniques sur les normes internationales pertinentes si ces dernières sont inefficaces ou inappropriées¹¹⁸⁵ pour réaliser les objectifs légitimes recherchés (article 2.4¹¹⁸⁶). Pour invoquer cette exception, les Membres peuvent se fonder « par exemple » sur

¹¹⁸⁴ L'expression « comme base de » a été interprétée par l'Organe d'appel en conformité avec l'interprétation de l'expression « sur la base de » dans l'affaire CE – *Hormones* qui concernait l'Accord SPS (cf. *supra*). Voir l'affaire CE – *Sardines*, WT/DS231/AB/R.

¹¹⁸⁵ Pour le sens de ces termes, l'OA dans l'affaire *Sardines* a souscrit à l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle : « un moyen inefficace est un moyen qui n'a pas la fonction d'accomplir l'objectif légitime recherché, tandis qu'un moyen inapproprié est un moyen qui n'est pas spécialement adéquat pour réaliser l'objectif légitime recherché. [...] La question de l'efficacité concerne les *résultats* du moyen employé, tandis que la question du caractère approprié se rapporte davantage à la *nature* de ce moyen ». Cité par WT/DS231/AB/R § 285.

¹¹⁸⁶ « 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 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*, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux ». Nous soulignons.

des facteurs climatiques ou géographiques ou sur des problèmes technologiques fondamentaux, cette liste n'étant pas exhaustive.

Cette formulation est reprise dans le cadre de l'Annexe 3 concernant les normes (article F)¹¹⁸⁷ :

« Dans les cas où des normes internationales existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, l'organisme à activité normative utilisera ces normes ou leurs éléments pertinents comme base des normes qu'il élabore, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seront inefficaces ou inappropriés, par exemple en raison d'un niveau de protection insuffisant, de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux ». (Nous soulignons.)

Lorsqu'il s'agit de démontrer qu'une norme n'a pas été établie sur la base d'une norme internationale, ou que la norme est inefficace ou inappropriée, la charge de la preuve repose sur la partie plaignante (le demandeur)¹¹⁸⁸. L'Organe d'appel ayant jugé que l'article 2.4 n'entraînait aucun renversement de la charge de la preuve, il convient d'étendre cette affirmation à l'Annexe 3 réservée aux normes volontaires.

Comme l'Accord SPS, l'Accord OTC établit une présomption de légalité pour les règlements techniques conformes aux normes internationales, à condition toutefois que les règlements poursuivent un objectif légitime :

« [...] Chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable - ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international ». (Article 2.5 OTC).

Ici aussi, la présomption est réfragable. On peut toutefois se demander si cette présomption s'étend également aux normes. L'Annexe ne fournit pas de réponse à

¹¹⁸⁷ La seule différence entre l'article 2.4 OTC et l'Annexe 3.F concerne le champ d'application temporel des dispositions. On pourrait en effet penser que l'Annexe 3.F est limité aux normes que l'Etat membre va élaborer et ne s'applique pas aux normes déjà adoptées. Mais selon M. KOEBELE et G. LAFORTUNE il n'existe aucune raison d'instaurer une différence entre les deux dispositions, en dépit de la différence de formulation. Voir "Article 4 and Annex 3 TBT", *op. cit.*, p. 250 n° 13.

¹¹⁸⁸ Dans l'affaire CE – Sardines, l'Organe d'appel a constaté « qu'il incombe au Pérou de démontrer que Codex Stan 94 est "efficace et appropriée" pour réaliser les "objectifs légitimes" recherchés par les Communautés européennes au moyen du Règlement CE » WT/DS231/AB/R § 282.

cette question. Faut-il supposer, dès lors, qu'une norme privée conforme à une norme internationale ne crée pas d'obstacle non nécessaire au commerce international ? Dans un souci de cohérence des accords, il semble logique d'étendre la portée de la présomption aux normes privées. Cependant, l'omission pourrait également résulter d'une volonté délibérée des rédacteurs de l'accord. Ce point reste à éclaircir par la jurisprudence.

Evaluation des risques et choix de la mesure appropriée. L'élaboration et l'adoption des normes et règlements techniques ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international (art. 2.2 et Annexe 3.E). L'article 2.4 relatif aux règlements techniques ajoute :

« A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits ».

Cet article prescrit une évaluation des risques dans le cadre de l'évaluation de la « nécessité » d'un règlement technique pour la réalisation d'un objectif légitime. A la différence de l'Accord SPS, le risque évalué est ici le risque qu'entraînerait la non-réalisation d'un objectif légitime tel que la protection de la vie ou de la santé des hommes et des animaux ou la protection de l'environnement. La logique est différente de celle de l'Accord SPS, qui requiert l'analyse des risques liés à l'entrée de maladies ou parasites sur le territoire ou à la présence de substances toxiques dans les aliments, *dans le cadre de la détermination, par l'Etat, du niveau de protection approprié.* Ici, l'évaluation des risques se fait à un stade plus tardif que celui de la définition de la politique étatique, puisqu'il se fait au niveau du choix de la mesure. Elle intervient dans le cadre d'un examen de proportionnalité de la mesure au regard

de l'objectif poursuivi. La jurisprudence au sujet de la nécessité au sein du GATT (article XX) peut être transposée dans le cadre de l'Accord OTC.

Souvent, les normes privées et en particulier les labels environnementaux ont pour but la protection de l'environnement en général, et non la réalisation d'un risque particulier. Il est par conséquent peu probable que leur non respect entraîne un risque *spécifique* identifiable (voire quantifiable) pour l'environnement¹¹⁸⁹. Cependant, ceci n'influe en rien sur la capacité des normes privées à poursuivre l'un des « objectifs légitimes » énumérés¹¹⁹⁰. Nous considérons pour cela que l'absence de risque spécifique en cas de non respect de la norme ne devrait pas empêcher l'évaluation de la nécessité de celle-ci au regard de l'objectif poursuivi et, éventuellement, la constatation qu'elle est « plus restrictive que nécessaire » à la réalisation de cet objectif.

En ce qui concerne la méthode de l'évaluation des risques, les facteurs à prendre en compte sont « les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits ». Cette méthode peut paraître plus souple que celle de l'Accord SPS car moins axée sur la science, mais il est possible de l'interpréter à la lumière des principes de « systématicité, rigueur et objectivité » élaborés dans le cadre de l'Accord SPS¹¹⁹¹.

Le choix de la mesure doit se porter sur celle qui est la moins restrictive au commerce tout en permettant de réaliser l'objectif légitime souhaité. Dans ce contexte, D. LUFF souligne que « *la préférence est généralement donnée aux mesures de publicité ou d'étiquetage des marchandises par opposition à leur interdiction pure et simple en cas de non-conformité, ainsi qu'aux types de règlements techniques qui sont plus faciles à respecter pour les importateurs*¹¹⁹² ». Cet auteur souligne que l'Accord OTC est sur ce point plus sévère que le GATT qui permet l'application de standards de produit (ayant pour but la protection de l'environnement) si celles-ci s'appliquent de

¹¹⁸⁹ Voir Ch. TIETJE, "Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System", *Journal of World Trade*, 1995, p. 135 en ce qui concerne l'exemple du l'écolabel européen (il s'agit certes ici d'un label public et non privé, mais le raisonnement est applicable aux normes privées par analogie).

¹¹⁹⁰ Sur ce point nous ne sommes en désaccord avec Ch. TIETJE, précité, qui considère que l'exigence d'un dommage important par le label européen empêche celui-ci de réaliser l'un des objectifs légitimes mentionnés par l'article 2.2. *Ibid.*

¹¹⁹¹ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, *op. cit.*, 301-302.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 304-305.

manière non discriminatoire à tous les produits similaires ou concurrents, sans exiger de choisir la mesure la moins restrictive¹¹⁹³.

Détermination du niveau de protection approprié. L'alinéa 6 du Préambule de l'Accord OTC reconnaît que :

« rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord ».

Il n'est pas requis de justification scientifique pour adopter un niveau de protection plus élevé (on peut imaginer une hypothèse dans laquelle un règlement technique serait « basé sur » une norme internationale mais adopterait néanmoins un niveau de protection plus élevé ; dans ce cas les conséquences juridiques seraient différentes de celles prévues par l'Accord SPS). Mais qu'en est-il des normes privées ? Quelles sont les conséquences juridiques si elles s'écartent des normes internationales ? Les organismes non gouvernementaux sont-ils habilités, au même titre que les Etats membres à définir et mettre en œuvre un « niveau de protection approprié » ? Cette notion apparaît intimement liée à l'adoption de politiques réglementaires par les Etats et à leur liberté normative ; elle semble peu adaptée à la caractérisation de l'action des organismes privés. Même si l'inapplicabilité de la disposition sur le niveau de protection approprié aux normes privées n'a que peu de conséquences pratiques, elle témoigne de l'incohérence qu'il y a à traiter dans le même texte des normes privées et gouvernementales (que celles-ci soient locales ou nationales).

GATT

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 305.

Si la mesure ne tombe pas dans les champs d'application spécifiques des accords SPS ou OTC (voir *supra*), elle est couverte par les règles du GATT concernant le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée.

L'article III.4 du GATT de 1994 est applicable dans le cadre du traitement national. L'article XI, relatif aux restrictions à l'importation, peut être exclu du raisonnement dans la mesure où les normes privées ne concernent pas directement l'entrée sur le territoire des produits¹¹⁹⁴. L'article III.4 demande l'octroi d'un traitement « non moins favorable » aux produits « similaires » étrangers, par rapport au traitement accordé aux produits nationaux¹¹⁹⁵.

L'exigence d'un traitement non moins favorable a été interprétée comme recouvrant toutes les lois ou réglementations susceptibles de modifier les conditions de concurrence sur le marché national¹¹⁹⁶. En raison de leur fonction de différenciation des produits, il n'est pas exclu que les normes privées attribuables à l'Etat tombent sous le champ de l'article III.4. Il faut ensuite prouver que la modification des conditions de concurrence est due à une discrimination illicite. Cette condition devrait s'avérer difficile à prouver en pratique. En ce qui concerne par exemple les labels, une discrimination illicite est presque impossible à démontrer car ces derniers s'appliquent à tous les producteurs, sans distinction de nationalité¹¹⁹⁷.

Un Groupe spécial du GATT a insisté sur la nécessité de prendre en compte l'exigence de l'article III.1 du GATT selon laquelle les taxes ou réglementations ne doivent pas être appliqués « de manière à favoriser la protection de la production nationale », que ce soit dans l'appréciation de la similarité des produits ou dans

¹¹⁹⁴ Ch. TIETJE, "Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System", *op.cit.*, p. 138 qui rappelle que les deux dispositions, article III et article XI sont dans une « relation d'exclusion mutuelle ». Il cite le rapport du Groupe spécial dans l'affaire Canada – *Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger*, BISD 30S/140, 1984, § 5.14.

¹¹⁹⁵ « Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur ».

¹¹⁹⁶ Rapport du Groupe spécial *Italie — Mesures discriminatoires appliquées à l'importation de machines agricoles (BISD 7S/60)*, 1958, § 12 : « Au surplus, le texte du paragraphe 4 dans l'une et l'autre langue se réfère aux lois, règlements et prescriptions affectant la vente, l'achat, etc., des produits en cause sur le marché intérieur et non pas aux lois, règlements et prescriptions qui régissent les conditions de vente ou d'achat. De l'avis du Comité, le choix du mot "affectant" impliquerait que l'intention du législateur était que les dispositions du paragraphe 4 visent non seulement les lois et règlements qui régissent directement les conditions de vente ou d'achat mais encore toutes lois et règlements qui pourraient altérer, sur le marché intérieur, les conditions de la concurrence entre le produit d'origine nationale et le produit d'importation ». Ch. TIETJE, p. 140, précise que les écolabels nationaux peuvent être utilisés volontairement comme instruments de distorsion des conditions de concurrence en faveur des produits considérés non écologiques. On peut se demander s'il en va de même pour les instruments privés, lorsqu'il existe une implication suffisante de l'Etat dans leur application ou leur élaboration (qui, concrètement/juridiquement) se traduit par l'attribution de la norme à l'Etat.

¹¹⁹⁷ Ch. TIETJE, *op. cit.*, p. 140.

l'examen de l'existence d'une discrimination¹¹⁹⁸. A contrario, cela permet de conclure que les mesures établissant une distinction entre produits similaires et poursuivant des buts autres que la protection de la production nationale, ne sont pas nécessairement illégales¹¹⁹⁹. Ceci permet d'introduire dans l'appréciation de la discrimination la prise en compte du but/de l'objet des mesures et non uniquement de leurs effets¹²⁰⁰. Notons que l'on retrouve au stade de l'examen de la similarité des produits le même questionnement sur l'inclusion des PMP que décrit précédemment.

Concernant le traitement de la nation la plus favorisée, l'article I.1 du GATT prévoit que «*Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes*». Pour que cette disposition soit applicable à une norme privée attribuable à un Etat, il faudrait que celle-ci établisse une différence de traitement entre produits importés similaires¹²⁰¹ en fonction de leur pays d'origine. Dans l'affaire *Thon – Dauphins I*, le Groupe spécial a considéré qu'un label américain n'établissait pas de différence entre les produits originaires de différents pays et n'était par conséquent pas contraire à l'article I.1¹²⁰². Même s'il s'agissait en l'espèce d'un label étatique, cette conclusion peut être transposée aux labels d'origine privée ouverts à l'acceptation volontaire de tout acteur intéressé. Cependant, le rapport n'exclut pas l'éventualité qu'un label puisse être contraire au principe du traitement de la nation la plus favorisée, notamment s'il établit des critères qui peuvent seulement être respectés par les Etats qui disposent

¹¹⁹⁸ Etats-Unis – *Taxes sur les automobiles*, DS31/R, § 5.7 s. Voir notamment le § 5.9 : « [...] de l'avis du Groupe spécial, la première étape de la détermination des caractéristiques communes au produit national et au produit importé (caractère similaire) qu'il convenait de prendre en considération devrait comprendre, dans tous les cas, sauf dans les cas les plus simples, un examen du but et de l'effet de la mesure fiscale particulière. En conséquence, la seconde étape de la détermination de la question de savoir si cette mesure fiscale était discriminatoire ou protectrice consistait simplement à poursuivre l'enquête engagée dans le cadre de la première étape ».

¹¹⁹⁹ « [Le Groupe spécial] en a déduit en conséquence que l'article III avait seulement pour objet d'interdire les distinctions réglementaires entre produits qui étaient appliquées de manière à protéger la production nationale. Son but n'était pas d'interdire les distinctions fiscales et réglementaires appliquées en vue d'atteindre d'autres objectifs ». *Ibid.* § 5.7. Il ajoute : « Notant qu'un objectif premier de l'Accord général était de réduire les obstacles au commerce sur les marchés, et non d'harmoniser le traitement auquel la réglementation soumettait des produits sur ces marchés, le Groupe spécial a estimé que l'article III ne saurait être interprété comme interdisant les décisions des pouvoirs publics, fondées sur des produits, qui n'étaient pas prises de manière à protéger la production nationale » (§ 5.8).

¹²⁰⁰ Mais Ch. TIETJE rappelle que l'élément subjectif (l'intention) ne doit pas être surévalué, sous peine de nuire à l'efficacité du principe de traitement national. Les effets objectifs de la mesure doivent rester l'élément prépondérant dans l'analyse de la discrimination. P. 141.

¹²⁰¹ Ici aussi, se pose la question des produits similaires et de la prise en compte des PMP dans l'évaluation de la similarité.

¹²⁰² Etats-Unis – *Restrictions à l'importation de thon* (affaire « Thon I »), BISD/39S/155, DS21/R, 1991, § 5.42.

des ressources financières et techniques nécessaires¹²⁰³. La probabilité d'une illégalité existe donc essentiellement pour les normes d'entreprises dont la position de marché est suffisamment prédominante pour pouvoir imposer des normes qu'elles seules ont les moyens de mettre en œuvre.

Une mesure incompatible avec les articles I.1 et III.4 peut néanmoins être justifiée au regard de l'article XX du GATT. Au stade de l'élaboration, c'est au regard des différentes hypothèses citées par l'article XX que s'apprécie la légalité de la mesure¹²⁰⁴. Si l'on reprend l'exemple d'un écolabel, celui-ci pourrait être justifié au regard de l'art. XX b), s'il est « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ». La jurisprudence a établi qu'une mesure était nécessaire s'il n'existe pas de mesure alternative dont les effets sur le commerce international sont moins restrictifs¹²⁰⁵ (il n'est toutefois pas nécessaire que la mesure en question soit conforme aux articles I.1 et III.4 : la mesure doit soit ne pas être incompatible avec les dispositions du GATT soit comporter un « moindre degré d'incompatibilité¹²⁰⁶»). Les labels écologiques (et, par extension, les labels en général ainsi que toute autre mesure privée) sont-ils, *par excellence*, des mesures les moins restrictives pour le commerce au sens de l'article XX ? J. EMSLIE¹²⁰⁷ soutient que les écolabels sont, dans de nombreux cas, des « mesures les moins restrictives », à condition qu'ils respectent certaines conditions. La première condition est l'« effectivité » du label : celui-ci doit contribuer à la réalisation de l'objectif visé (si l'on reste dans le cadre de l'article XX b), la protection de la vie des personnes et des animaux ainsi que la préservation des végétaux). Le label doit à

¹²⁰³ Ch. TIETJE, “Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System”, *op. cit.*, 143. Mais comme le fait remarquer cet auteur, on peut objecter que, quels que soient les critères qu'il établit, le label est applicable de à tous les produits sans distinction. Il considère néanmoins que les critères en question devraient être relatifs aux caractéristiques du produit et non à des considérations extérieures telles que la protection de l'environnement. Cependant, il considère que l'article I.1 étant une émanation du principe des avantages comparatifs, il est impossible de s'en écarter pour des raisons autres que celles liées aux caractéristiques des produits. Dans une interprétation téléologique de l'article I.1, il considère que le but de cette disposition est de promouvoir la théorie de l'avantage comparatif uniquement sur la base des caractéristiques du produit. On peut objecter à cela que cette volonté ne résulte pas clairement du texte, et que sa portée concernant les critères qui n'affectent pas directement le produit reste controversée parmi les Membres.

¹²⁰⁴ Le chapeau de l'article XX concerne, lui, plus spécifiquement l'*application* de la mesure. Voir l'affaire Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, § 115.

¹²⁰⁵ Affaire Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, BISD 37S/200, 1990, § 74 dans laquelle le Groupe spécial cite le rapport du Groupe spécial Etats-Unis - *L'article 337 de la Loi douanière de 1930* L/6439, 1989, § 5.26. Cette approche a été reprise dans les affaires *Thon I* et *CE – Amiante* (précitées). Dans cette dernière affaire cependant, l'Organe d'appel adopte une approche légèrement plus restrictive et précise qu'une mesure ne cesse pas d'être « raisonnablement » disponible simplement parce que sa mise en œuvre entraîne des difficultés administratives (WT/DS135/AB/R, § 169).

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ J.J. EMSLIE, “Labeling programs as a Reasonably Available Least Restrictive Trade Measure Under Article XX's Nexus Requirement”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 30/2, 2005, pp. 485-545.

ce titre être à la fois « informatif et crédible »¹²⁰⁸. Le label doit ensuite être « juste » (*'fair'*), c'est-à-dire mettre en balance le droit de l'Etat d'invoquer une exception au titre de l'article XX avec les droits commerciaux des autres Membres, en accordant une attention particulière aux besoins des Etats Membres en développement¹²⁰⁹. On peut se demander si ce raisonnement est transposable à toutes les mesures privées. D'un côté, leur nature volontaire porte à croire qu'elles pourront souvent être considérées comme une alternative peu restrictive pour le commerce. D'un autre côté cependant, il ne faut pas perdre de vue que ces mesures ne sont soumises à l'article XX (et au GATT en général) que si elles sont attribuables à un Etat ; dans ce cas il faudra prouver que cet Etat n'a pas adopté (et appliqué, voir *infra*) ces mesures dans un but de « protectionnisme déguisé ».

*Comparaison et conséquences pour les normes privées*¹²¹⁰

Si l'on considère que la similarité des produits est évaluée uniquement sur la base de leurs caractéristiques physiques, sans tenir compte de spécificités liées au processus de production, il semblerait que les distinctions établies par de nombreuses normes privées¹²¹¹ ne soient pas à prendre en compte. Les mesures sont par conséquent considérées similaires et toute différence de traitement, illégale.

Il existe cependant des différences notables en fonction des accords, liées à la nature différente des objectifs poursuivis par les accords et, par voie de conséquence, du risque évalué. Par exemple en ce qui concerne les conditions pour s'écarter d'une norme internationale : dans l'accord OTC, il faut que celle-ci soit « inefficace ou inadaptée » (art. 2.4) alors que l'accord SPS permet d'adopter un niveau de protection supérieur s'il existe une justification scientifique ou comme conséquence du niveau de protection jugé approprié par l'Etat. Pour l'Accord SPS, la déviation concerne le niveau de protection alors que pour l'Accord OTC la déviation peut être plus large (autres techniques de production, seuils *et* méthodes). Cette distinction est liée à la

¹²⁰⁸ *Ibid.* p. 539.

¹²⁰⁹ L'auteur exprime toutefois des doutes sur la possibilité de mettre en pratique cette condition, v. p. 543.

¹²¹⁰ Pour une comparaison entre les Accords SPS, OTC et le GATT, v. J. TRACHTMAN et G. MARCEAU "A Map of the World trade Organization Law on Domestic Regulation of Goods" in BERMAN (G.A.), MAVROIDIS (P.C.) (eds.), *Trade and Human Health and Safety*, Cambridge University Press, 2006.

¹²¹¹ Notamment l'approche « du berceau à la tombe » (*'cradle-to-grave'*) adoptée par de nombreux écolabels et qui prend en compte, par exemple, la pollution du sol et de l'eau, la production de déchets, la consommation d'énergie, l'impact sur les écosystèmes, etc. Voir Ch. TIETJE, "Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System", *Journal of World Trade*, 1995, p. 139 (l'auteur nomme ces facteurs des « considérations environnementales secondaires »).

différence des objectifs poursuivis par les Accords : l'Accord SPS se situe dans le sillage de l'article XX du GATT et vise à protéger la vie et la santé. L'Accord OTC en revanche concerne les normes techniques et leurs effets sur le commerce.

Une deuxième différence réside dans l'importance accordée aux preuves scientifiques dans l'élaboration de la mesure. Elle aussi peut être expliquée par la nature différente des objectifs poursuivis et par voie de conséquence du risque qu'il s'agit d'évaluer.

Par ailleurs, l'Accord SPS permet de prendre en compte, dans l'examen du traitement de la nation la plus favorisée les « *régions où il existe des conditions identiques ou similaire* » (art. 2.3) et la « *prévalence de certaines maladies ou parasites* » (art. 6.1)¹²¹². Cette prise en compte des spécificités nationales et/ou régionales est absente de l'Accord OTC. On peut s'interroger sur la nature de ses dispositions : permettent-elles de s'écarter du principe de TNPF (au titre d'une exception ou exemption) ou au contraire constituent-elles un ajustement du principe à la nature et aux objectifs spécifiques des mesures SPS ?

Une autre différence réside dans l'impossibilité, au titre de l'Accord OTC, d'adopter des mesures provisoires en se fondant sur le principe de précaution. Ici aussi, la différence est due à la nature du risque. Faut-il en déduire que les objectifs poursuivis par l'Accord OTC sont moins légitimes ? Aux yeux des rédacteurs oui, car les « normes » ne concernaient à l'époque que les caractéristiques techniques des produits. Or aujourd'hui les normes traitent également d'autres dangers : risques pour l'environnement, ou pour les personnes qui manipulent le produit. D'où la difficulté, à l'heure actuelle, de distinguer entre mesure SPS et OTC, et la possibilité pour une seule et même norme de contenir à la fois une mesure SPS et OTC. Les mesures relatives aux OGM sont l'exemple-type de cette multiplication des risques et des objectifs, car elles concernent à la fois l'innocuité des produits (risques pour la santé), et risques pour l'environnement.

La volonté des Etats de placer le débat sur les normes privées exclusivement sous le domaine de l'Accord SPS résulte-t-elle du fait que cet accord traite globalement les normes de manière plus stricte ? Les conséquences juridiques de l'attribution d'une

¹²¹² Notons que *par nature*, ces mesures ne concernent que l'entrée sur le territoire des parasites ou maladies et non l'innocuité des produits.

norme privée à l'Etat diffèrent en effet en fonction de l'Accord considéré. Ainsi, sous le régime de l'Accord SPS qui exige une évaluation des risques et la prise en compte de données scientifiques, il sera plus difficile de justifier une norme de « risque zéro » qui comportent une exclusion ou une interdiction. On peut penser par exemple aux normes de l'agriculture biologique qui interdisent le recours aux pesticides ou aux OGM. Ces normes, qui se fondent plus sur une approche de précaution que sur des études scientifiques, tomberaient dans le champ de l'article 5.7 SPS qui autorise uniquement les mesures provisoires en cas d'incertitude scientifique. De manière générale, le principe de précaution a été interprété de manière stricte par la jurisprudence¹²¹³.

Notons qu'une différence de traitement existe pour les risques liés aux parasites ou maladies et pour les risques liés à la présence d'additifs, contaminants, toxines ou organismes pathogènes¹²¹⁴ : alors que pour les premiers une évaluation de la *probabilité* d'une entrée sur le territoire est requise (ainsi qu'une évaluation des conséquences économiques et biologiques que cela entraînerait), pour la seconde seule une évaluation des effets négatifs sur la santé des personnes et des animaux est nécessaire, la *possibilité* d'un dommage étant ici suffisante (« effets négatifs que *pourrait* avoir... »). Deux logiques sont ici à l'œuvre : évaluation de possibilité et évaluation de probabilité, ce qui s'explique par la différence des objectifs visés. L'exigence de probabilité, plus sévère, s'applique à l'entrée sur le territoire, alors que la possibilité concerne un dommage éventuel à la santé. La protection de la santé est donc favorisée, dans la mesure où l'évaluation des risques ne pourra faire état que d'effets négatifs *potentiels* – même si ceux-ci doivent être scientifiquement établis. En ce qui concerne les normes privées, elles ont en général pour objectif la protection de la santé (et non l'objet plus général des effets économiques et biologiques sur le territoire d'entrée de maladies). A ce titre, elles devraient bénéficier du seuil de risque inférieur, plus facile à établir.

¹²¹³ L'Organe d'appel et les groupes spéciaux ont refusé de se prononcer sur la nature du principe de précaution dans les affaires CE – *Hormones* (voir WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R §§ 122s.) et CE – *Biotech* (WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, § 7.89). Dans l'affaire *Hormones*, l'Organe d'appel souligne que le principe de précaution « **n'a pas été incorporé dans l'Accord SPS comme motif justifiant des mesures SPS qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations des Membres énoncées dans des dispositions particulières dudit accord** » (§ 124). Tout en précisant que le principe de précaution est pris en compte par les articles 5.7 et 3.3 (droit des Etats membres d'établir un niveau de protection sanitaire approprié), l'Organe d'appel rappelle qu'il ne l'emporte pas sur les articles 5.1 et 5.2 (§§ 124 et 125. Il ressort de ceci que le principe de précaution doit être pris en compte par les organes de règlement des différends, mais à titre d'élément d'interprétation et non au titre de principe de droit international coutumier ou général.

¹²¹⁴ Voir *supra* et affaire *Australie-Saumon*, WT/DS18/AB/R, note de bas de page n° 69.

2. Application des normes

La réglementation de l'application offre, plus que celle de l'élaboration, l'occasion de soumettre une norme privée au droit de l'OMC.

Les normes doivent tout d'abord répondre aux exigences de non discrimination posées par les accords. Les accords SPS¹²¹⁵ et OTC¹²¹⁶ posent tous deux les principes de traitement national et traitement de la nation la plus favorisée. De même, ils disposent que les mesures nationales ne devront pas être plus restrictives que nécessaires pour le commerce international¹²¹⁷. L'Accord OTC demande en outre que les mesures étatiques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international¹²¹⁸.

Interdiction des restrictions déguisées au commerce. Les mesures SPS ne doivent pas être appliquées de manière à constituer une restriction déguisée au commerce international (art.2.3). D'après D. LUFF, cette interdiction est à prendre au sens du chapitre XX du GATT et recouvre deux concepts¹²¹⁹ :

- L'application arbitraire ou injustifiable de la mesure. Cette condition vise l'application de la mesure *stricto sensu* ; si plusieurs manières d'appliquer la mesure existent, la moins restrictive doit être choisie. La mesure doit être appliquée de manière « *uniforme, impartiale et raisonnable* » (obligation générale résultant de l'article X.3(a) du GATT). L'application unilatérale de la mesure doit être précédée de concertation avec les autres Membres concernés.
- « Le fait que la restriction au commerce ne résulte pas de manière transparente du libellé de la mesure¹²²⁰ ». Cette deuxième exigence est liée au terme « déguisée » et vise la publicité entourant la mesure. En d'autres termes, la mesure ne doit pas s'accompagner d'une volonté de cacher son véritable contenu restrictif¹²²¹ ; elle doit être dûment publiée afin de permettre aux autres Membres d'évaluer ses potentiels effets restrictifs.

¹²¹⁵ Article 2.3.

¹²¹⁶ Article 2.1 et Annexe 3.D.

¹²¹⁷ Articles 2.3 SPS et 2.2 OTC.

¹²¹⁸ Article 2.2 OTC et Annexe 3.E.

¹²¹⁹ D. LUFF, *Le droit de L'Organisation mondiale du commerce*, p. 290 s.

¹²²⁰ *Ibid.* p 290.

¹²²¹ Ainsi, dans l'affaire US – *Thon*, le Groupe spécial constate que la mesure des Etats-Unis avait été « décrétée » et « publiquement annoncée » pour refuser la qualification de restriction déguisée au commerce. L/5198 – IBDD S29/96 (ou BISD/295/91), § 4.8. Voir aussi l'affaire CE – *Amiante*, WT/DS135/R, § 8.234.

Dans l'Accord OTC, cette exigence est formulée de manière légèrement différente. D'une part le préambule dispose que les mesures ne doivent pas être appliquées « *de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international* » (alinéa 6, nous soulignons). Il est difficile d'évaluer si cette différence textuelle entraîne des différences pratiques importantes dans l'application des Accords OTC et SPS.

A la différence de l'Accord SPS, l'établissement d'une discrimination se fait, dans le cadre de l'Accord OTC, en vertu d'une comparaison entre *produits* similaires, et non entre produits différents dans des *conditions de risque* similaires¹²²². Notons que cette disposition interdit uniquement la discrimination entre produits similaires, et non celle entre produits substituables¹²²³.

Les interprétations données dans le contexte du chapeau de l'article XX du GATT¹²²⁴ peuvent fournir des indications sur la manière dont il convient d'interpréter ces dispositions. Le chapeau de l'article XX a pour but de prévenir l'abus des exceptions contenues dans les points a) à j) par une application déraisonnable des mesures *a priori* justifiées par l'un des objectifs légitimes énumérés¹²²⁵ et de maintenir ainsi un équilibre entre le droit des Membres d'invoquer les exceptions et les droits découlant des accords¹²²⁶. Il concerne l'« application effective » des mesures¹²²⁷. Dans l'affaire

¹²²² Voir *supra*. Cette conclusion (contestée) avait été établie par un Groupe spécial dans l'affaire Australie – Saumons, WT/DS18/RW, §§ 7.111 et 7.112.

¹²²³ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, p. 302. Cet auteur estime cependant que l'omission est sans conséquences pratiques car la jurisprudence sur les articles I.1 et III.4 du GATT restent applicable dans le contexte de l'Accord OTC. Par ailleurs, notons que la distinction entre produits similaires et substituables est d'origine jurisprudentielle et ne se retrouve pas dans le texte du GATT.

¹²²⁴ Pour rappel, le chapeau de l'article XX est formulé de la manière suivante (nous soulignons) :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer *soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international*, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures [...] ».

¹²²⁵ Voir l'affaire Etats-Unis – Essence, WT/DS2/AB/R, page 25 :

« ... le texte introductif repose sur le principe que, si les exceptions prévues à l'article XX peuvent être invoquées en tant que droit légal, le détenteur du droit ne doit pas les appliquer de façon à aller à l'encontre ou à faire fi des obligations légales résultant pour lui des règles de fond de l'*Accord général*. En d'autres termes, pour éviter tout abus ou toute mauvaise utilisation de ces exceptions, les mesures relevant des exceptions particulières doivent être appliquées de manière raisonnable, compte dûment tenu à la fois des obligations légales de la partie qui invoque l'exception et des droits légaux des autres parties intéressées ».

Cité par l'Organe d'appel dans le l'affaire Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, § 151. Dans cette affaire, l'Organe d'appel ajoute :

« S'agissant du texte introductif de l'article XX, nous considérons que les Membres de l'OMC y reconnaissent la nécessité de maintenir l'équilibre des droits et des obligations entre le droit qu'a un Membre d'invoquer l'une ou l'autre des exceptions spécifiées aux paragraphes a) à j) de l'article XX, d'une part, et les droits fondamentaux que les autres Membres tiennent du GATT de 1994, d'autre part » (§ 156) .

« Le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États » (§ 158).

¹²²⁶ *Ibid.* § 159.

Etats-Unis – *Crevettes*, l'Organe d'appel a ainsi considéré que l'absence de coordination (d'« efforts concertés ») avec les Membres concernés témoignait d'un certain unilatéralisme dans l'application de la mesure, et que l'absence de négociations pour établir des moyens consensuels de protection entraînait une « discrimination injustifiable » (§ 172). Par ailleurs, il a considéré qu'une « rigidité et inflexibilité » dans le processus de certification constituait une « discrimination arbitraire » (§177). L'Organe d'appel critique également l'absence de transparence et de prévisibilité de la certification, ainsi que l'absence de possibilité donnée au pays demandeur d'exprimer sa position. Enfin, l'absence de notification de la décision d'accorder ou de refuser la certification et l'impossibilité de faire appel de cette décision conduisent à la négation des droits des Membres (§§ 180-181). Bien qu'il s'agisse ici d'un programme de certification étatique, les constatations de l'Organe d'appel montrent qu'une mesure *volontaire* n'est pas nécessairement non discriminatoire, même si rien dans sa *conception* ne permet de conclure à une discrimination. Ces conclusions sont transposables aux normes privées, pour lesquelles une discrimination au niveau de l'adoption est difficile à prouver. L'exemple de la certification dans l'affaire Etats-Unis – *Crevettes* montre que l'examen des conditions d'application d'une mesure privées peut être un moyen de soumettre à la réglementation de l'OMC leurs effets discriminatoires ; cependant il ne faut pas perdre de vue que cet examen n'est possible que si la mesure est imputable à un Etat, ce qui suppose une implication importante de celui-ci dans l'élaboration et/ou l'adoption de la mesure.

Application « nécessaire ». Pour les deux accords, le critère de nécessité concerne non seulement l'élaboration (le choix) de la mesure, mais également son application. En vertu de l'article 2.2 OTC :

*« Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption **ou l'application** des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le*

¹²²⁷ *Ibid.* § 163.

commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait » (Nous soulignons).

Cette dernière disposition est à rapprocher de l'article 2.2 SPS selon lequel « *Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux* ». Ceci implique qu'une évaluation de l'adéquation de la mesure à réaliser l'objectif poursuivi doit être réalisée par les Membres également au stade de l'application. Ici aussi, le but de la mesure est à prendre en compte en même temps que ses effets, même si l'étendue de cette prise en compte doit être décidée au cas par cas. On peut se demander si et dans quelle mesure l'appréciation du critère de nécessité diffèrera en fonction des objectifs poursuivis par les deux accords.

Obligation de réévaluation des mesures. Les deux accords interdisent le maintien de mesures s'il existe une mesure alternative moins restrictive pour le commerce (article 2.3 OTC¹²²⁸ et 5.6 SPS¹²²⁹). Ceci équivaut à l'établissement d'une obligation de contrôle continu des effets des mesures sur le commerce et, éventuellement de leur ajustement à l'évolution de leurs conditions d'application. De plus, l'article 2.2 SPS demande qu'une mesure SPS « *ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes* ». Bien que cette expression ne soit pas définie par les accords, les principes établis par la jurisprudence concernant l'analyse scientifique des risques lui sont applicables. Dans l'affaire CE – *Hormones*, l'Organe d'appel précise que :

« un groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s'il existe des "preuves scientifiques suffisantes" pour justifier le maintien par un Membre d'une mesure SPS particulière peut, évidemment, et doit, garder à l'esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes¹²³⁰ ».

¹²²⁸ « Les règlements techniques ne seront pas maintenus si les circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister ou ont changé de telle sorte qu'il est possible d'y répondre d'une manière moins restrictive pour le commerce ».

¹²²⁹ « [...] lorsqu'ils établiront **ou maintiendront** des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique » (nous soulignons).

¹²³⁰ WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, § 124.

En d'autres termes, le droit souverain des Membres de déterminer le niveau de protection approprié doit également être pris en compte lors de la réévaluation de la mesure sur des bases scientifiques. L'Organe d'appel précise ainsi que le principe de précaution a un rôle à jouer en dehors de l'article 5.7 SPS, en l'occurrence dans l'appréciation de l'existence de « preuves scientifiques suffisantes ».

Transparence. L'Annexe B de l'Accord SPS prévoit l'obligation de publier les réglementations SPS et celle de ménager un délai raisonnable entre la publication et l'entrée en vigueur des mesures afin de permettre aux autres Membres de s'y adapter (Annexe B.1 et 2). Elle prévoit également une procédure de notification si la mesure s'écarte des normes internationales pertinentes et est susceptible d'avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres (Annexe B.5). Enfin, la mise en place d'un point d'information national chargé de répondre à toutes les « questions raisonnables » est exigée (Annexe B.3). L'article 10 de l'Accord OTC contient des règles similaires relatives à l'information sur les règlements techniques. Ces dispositions sont à rapprocher des règles du Code de pratique annexé à l'Accord OTC relatives à la notification des normes (Annexe 3 OTC points J à K, voir *supra*).

Bien que ces mesures destinées à assurer la transparence et l'information des autres Membres fassent théoriquement partie des dispositions relatives à l'application des mesures techniques ou SPS, il est probable qu'elles ne soient pas applicables dans l'hypothèse de l'attribution d'une norme privée à un Etat Membre. En effet, la mesure en question n'a pas été élaborée par l'Etat mais par une entité distincte qui, à l'heure de l'adoption de la mesure ne lui était reliée par aucun lien juridique. Dès lors, seules les conséquences de la mesure sur le commerce des autres Etats peuvent être imputées à l'Etat.

Section 2. Réglementation indirecte : limites des obligations étatiques en l'absence d'attribution

Afin d'atténuer les conséquences de l'absence d'attribution (par principe et dans les faits), les accords SPS et OTC identifient un certain nombre d'obligations *de l'Etat Membre* en relation avec la conduite des organismes non gouvernementaux, en

d'autres termes des organismes privés¹²³¹. Cela permet d'une part d'empêcher que les normes privées ne tombent dans un vide juridique complet en les faisant bénéficier d'une réglementation « indirecte » et d'autre part d'éviter que les Etats n'échappent à leur responsabilité en déléguant l'exécution de certaines tâches aux organismes privés.

Il convient de distinguer la responsabilité étatique en cas d'attribution d'une conduite privée¹²³² et la responsabilité de l'Etat pour son encadrement des actes privés, indépendamment de l'acte privé en question. Dans le but d'empêcher les Etats de se soustraire à leur responsabilité en déléguant à des acteurs privés l'adoption de mesures protectionnistes, les accords de l'OMC mettent en place un système de responsabilité « différenciée »¹²³³. Concernant les organismes non gouvernementaux, l'Etat est ainsi soumis à une obligation de moyen (§ 1) et à une obligation négative (§ 2). La première est une obligation positive de prendre toutes les mesures raisonnables en son pouvoir afin de favoriser le respect des accords par les organismes non gouvernementaux, la seconde une obligation négative de ne pas prendre de mesure ayant pour effet d'inciter les organismes non gouvernementaux à agir de manière incompatible avec les accords. L'existence éventuelle et le cas échéant l'étendue d'une obligation générale seront également examinées (§ 3). La nature de ces obligations varie en fonction des accords considérés, de sorte qu'une démarche comparative sera ici aussi adoptée.

Le terme « organismes non gouvernementaux », défini à l'Annexe 1.8 OTC¹²³⁴, doit être interprété de la même manière dans les deux accords, afin de favoriser la cohérence du système¹²³⁵. Il recouvre donc tous les organismes « non publics » et, dans le cas de l'accord SPS, tout organisme dont l'action tombe sous le domaine de

¹²³¹ V. RÖBEN, "Article 13 SPS" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.) *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, n° 16, p. 541, n°12.

¹²³² Dans ce cas, les obligations auxquelles est soumis l'Etat sont toutes les obligations substantielles et procédurales énoncées par les accords (non-discrimination, transparence, etc.). La responsabilité de l'Etat est engagée si la conduite privée n'est pas conforme à ces obligations.

¹²³³ La responsabilité étatique est à la fois graduée verticalement (l'intensité varie en fonction de l'auteur de la mesure) et différenciée horizontalement (en ce qui concerne la nature des obligations d'encadrement des conduites privées. Sur le plan vertical, la responsabilité est « graduée » en fonction de la distinction entre actions des entités gouvernementales centrales, locales et régionales, et des entités non-gouvernementales. Seule la dimension horizontale nous intéresse ici, i.e. la différenciation des obligations concernant l'encadrement de la conduite des entités non-gouvernementales.

¹²³⁴ « Organisme autre qu'une institution du gouvernement central ou qu'une institution publique locale, y compris un organisme non gouvernemental légalement habilité à faire respecter un règlement technique ».

¹²³⁵ V. RÖBEN, "Article 13 SPS" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.) *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, p. 541 n°13, voir aussi p. 540 n° 7.

l'accord (et non seulement les organismes spécifiquement actifs dans le domaine de la normalisation sanitaire et phytosanitaire)¹²³⁶. Concernant les organismes « légalement habilités à faire respecter un règlement technique », cette disposition doit s'entendre pour l'Accord SPS au sens de « légalement habilité à faire respecter une mesure SPS ». Comme l'indique l'expression « y compris », la liste des organismes concernés ne se limite pas aux organismes disposant de ce pouvoir¹²³⁷.

Dans les deux cas, les obligations concernent uniquement les entités privées situées dans le « ressort territorial » de l'Etat membre. Pour les entreprises, il s'agit donc en priorité des organismes ayant leur siège sur le territoire national, mais on peut se demander si, dans l'intérêt d'une application effective des accords, le 'ressort territorial' ne devrait pas être interprété comme recouvrant certains cas de juridiction personnelle et extraterritoriale¹²³⁸.

On peut d'ailleurs remarquer, plus généralement, que l'expression « entités non gouvernementales » utilisée par l'article 13 SPS semble plus large que celle d'« organismes non gouvernementaux à activité normative » à laquelle fait référence l'article 4 OTC.

§ 1. Obligation positive

Une obligation positive de faire en sorte que les organismes non gouvernementaux sous la juridiction de l'Etat Membre respectent les dispositions des accords est énoncée à la fois par l'Accord OTC et par l'Accord SPS. Il s'agit d'une obligation de moyens ou '*best endeavours*' exhortant l'Etat à faire tous les efforts dont il dispose afin d'emporter sa réalisation. L'Etat Membre n'est pas responsable du résultat des mesures qu'il prend, mais de la mise en œuvre de ces mesures.

L'article 4.1 de l'Accord OTC prévoit ainsi que les Membres :

« (...) prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les institutions publiques locales et organismes non gouvernementaux à activité normative de leur ressort territorial, ainsi que les organismes régionaux à activité normative dont eux-mêmes ou l'un ou

¹²³⁶ V. RÖBEN, *op. cit.*, p. 541 n°13.

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ *Ibid.* n° 13, p. 541-542.

plusieurs des institutions ou organismes de leur ressort territorial sont membres acceptent et respectent ce Code de pratique (...)¹²³⁹ ».

L'article 13 SPS, 3^{ème} phrase, prévoit une obligation similaire :

« [Les Etats Membres] prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les entités non gouvernementales de leur ressort territorial, ainsi que les organismes régionaux dont des entités compétentes de leur ressort territorial sont membres, se conforment aux dispositions pertinentes du présent accord [...]. »

Dans le cadre de l'article 4 OTC, l'obligation s'impose aux Etats, que l'organisme en question ait ou non accepté le Code de pratique. Cette obligation étatique est cependant doublement limitée par les expressions « mesures raisonnables » et mesures « en son pouvoir ».

Les mesures que l'Etat a « en son pouvoir » sont les mesures qu'il peut prendre en fonction de son cadre réglementaire et politique, mais aussi des circonstances de l'espèce. En d'autres termes, l'impossibilité d'agir pour des raisons de droit ou de fait n'entraîne pas un manquement de l'Etat à son obligation de prendre des mesures raisonnables¹²⁴⁰.

Il n'existe pas de définition juridique du terme « raisonnable » et sa portée reste à définir par la jurisprudence. Sur le plan formel, il a été dit qu'afin de ne pas désavantager les Etats non-fédéraux, dont les moyens d'action sont moins étendus, le terme « raisonnable » ne devrait pas être interprété de manière trop restrictive. Pour KOEBELE et LAFORTUNE une résistance face aux mesures prises menant à une certaine tension politique ne devrait pas faire obstacle à la qualification de « mesure raisonnable »¹²⁴¹. Cependant, comme ces auteurs l'admettent eux-mêmes, cette logique s'applique essentiellement aux organismes gouvernementaux locaux. Face aux normes privées (ou normes issues d'organismes non gouvernementaux) les Etats fédéraux comme les Etats unitaires se trouvent dans une situation similaire. Faut-il,

¹²³⁹ L'article 3.1 OTC contient une obligation semblable concernant les règlements techniques : « En ce qui concerne les institutions publiques locales et les organismes non gouvernementaux de leur ressort territorial : *les Membres prendront toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que ces institutions et ces organismes se conforment aux dispositions de l'article 2*, à l'exception de l'obligation de notifier énoncée aux paragraphes 9.2 et 10.1 de l'article 2 ».

¹²⁴⁰ En ce sens M. KOEBELE et G. LAFORTUNE, "Article 4 and Annex 3 TBT" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, n° 32, p. 256-257.

¹²⁴¹ En revanche, si un amendement constitutionnel est nécessaire pour la mesure, celle-ci perd clairement son caractère nécessaire. M. KOEBELE et G. LAFORTUNE, *op. cit.*, n°33 p. 257.

dès lors, interpréter de manière plus large le caractère raisonnable d'une mesure si l'on est face à un organisme privé, en raison de la difficulté d'atteindre les organismes privés et afin de permettre au législateur de disposer d'un éventail plus large de mesures à cette fin ? Rien dans l'article 4 ne permet de le penser. Les négociateurs, qui avaient pourtant envisagé la question des normes privées, n'ont pas souhaité établir une différence explicite de traitement entre ces normes et celles issues d'organismes gouvernementaux locaux¹²⁴². On peut cependant s'interroger sur le bien-fondé de l'assimilation de ces deux corps de normes. Il n'est d'ailleurs pas exclu que la jurisprudence ne retienne une définition différente du terme raisonnable pour les organismes non gouvernementaux et pour les institutions publiques locales.

« D'un point de vue matériel, la définition juridique du terme « raisonnable » comporte toujours un élément de proportionnalité, sous la forme d'une adéquation des moyens mis en œuvre par la mesure à l'objectif poursuivi. Cette proportionnalité s'apprécie par la jurisprudence au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce. Ainsi, une mesure qui affecte de manière disproportionnée les droits de l'organisme concerné – ou, de manière générale, tout droit individuel – pourrait être jugée non raisonnable¹²⁴³ ».

Dans le cadre de l'article 13 SPS il ne s'agit pas de faire en sorte que les entités non gouvernementales « acceptent et respectent » le Code de pratique mais « se conforment aux dispositions » de l'accord SPS. A la différence de l'accord OTC, la troisième phrase de l'article 13 SPS concerne uniquement les organismes non gouvernementaux. Une obligation distincte est prévue à la 2^e phrase pour « les institutions autres que celles du gouvernement central », plus stricte, car elle ne se limite pas à la prise de mesures « raisonnables » mais exige l'élaboration et la mise en œuvre de mécanismes positifs¹²⁴⁴. Cette distinction pourrait être due au fait que l'on reconnaît souvent aux mesures sanitaires un caractère « d'urgence » plus marqué que pour les autres mesures OTC ; de plus, les mesures SPS étaient traditionnellement considérées du ressort des autorités étatiques. Il semble donc

¹²⁴² M. KOEBELE, G. LAFORTUNE, *op. cit.*, p. 257, n° 34.

¹²⁴³ V. RÖBEN, in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.) *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, n° 16, p. 542.

¹²⁴⁴ « Les Membres élaboreront et mettront en œuvre des mesures et des mécanismes positifs pour favoriser le respect des dispositions du présent accord par les institutions autres que celles du gouvernement central ». Comme le souligne V. RÖBEN, cette obligation s'étend non seulement à l'élaboration, mais aussi à la mise en œuvre des mesures, le cas échéant à travers des mesures de surveillance et, si nécessaire, d'action judiciaire. Voir "Article 4 and Annex 3 TBT" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds.) *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, *op. cit.*, n° 16, p. 540-541.

logique de prendre des mesures plus poussées afin de les faire respecter par les « institutions autres que celles du gouvernement central ». Une autre explication est cependant possible : à la différence de l'Accord SPS, l'article 4 OTC vise uniquement les organismes non gouvernementaux à *activité normative*. Il est donc possible que ces derniers aient été, en raison de leur fonction normative, assimilés aux institutions publiques locales dans l'évaluation de la nécessité de faire respecter le Code de pratique.

Dans un souci de cohérence des accords, les termes « raisonnable » et « en leur pouvoir » devraient être interprétés de la même manière que dans le cadre de l'Accord OTC.

§ 2. Obligation négative

Les articles 4 OTC et 13 SPS prévoient également une obligation négative ou obligation d'abstention, demandant aux Membres de ne pas prendre de mesures pouvant favoriser le non respect des accords par les entités non gouvernementales.

L'article 4 OTC prévoit ainsi que :

« [...] les Membres ne prendront pas de mesures qui aient pour effet, directement ou indirectement, d'obliger ou d'encourager lesdits institutions ou organismes à activité normative à agir d'une manière incompatible avec le Code de pratique »¹²⁴⁵.

De même, selon l'article 13 SPS, 4^{ème} phrase :

« [Les Membres] ne prendront pas de mesures qui aient pour effet, directement ou indirectement, d'obliger ou d'encourager ces entités régionales ou non gouvernementales, ou les institutions publiques locales, à agir de manière incompatible avec les dispositions du présent accord ».

A la différence de l'obligation positive mentionnée plus haut, il ne s'agit pas d'une obligation de moyens, mais de résultat. Selon la formule de KOEBELE et LAFORTUNE, il s'agit d'une « règle générale d'abstention indépendante de la responsabilité par

¹²⁴⁵ La même formulation se retrouve pour les règlements techniques dans l'article 3.4 OTC : « Les Membres ne prendront pas de mesures qui obligent ou encouragent les institutions publiques locales ou les organismes non gouvernementaux de leur ressort territorial à agir d'une manière incompatible avec les dispositions de l'article 2 ».

attribution » qui constitue un complément aux phrases 1 et 2 de l'article 4, permettant d'éviter toute lacune dans la responsabilité des Etats Membres¹²⁴⁶. L'obligation est formulée de manière très large, car elle comprend également les mesures qui ont pour effet « indirect » d'inciter les organismes non gouvernementaux à agir de manière incompatible avec les accords.

Pour l'Accord SPS, une différence par rapport à l'article 13, phrase 3 réside dans le fait qu'aucune distinction n'est faite entre organismes non gouvernementaux et « institutions autres que celles du gouvernement central ».

§ 3. Obligation générale de conformité ?

La première phrase de l'article 13 SPS contient une obligation générale de conformité à toutes les obligations de l'Accord :

« Les Membres sont pleinement responsables au titre du présent accord du respect de toutes les obligations qui y sont énoncées ».

La portée exacte de cette disposition n'est pas claire. On peut en particulier se demander si elle concerne uniquement les actes des autorités publiques ou si elle s'étend aussi aux actes privés et, si c'est le cas, si elle concerne seulement les actes à portée obligatoire ou également les actes volontaires.

En effet, on ne retrouve pas ce type d'obligation dans l'article 4 de l'Accord OTC sur les normes. En revanche, l'article 3.5 OTC contient une obligation similaire en ce qui concerne les règlements techniques¹²⁴⁷. Si, comme l'affirme L. TAMIOTTI, l'article 3.5 OTC est une application du « principe d'unité de l'Etat¹²⁴⁸ » selon lequel un Etat ne peut invoquer son organisation interne pour se dégager de sa responsabilité internationale¹²⁴⁹, cela supposerait que les organismes non gouvernementaux que vise expressément l'article soient assimilés à des organes de l'Etat. En d'autres termes, l'article 3.5 serait applicable uniquement aux organismes non gouvernementaux « légalement habilités à faire respecter un règlement technique » au sens de l'Annexe

¹²⁴⁶ M. KOEBELE et G. LAFORTUNE, *op. cit.*, p. 259, n° 38. Aussi V. RÖBEN, *op. cit.*, p. 542-543 n°18.

¹²⁴⁷ « Les Membres sont pleinement responsables, au titre du présent accord, du respect de toutes les dispositions de l'article 2. Les Membres élaboreront et mettront en œuvre des mesures et des mécanismes positifs pour favoriser le respect des dispositions de l'article 2 par les institutions autres que celles du gouvernement central ». Nous soulignons. Cette obligation constitue une nouveauté par rapport au Code de la normalisation du Cycle de Tokyo. Voir L. TAMIOTTI, "Article 2 TBT" in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL, A. SEIBERT-FOHR (eds), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, p. 240, n° 18.

¹²⁴⁸ Ce principe a été codifié par CDI, article 4.1 des articles sur la responsabilité internationale des Etats.

¹²⁴⁹ L. TAMIOTTI, "Article 2 TBT", *op. cit.*, p. 240-241, n° 20-21. Voir aussi V. RÖBEN, *op. cit.*, p. 599, n° 3.

1.8 OTC, ce qui exclurait du champ de l'obligation les normes privées au sens strict. Cette difficulté à laquelle se heurte le raisonnement montre encore une fois la difficulté de traiter dans une même disposition les organes gouvernementaux locaux et les organes non gouvernementaux.

Ce n'est donc pas sous l'angle du « principe d'unité » qu'il faut aborder la question de la portée de l'obligation générale de conformité. L'Accord OTC n'entend pas établir une distinction de traitement entre les normes étatiques et non étatiques, mais entre les normes obligatoires et les normes volontaires, que ces dernières soient publiques ou privées. L'élément central du raisonnement doit donc être le caractère contraignant, l'« obligatorité » des normes. L'obligation générale de faire respecter les accords s'appliquerait donc uniquement aux normes obligatoires, excluant d'office les normes privées « pures » qui n'ont pas été reprises ou endossées de quelque manière que ce soit par l'Etat. Cela s'explique par le fait qu'une norme volontaire, dont on ne peut savoir à l'avance si elle sera ou non mise en œuvre par son destinataire, n'a pas le même pouvoir de remettre en cause le respect des accords OMC.

Faut-il, dans un souci de cohérence des accords, étendre cette interprétation à l'Accord SPS ou faut-il considérer que la formulation plus générale de ce dernier est le fruit d'une volonté délibérée de ses auteurs ? On pourrait ainsi considérer que l'Accord SPS fait lui aussi obligation à ses Membres de faire respecter ses dispositions uniquement en ce qui concerne les mesures SPS obligatoires, donc plus ou moins endossées par eux.

Notons cependant que l'article 13 SPS vise le respect de « *toutes les obligations qui [...] sont énoncées* » par l'Accord SPS, alors que l'article 3.5 OTC vise uniquement le respect de l'article 2 du même accord, qui contient entre autres l'interdiction de discriminer et l'interdiction de créer des obstacles techniques au commerce. Y a-t-il une corrélation entre le champ d'application plus étroit de l'Accord OTC (uniquement règlements techniques) et le fait que seul l'article 2 soit visé par l'obligation de « faire respecter » ? Cette différence pourrait s'expliquer par la différence « qualitative » des matières traitées par les deux accords : sécurité sanitaire et phytosanitaire pour l'accord SPS, toutes les autres matières (plus techniques) par l'Accord OTC. Autrement dit, l'urgence, le risque plus élevé de dommages pour la

santé justifie que les Etats membres soient obligés de faire respecter toutes les dispositions de l'accord, y compris par des mesures dont ils ne contrôlent pas toutes les étapes de l'élaboration et de l'adoption. Cela s'inscrit dans la visée généralement plus stricte de cet accord par rapport à l'accord OTC.

Enfin, la « pleine responsabilité » suppose d'assurer un respect *effectif* des obligations. Les Etats membres doivent à ce titre prendre toutes les mesures positives ou négatives (action ou omission) nécessaires. Pour RÖBEN, l'article 13.1 permet d'insérer dans l'Accord SPS une notion équivalente à celle d'« effet utile » dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)¹²⁵⁰. Mais alors qu'en droit communautaire l'effet utile permet de fonder le droit des particuliers d'invoquer une directive qui n'a pas été correctement transposée, ici la mise en œuvre effective ne concerne pas l'invocabilité par des particuliers mais permet éventuellement, du moins dans le cadre de l'Accord OTC, d'élargir la responsabilité des Membres à des actions privées qu'ils ne contrôlent pas directement¹²⁵¹.

Quelles conclusions tirer de l'article 13, phrase 1 pour la détermination de la responsabilité des Etats membres pour les actes privés ? L'obligation qu'il contient va-t-elle au-delà des obligations positive et négative des phrases 3 et 4 de l'article 13 ? Cet article permet-il d'élargir encore davantage la responsabilité des Etats membres (pour les actes privés) en leur imposant une obligation supplémentaire dans le cadre de l'Accord SPS ?

Pour nous, dans le contexte des normes privées, l'obligation de l'article 13 SPS doit être lue en conjonction avec la phrase 5 du même article :

« Les Membres feront en sorte de n'avoir recours aux services d'entités non gouvernementales pour la mise en œuvre de mesures sanitaires ou phytosanitaires que si ces entités se conforment aux dispositions du présent accord ».

Elle exprime alors la volonté des rédacteurs d'empêcher les Etats de recourir à des mesures/entités privées pour contourner le respect de leurs obligations, compte tenu

¹²⁵⁰ V. RÖBEN, « Article 13 SPS », *op. cit.*, p. 539, n°4.

L'expression « effet utile » est employée par la CJCE dans l'affaire *Van Duyn* (affaire 41/74) afin de permettre à une directive de déployer des effets juridiques à l'égard de particuliers ou d'Etats non destinataires et d'assurer sa mise en œuvre effective.

¹²⁵¹ Article 14.4 OTC. Il n'existe pas de disposition équivalente dans l'Accord SPS.

de la gravité du risque et de la priorité accordée aux préoccupations sanitaires. L'expression « avoir recours aux services » doit s'entendre au sens large afin d'englober à la fois l'adoption et la mise en œuvre des normes, et la délégation formelle et informelle de compétences à un organisme privé¹²⁵². La responsabilité imposée aux Etats membres est plus large que celle imposée par l'Accord OTC, qui limite l'obligation de contrôle et de mise en œuvre aux dispositions de l'article 2. Elle les place sous une « obligation continue de surveillance » (ou « obligation continue de contrôle »)¹²⁵³ pour s'assurer que les organismes privés se conforment aux dispositions de l'accord.

¹²⁵² V. RÖBEN, *op. cit.*, p. 543, n° 22.

¹²⁵³ “The Member – delegator – is under a *continuous obligation to supervise*”. V. RÖBEN, *ibid.*, n° 23. Nous soulignons.

Conclusion du chapitre

Concernant la réglementation des effets commerciaux des normes privées, le droit de l'OMC est soumis aux limites formelles et matérielles de l'attribution de la conduite privée à l'Etat, mais aussi aux limites pratiques de l'instauration d'une responsabilité directe dont la condition est son acceptation préalable par les acteurs privés.

Dès lors, faut-il vraiment appliquer aux normes issues d'organismes privés les mêmes règles qu'aux mesures des Etats dans leurs relations économiques internationales ? Il est clair que cela doit être le cas si l'Etat est à ce point impliqué dans la conception ou la mise en œuvre de la mesure que celle-ci semble faire partie de sa politique publique (environnementale, sociale, etc.) – cependant les incertitudes auxquelles se heurte le processus d'attribution montrent qu'il est difficile de distinguer, aux fins de la réglementation, le domaine public du champ d'action privé. Faut-il pour autant renoncer à appliquer les règles de l'OMC aux normes privées ? Nous pensons que oui. La volonté de réglementer par le biais de l'OMC les effets commerciaux des normes privées est une solution de compromis qui résulte de l'inexistence d'un forum ou d'un corps de règles plus adaptés. En témoigne ne serait-ce que l'absence de consensus des Membres sur l'instance de l'OMC dans laquelle il faut traiter les normes privées. Même si le bocage sur ce point pouvait être dépassé, l'application des règles de l'OMC se heurterait à une difficulté *structurelle* majeure : le droit de l'OMC a été conçu pour réglementer la conduite des Etats, non celle d'entités privées. Ne pas prendre en compte cette donnée conduit à un double obstacle *formel* (le champ d'application du droit de l'OMC) et *matériel* (l'inadéquation du contenu des normes à la réglementation des conduites privées), qui ne pourrait être dépassé qu'au prix de modifications importantes du droit de l'OMC dont la doctrine s'accorde pour constater l'infaisabilité pratique. Si un consensus des Etats Membres sur la question des normes privées était probable, leur intégration dans le droit de l'OMC serait envisageable. Mais en l'état actuel de division des points de vue ne permet pas de conclure à la réalisation de cette éventualité, du moins dans un avenir proche (l'état actuel d'enlisement du Cycle de Doha incite même à renvoyer cette possibilité à un futur lointain).

La volonté de réglementer les effets commerciaux des normes privées par le biais du droit de l'OMC mène à une impasse. Celle-ci incite à s'interroger sur l'existence de solutions alternatives. Le cas de figure « idéal » serait la soumission des normes privées à un droit international de la concurrence spécialement conçu afin de réglementer les effets indésirables des normes privées sur les échanges internationaux. Ce droit, qui reste à créer, résoudrait à la fois la question de l'intégration formelle et celle de l'adéquation matérielle des règles de droit international aux normes qu'elles réglementent. En l'absence d'un tel droit, deux alternatives demeurent : les initiatives privées au niveau sectoriel qui se constituent en véritables régimes ou systèmes (voir *supra*, Partie 1 Titre 2), et les règles régionales, niveau de réglementation particulièrement adapté aux normes privées puisqu'il permet de fédérer l'existence d'intérêts communs.

CONCLUSION DU TITRE

Si on peut dire du droit de l'OMC que « *son champ d'investigation franchit les strictes limites de la matière commerciale*¹²⁵⁴ », il ne faut toutefois pas prendre en compte de manière efficace des normes issues d'acteurs autres que les Etats. Il se heurte pour cela à la nature intergouvernementale de l'organisation d'une part, à la division de ses Membres sur la question des normes privées, d'autre part. Nous avons tenté d'analyser quels sont les obstacles formels et matériels que rencontre la prise en compte des normes privées par le « droit OMC ». Cette analyse démontre que même si, sur le plan formel, les normes privées arrivaient à franchir le « blocage » actuel concernant leur prise en compte par l'OMC, les règles de l'OMC s'avèrent peu adaptées à leur prise en compte, et toute modification en ce sens semble peu réaliste.

L'approche répressive consistant à réglementer les effets des normes privées se heurte à l'absence de différenciation dans les dispositions entre ces deux types de normes. Or il se révèle impossible en pratique de transposer aux normes privées les obligations formulées à l'intention des Etats. La distinction volontaire/obligatoire n'est pas appropriée à la prise en compte des normes privées.

L'approche « harmonisatrice » fondée sur les normes internationales révèle elle aussi deux lacunes de taille : d'une part il est difficile, voire impossible, d'établir des normes universelles adaptées aux circonstances de tous les pays¹²⁵⁵. Par ailleurs, le processus de normalisation internationale, censé permettre la participation égalitaire de tous les Etats, l'expression et la prise en compte de tous les intérêts, révèle d'importantes lacunes en matière de transparence et de participation.

Il n'est par conséquent pas étonnant que la majorité des initiatives visant à formuler une solution « pratique » à la question des normes privées se soient développées en dehors de l'OMC. Il s'agit surtout d'initiatives privées ou régionales qui s'inscrivent de manière différente dans le cadre plus large des relations multilatérales.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

¹²⁵⁵ Voir par exemple Ch. TIETJE, "Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System", *Journal of World Trade*, 1995, p. 156-157 qui admet que la normalisation internationale aboutit souvent à des solutions de compromis ('second-best solution[s]') mais la considère néanmoins comme le seul moyen de faire face aux mesures unilatérales.

Deux possibilités existent pour remédier à cette situation. La première reposerait sur la reconnaissance du concept de ‘*regulatory policy space*’¹²⁵⁶ qui mise sur une régulation « directe » du marché par les opérateurs économiques. Il s’agit d’une approche passive à laquelle nous ne pouvons souscrire. Sans être partisans d’une réglementation totale, nous pensons que les forces du marché ont besoin d’un encadrement minimum sur le plan international. La seconde possibilité devrait dès lors impliquer la participation de tous les acteurs concernés, et ne pas se cantonner au plan multilatéral. Deux voies se profilent alors pour sortir de l’impasse :

- Le passage au niveau régional pour l’élaboration, l’adoption et la mise en œuvre des normes de qualité.
- La concertation et collaboration des organisations internationales en ce qui concerne la définition d’un régime adapté, qui laisserait assez de place au niveau régional, voire national.

¹²⁵⁶ S. BERNSTEIN, E. HANNAH, “Non-State Global Standard Setting and the WTO: Legitimacy and the Need for Regulatory Space”, *Journal of International Economic Law* Vol. 11/3, 2008, p. 604 s.

TITRE 2. NORMES PRIVEES ET FACILITATION DES ECHANGES

Les effets des normes sur les échanges et en particulier sur l'accès des PED aux marchés occidentaux sont bien réels, mais échappent à toute réglementation par le droit du commerce international.

Le système commercial multilatéral n'étant pas, à l'heure actuelle, capable de répondre à la prolifération des normes privées et à leurs effets sur le commerce, la recherche de solutions alternatives s'impose. L'approche « répressive » ayant échoué (ou du moins n'étant pas, pour l'instant, adaptée) il faut dès lors se tourner vers une approche alternative fondée non sur l'interdiction et la répression des obstacles au commerce, mais sur la prévention de leur apparition. Pour ce faire, la facilitation des échanges vise à mettre en place de nouvelles méthodes d'accès aux marchés reposant sur l'impact réel des normes sur la concurrence et non uniquement sur l'absence de discrimination¹²⁵⁷.

L'approche fondée sur la facilitation des échanges, que l'on peut également appeler approche « préventive », repose moins sur la réglementation que sur l'action et l'initiative personnelle ou collective. La logique de facilitation des échanges ne vise donc ni à l'intégration ni à l'encadrement juridique des normes privées, mais à la mise en place de procédures complémentaires, dont le but est la canalisation des effets négatifs sur le commerce, dans le cadre d'une approche axée sur les aspects procéduraux des échanges (circulation de l'information, suppression des duplications de normes voire de certifications, etc.). Le rôle du droit international y est différent : il n'est plus l'auteur des normes substantielles, mais doit former le cadre dans lequel apparaissent et évoluent différentes initiatives, alliances et coopérations.

Sans s'écarter entièrement d'une logique multilatérale (car la facilitation des échanges figure aussi au nombre des préoccupations de l'OMC), l'approche préventive permet un certain retour à une dimension plurilatérale, faisant ainsi une place à d'autres niveaux de réglementation : régionale, purement privé, mixte, etc. La collaboration de tous les acteurs concernés, qu'elle soit informelle ou formalisée y joue un rôle important.

¹²⁵⁷K. NICOLAIDIS, "Mutual Recognition of Regulatory Regimes", in *Regulatory Reform and International Market Openness*, OECD Publications, 1996 p. 2.

La facilitation des échanges répond à un « *besoin de prévisibilité, de transparence et de simplification des procédures commerciales*¹²⁵⁸ ». Elle apparaît comme un concept fédérateur, car elle désigne, au sens large¹²⁵⁹, l'ensemble des procédures (relatives à l'ensemble des phases de la chaîne d'approvisionnement et non uniquement aux formalités douanières¹²⁶⁰) affectant l'importation et l'exportation des marchandises et destinées à en améliorer l'efficacité. En ce sens, la facilitation des échanges recouvre un éventail très large de mesures¹²⁶¹ qui, en raison de la spécificité des normes privées et de leurs effets, ne seront pas toutes traitées ici. En raison de l'opacité entourant les normes privées et de leur grande diversité, les domaines de l'information et de l'harmonisation seront étudiés en priorité.

L'examen des mesures de facilitation des échanges ne saurait faire l'économie de la dimension développementale des effets produits par les normes privées. Les obstacles commerciaux résultant de la différence entre les niveaux de développement des partenaires commerciaux sont importants ; en pratique, ce sont sans doute les pays en développement dont les acteurs économiques sont les plus affectés par la multiplication des normes privées. Or, ce sont également les PED qui ont pour l'instant le moins bénéficié de mesures de facilitation des échanges :

« Les pays en développement ont été beaucoup plus lents à reconnaître l'importance de la combinaison des mesures publiques et privées destinées à abaisser les coûts associés à l'importation, l'exportation et la distribution des marchandises. Leurs artisans, leurs petits agriculteurs, leurs PME et leurs entrepreneurs ont été oubliés parmi les bénéficiaires des mesures de facilitation des échanges »¹²⁶².

¹²⁵⁸ITC, « Les entreprises et les négociations de l'OMC sur la facilitation des échanges », article technique, CCI, Genève, 2005, 75 p., p. 27.

¹²⁵⁹ La définition large de la facilitation des échanges est retenue par la majorité des organisations internationales qui se sont penchées sur la question : CEE/ONU, Banque mondiale, OCDE, APEC, etc.

¹²⁶⁰ La définition étroite de la facilitation des échanges, notamment utilisée par l'OMC, ne sera pas retenue ici : « *la facilitation des échanges est la simplification et l'harmonisation des procédures du commerce international, y compris les activités, les pratiques et les formalités liées à la collecte, la présentation, la communication et le traitement des données requises pour le mouvement des marchandises dans le commerce international* ». Cette définition est citée par le document de l'ITC, *précité*, p. 32.

¹²⁶¹ Certains identifient ainsi sept catégories d'indicateurs de la facilitation des échanges : (i) la logistique portuaire, (ii) les procédures douanières, (iii) l'environnement réglementaire propre, (iv) l'harmonisation des normes, (v) la mobilité des entreprises, (vi) les activités de commerce électronique et (vii) la transparence et le professionnalisme de l'administration. Voir WILSON *et al.*, "Trade Facilitation: A Development Perspective in the Asia Pacific Region", APEC, 2002, cité par l'article de l'ITC.

¹²⁶²ITC, « Les entreprises et les négociations de l'OMC sur la facilitation des échanges », article technique, CCI, Genève, 2005, 75 p., p. 4.

Les mesures de facilitation des échanges s'avèrent être une condition nécessaire pour restaurer la compétitivité des PED sur les marchés ayant recours aux normes privées. Nous avons donc choisi de traiter deux aspects distincts de la facilitation des échanges : d'une part les mesures « classiques » dont le but est d'améliorer la fluidité des échanges en éliminant les obstacles procéduraux à la circulation des marchandises (chapitre 1), d'autre part les mesures visant spécifiquement à remédier aux obstacles rencontrés par les pays en développement (chapitre 2).

Remarque : Il est intéressant de noter que le besoin de facilitation des échanges est généralement attribué à l'existence de barrières provenant de la coexistence de différents systèmes normatifs (*'regulatory systems'*¹²⁶³). Alors que ceci s'entend généralement de systèmes de normes étatiques¹²⁶⁴, nous pensons que rien ne s'oppose à ce que l'on inclue dans cette expression également les systèmes de normes *privées*. En effet, nous avons vu que leur diversité peut entraîner une confusion des producteurs et des consommateurs, mais aussi de véritables barrières à l'entrée des produits sur certains marchés sur lesquels elles sont *de facto* obligatoires. Les effets des normes privées justifient une fois encore que l'on considère la nécessité de leur appliquer les mécanismes issus du droit international « traditionnel ».

¹²⁶³ En ce sens, voir Ch. ELVESTAD, F. VEGGELAND, 'International Trade and Guidelines on Equivalence and Mutual Recognition', *NILF Report 2005-1*, Norwegian Agricultural Economic Institute, Oslo, 2005, 47 p., p. 9.

¹²⁶⁴ Ainsi le débat sur *'regulatory barriers'* fait généralement référence aux règles étatiques.

Chapitre 1. Normes privées et fluidité des échanges

Si l'on transpose sur le plan des normes privées les trois exigences « de prévisibilité, de transparence et de simplification des procédures commerciales » citées plus haut¹²⁶⁵, on pourrait constater ceci :

- La prévisibilité des normes privées supposerait que soit « ordonnée » leur diversité, afin de les rendre plus claires, plus lisibles aux yeux des consommateurs et de tous les acteurs amenés à le mettre en œuvre. Leur regroupement en ensembles thématiques et spatiaux est pour cela nécessaire ;
- La transparence suppose qu'existent des moyens d'information sur les différentes normes applicables à une situation/un produit donné. Elle implique également la participation des PED au processus d'élaboration des normes ;
- La simplification des procédures suppose la mise en place de procédures et d'institutions communes (ou, à défaut, reconnues). La définition du niveau de réglementation (les acteurs/normes concernés) est ici importante : celui-ci peut être défini géographiquement (régional¹²⁶⁶, inter-régional¹²⁶⁷, bilatéral, national) ou de manière thématique (secteur¹²⁶⁸, produit, etc.) ; il est également important d'examiner quels sont les acteurs impliqués : entreprises, ONG, Etats, organisations internationales¹²⁶⁹, organismes de certification, d'accréditation, etc.

En ce qui concerne la transparence, elle relève d'une dynamique externe aux normes privées : ce sont des acteurs extérieurs, tels que des organisations internationales, qui mettent en place des initiatives destinées à faciliter l'accès à l'information sur les normes privées (section 1). A l'inverse, dans le domaine de la prévisibilité le remède à la diversité provient « de l'intérieur » ; en effet, il procède d'une dynamique interne des normes (ou des conditions de marché dans lesquelles elles évaluent) visant à s'auto-corriger afin d'être plus efficaces (section 2).

¹²⁶⁵ ITC, « Les entreprises et les négociations de l'OMC sur la facilitation des échanges », article technique, CCI, Genève, 2005, 75 p., p. 27 (précité, note 4).

¹²⁶⁶ Coopération entre différents acteurs au sein d'une même région (UE-EFTA et l'ONG 'European Accreditation' en matière d'accréditation).

¹²⁶⁷ Coopérations entre différentes régions telles que l'APEC

¹²⁶⁸ Par exemple IFOAM pour l'agriculture biologique.

¹²⁶⁹ Coopérations entre organisations internationales : ITC/CCI de la CNUCED et de l'OMC (ex. SSRN) ; « Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce » (FANDC/STDF) de FAO, OIE, BM, OMS, OMC dans le domaine SPS ; ITF (International Task Force on Harmonisation and Equivalence in Organic Agriculture de FAO, IFOAM, UNCTAD.

Section 1. Transparence et information

§ 1. *Standards Map*

L'une des initiatives visant à rendre les normes privées plus visibles, et par conséquent accessibles aux petits producteurs, provient de l'ITC (*International Trade Center*). Il s'agit d'une plateforme d'information sur les normes privées élaborée dans le cadre du programme T4SD¹²⁷⁰, (*'Trade for Sustainable Development'* ou « Commerce en faveur du développement durable »)¹²⁷¹, qui a pour but de permettre l'accès à l'information sur les normes aux producteurs et exportateurs des PED cherchant à s'investir dans des pratiques de production proches du développement durable, aux chambres de commerce et institutions de soutien au développement ainsi qu'aux distributeurs et aux décideurs politiques (*policy makers*).

Ce programme comprend quatre composantes dont trois liées à l'information (la quatrième, relative à la formation et au renforcement des capacités – *'capacity building'* – sera traitée dans le chapitre suivant consacré aux PED).

Tout d'abord, le programme a mis en place un outil en ligne¹²⁷² dédié aux normes privées, nommé *'Standards Map Website'* et accessible depuis mars 2011. Principal résultat du programme T4SD, ce site vis à centraliser, organiser et diffuser l'information concernant les normes privées relatives au développement durable. Il s'adresse aux producteurs, exportateurs et acheteurs. Son but ultime est de promouvoir les pratiques de développement durable au sein du commerce international. A ce jour, Standards Map contient près de 70 normes couvrant 60 groupes de produits exportés par plus de 150 pays, ainsi que 250 articles et contributions sur la question des normes privées¹²⁷³. Le site fait cependant l'objet d'une mise à jour régulière afin de permettre la prise en compte de nouvelles normes. Notons que l'accès à cet outil est gratuit pour les utilisateurs issus des PED, mais payant pour les utilisateurs des pays développés, ce qui montre la volonté d'en faire

¹²⁷⁰ Ce programme est soutenu par le ministère allemand pour la coopération économique et le développement (BMZ *Bundeministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit*), le *Swiss State Secretariat for Economic Affairs* ainsi que la Commission européenne (*Directorate General Trade*).

¹²⁷¹ Cette mission d'information se fait en collaboration avec des organismes et institutions tels qu'ISEAL, l'IISD, le *Committee on Sustainability Assessment* (COISA), le PNUD et le programme des Nations Unies pour le volontariat (UNV).

¹²⁷² <http://www.standardsmap.org/en/>

Voir aussi <http://www.intracen.org/trade-support/voluntary-standards/>

¹²⁷³ http://www.standardsmap.org/en/reference_material/user_guide/ (consulté le 23.03.2012).

un instrument non seulement de facilitation du commerce, mais également d'aide au développement.

La deuxième composante est en réalité la source des informations contenues dans Standards Map (qui en est en quelque sorte la « vitrine », l'instrument de diffusion)¹²⁷⁴. Il s'agit d'une base de données « globale » ('*Global Database*') organisée en deux parties : d'une part l'information relative aux normes privées : champ d'application, prescriptions, modalités d'application et de mise en œuvre ('*Standards Database*'). Son but est de permettre aux utilisateurs potentiels de ces normes d'évaluer les coûts et bénéfices de leur application. D'autre part, un volet de la base de données est consacré à la recherche sur les normes privées ('*Research Database*'); y sont recensés les travaux des ONG, organismes de normalisation, des institutions d'aide au développement ainsi que des universités et instituts de recherche. Afin de permettre une plus grande facilité d'utilisation et une plus grande précision dans l'information sur les normes privées, ces deux volets sont reliés entre eux (ils sont notamment classés par produits, pays, et auteurs afin de permettre une plus grande précision dans les résultats de recherche).

Enfin, un « observatoire de recherche » ('*research observatory*') doit permettre à l'ITC de suivre les progrès de la recherche sur les impacts des normes privées et leur rôle dans le commerce international ; il doit également servir de cadre à une participation du programme T4SD au débat sur les normes privées et aux publications de l'ITC et d'autres instituts de recherche.

Standards MAP se présente comme réponse à une demande :

« Au cours des dernières années, le développement des normes volontaires à l'initiative des organisations de la société civile, du secteur privé et d'autres groupes a connu une croissance sans précédent. En même temps, il n'existe toujours pas de structure de type « guichet unique » permettant d'examiner les informations sur les normes volontaires et d'en comparer les prescriptions à l'aide d'un nombre de critères définis, réunis dans un tableau simple. Les producteurs et exportateurs des pays en développement manquent souvent d'informations pour décider s'ils ont

¹²⁷⁴ Voir le document d'information publié par l'ITC, Division of MarketDevelopment, '*Standards Map. User Guide*', http://www.standardsmap.org/documents/user_guide_en/files/952/20110711-StandardsMap-EN-Revised.pdf octobre 2011, p. 7.

intérêt à s'engager dans des pratiques durables de commerce et de production, et pour savoir comment procéder. La demande relative à ce type d'informations est de plus en plus importante parmi les fabricants, les vendeurs et les responsables des marchés publics, qui souhaitent intégrer le critère du développement durable dans leurs décisions d'achats¹²⁷⁵ ».

§ 2. Trade Standards Practitioners Network

Il existe une seconde initiative d'information, elle aussi développée dans le but de permettre aux pays en développement de répondre de manière appropriée à la multiplication des normes privées¹²⁷⁶. Elle est mise en œuvre par un réseau d'acteurs¹²⁷⁷, le *Trade Standards Practitioners Network*, établi en 2005 et qui comprend entre autres des organismes multilatéraux¹²⁷⁸, instituts de recherches, organismes d'aide au développement¹²⁷⁹, et ONG¹²⁸⁰. En 2006, le TSPN a également lancé une plateforme d'information en ligne, accessible à ses membres ainsi qu'au public en général. Les normes y sont classées par catégorie (santé animale, environnement, normes sociales, sécurité sanitaire, agriculture biologique, santé des plantes) et par produits (café, céréales, fleurs, tourisme, etc.). Par ailleurs, les projets des membres relatifs aux normes, globaux et régionaux, sont également présentés.

En raison de la similarité des objectifs de ces deux initiatives, on peut s'interroger sur la possibilité de « synergies » ou d'actions communes, notamment une collaboration dans la diffusion de l'information dans le but d'atteindre une audience plus large¹²⁸¹.

¹²⁷⁵ Centre du commerce international, « Normes privées », <http://www.intracen.org/politique/Normes-privees/> (04.09.2012)

¹²⁷⁶ <http://tradestandards.org/en/Index.aspx>

¹²⁷⁷ Il existe en réalité plusieurs modes d'affiliation au réseau TSPN : seul des organismes à but non lucratif peuvent faire partie du « noyau » de membres ('*coremembers*') autorisés à siéger au comité d'organisation ('*steeringcommittee*'). Les organismes à but lucratif ont le statut de « membres associés » (qui implique les mêmes droits que les autres membres, à l'exception de celui d'être représentés au sein du *steeringcommittee*). Par ailleurs des individus peuvent acquérir le statut de « membres individuels ». Les organismes gouvernementaux ne pouvant pas, de par leur statut, être affiliés à un tel réseau, sont considérés comme des « partenaires ». <http://tradestandards.org/en/Page.Membership.aspx> (23.03.2012)

¹²⁷⁸ Commission européenne, Banque mondiale, FAO, UNIDO, etc.

¹²⁷⁹ USAID, GTZ entre autres.

¹²⁸⁰ ISEAL notamment.

¹²⁸¹ Voir la présentation de J.F. MOLTMANN, 'The Trade Standards Practitioners Network (2005-2010)', Genève, 19 mars 2010, http://www.standardsfacility.org/Files/InfoDonors/TSPN_for_STDF_March_2010.pdf

Il existe également des initiatives d'information plus ponctuelles, menées par des organisations dont le spectre d'action est plus large que les normes privées uniquement, ou qui concernent un secteur d'activité ou une norme particulière.

Un autre partenariat relatif aux normes sanitaires et phytosanitaires, le *Standards Trade Development Facility* (STDF), se donne ainsi pour but de faciliter la mise en œuvre des normes SPS internationales par les pays en développement, afin de faciliter leur accès aux marchés des pays développés. A cette fin, il met en œuvre des actions de coordination et de financement (de la préparation de projets). Il a également organisé une session d'information le 26 juin 2008 dans le but d'informer les PED mais aussi le comité SPS de l'OMC sur les derniers développements en matière de normes privées, ainsi que des possibilités de financement existant pour faciliter leur mise en œuvre¹²⁸². La même année, STDF publie un document compilant les études et chercheurs existant en matière de normes privées¹²⁸³.

Le projet OSEA II, dont la première phase a permis d'adopter une norme régionale en matière d'agriculture biologique (norme EAOPS, voir *infra* et Annexe 6), se donne a présent pour mission l'information sur cette norme, afin de faciliter sa diffusion auprès des consommateurs mais aussi des producteurs, exportateurs, agences gouvernementales, commerçants et distributeurs¹²⁸⁴. Parallèlement, le projet s'engage à mettre en place des outils de collecte de données sur l'évolution du secteur et de rendre publics les développements pouvant intéresser les acteurs et consommateurs, notamment par la création d'un site web spécifique¹²⁸⁵. Cette politique d'information devrait permettre, à plus long terme, d'accroître le commerce intra-régional des produits issus de l'agriculture biologique, qui restent encore largement méconnus des consommateurs et d'une partie des consommateurs.

La transparence et les échanges d'information sont en quelque sorte une condition préalable (*'precondition'*) de la reconnaissance mutuelle¹²⁸⁶. Pour certains, elles feraient en réalité partie de la reconnaissance mutuelle, en ce sens qu'elles conditionnent sa réussite pratique de sa mise en œuvre.

¹²⁸² Un rapport sur cette session d'information est disponible sur le site de l'OMC : http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/private_standards_june08_e/private_standards_june08_e.htm (23.03.2012).

¹²⁸³ G/SPS/GEN/891, Note du Secrétariat de l'OMC, 8 décembre 2008.

¹²⁸⁴ Voir le document d'IFOAM présentant la deuxième phase du projet : 'Regional Cooperation for Organic Standards and Certification Capacities in East Africa. OSEA Phase II, November 2010- December 2013', <http://www.ifoam.org/partners/projects/osea/pdf/OSEA-II-Public-information-March-2011.pdf>, mars 2011, p. 9.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹²⁸⁶ Ch. ELVESTAD, F. VEGGELAND, *op. cit.*, p. 18.

Section 2. Prévisibilité

La fragmentation causée par la multiplication des normes privées ainsi que les effets négatifs de celle-ci sur le commerce ne sont pas passés inaperçus aux yeux des auteurs des normes eux-mêmes. On a assisté par conséquent ces dernières années à la naissance d'initiatives émanant des acteurs privés eux-mêmes et visant à remédier aux défis de la diversité ; il s'agit en quelque sorte de mécanismes « auto-correctifs » issus d'une dynamique interne aux normes privées¹²⁸⁷. Ces mécanismes se présentent sous deux aspects : les tentatives d'harmonisation et les techniques de reconnaissance mutuelle de l'équivalence de deux ou plusieurs normes. Toutes deux vont plus loin que de simples mesures de coordination entre différents schémas de normes.

L'harmonisation, d'une part, a pour but d'unifier le contenu des normes privées afin de rendre applicable une norme unique à un ensemble d'acteurs. Elle suppose d'importantes concertations et l'existence d'un consensus entre toutes les parties impliquées au sujet du contenu de la norme harmonisée. Nous verrons que ceci constitue le principal défi de l'harmonisation, qui conditionne également son champ d'application : rarement international, plus souvent régional (§ 1). A la différence de l'harmonisation, la reconnaissance mutuelle n'a pas pour but l'*identité* des normes mais la reconnaissance et l'acceptation de l'*équivalence* de deux normes différentes. Ce n'est pas le contenu de la norme qui est jugé lors de l'évaluation d'équivalence, mais son aptitude à produire un résultat comparable jugé équivalent. L'équivalence implique donc un élément subjectif qui est absent de l'harmonisation : elle suppose une *reconnaissance*, qui pourra être fondée sur des critères plus ou moins sévères en fonction des cas d'espèce et de l'intensité de la volonté d'intégration. L'équivalence des normes peut par conséquent être évaluée par le biais de plusieurs méthodes différentes (§ 2).

Remarque : Une confusion est parfois faite entre les deux notions, et l'on retrouve souvent le terme « harmonisation » dans les textes décrivant un processus

¹²⁸⁷ A l'inverse, l'harmonisation « sur la base des normes internationales existantes » relève d'une dynamique extérieure, car promue par les organisations internationales telles que l'OMC ou les grands organismes de normalisation (ISO, OIE, Codex, etc.) ; elle trouve moins d'échos chez les acteurs privés que sur le plan étatique.

d'évaluation de l'équivalence. Ceci s'explique entre autres par le fait qu'il est souvent considéré que l'objectif final des procédures d'équivalence est de promouvoir, à plus long terme, l'harmonisation des normes concernées (celle-ci étant souvent considérée comme le but ultime à atteindre, car le plus « désirable »/souhaitable). En réalité, il est nécessaire de distinguer intégration (plus rare, car supposant une proximité géographique et réglementaire des partenaires) et coopération. En effet, l'équivalence peut également être un objectif en soi, en ce qu'elle permet de conserver la diversité des normes (et donc leur adaptation à des conditions locales spécifiques) tout en limitant les obstacles commerciaux que cette diversité entraîne. Dans les faits, les initiatives d'équivalence sont bien plus nombreuses que les tentatives d'harmonisation, car plus faciles à mettre en place sur le plan politique.

§ 1. Harmonisation

Il existerait actuellement plus de 1000 codes de conduite et systèmes de gestion¹²⁸⁸, et leur nombre est en constante augmentation. Pour éviter une duplication des normes ainsi que les coûts liés à la nécessité de certifications multiples (qui constituent tous deux d'importants obstacles au commerce), il existe plusieurs initiatives visant à harmoniser aussi bien le contenu des normes privées que les procédures y relatives.

L'harmonisation a pour objectif d'unifier les contenus ; il s'agit de réduire la diversité, de créer des normes communes à un groupe d'acteurs. Alors que l'harmonisation désigne en principe l'identité totale des contenus, le terme est parfois employé pour désigner un rapprochement progressif des normes¹²⁸⁹. A la différence des règles multilatérales qui envisagent l'harmonisation sur la base de normes internationales préexistantes, les initiatives privées considèrent les normes internationales comme un élément parmi d'autres à prendre en compte pour élaborer la norme harmonisée.

On peut distinguer les tentatives d'harmonisation en fonction de leur niveau d'application (national ou international) ou en en fonction de leur objet (normes relatives aux produits ou procédés d'une part, normes procédurales d'autre part). Par

¹²⁸⁸ UNIDO, « Normes privées, mieux les connaître pour mieux les appliquer. Guide sur les normes privées dans les secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier », Vienne, 2010, 73 p., p. 64.

¹²⁸⁹ C'est dans ce contexte que la reconnaissance de l'équivalence peut être considérée comme un préalable à l'harmonisation.

ailleurs, l'harmonisation s'effectue généralement au niveau sectoriel (par exemple pour le domaine de l'agriculture biologique), plus rarement au niveau d'un produit isolé.

Nous allons voir tout d'abord à quelles limites « structurelles » se heurtent les tentatives d'harmonisation (A). Ensuite, nous illustrerons par l'exemple de l'agriculture biologique une forme (particulièrement développée) d'harmonisation sectorielle et régionale (B).

A. Limites

L'harmonisation est une méthode plus « radicale » que l'équivalence. En effet, cette dernière permet la reconnaissance de normes différentes, alors que l'harmonisation vise l'unification de la réglementation, et donc l'identité du contenu des normes.

Or, les normes privées, de même que les règles de droit, diffèrent souvent pour de bonnes raisons (respect des conditions locales, de circonstances particulières, etc.) et leur unification peut ne pas être souhaitable¹²⁹⁰. Dans le cas des normes privées, l'une des principales limites à laquelle se heurte l'harmonisation est la diversité des conditions de production et l'impossibilité pour une norme de prendre en compte l'ensemble des conditions locales. Cette difficulté peut être atténuée si l'on envisage l'harmonisation au niveau régional et non international.

Une autre difficulté provient des disparités de développement et donc des difficultés financières et techniques que peuvent rencontrer les producteurs des PED pour mettre en œuvre une norme ne prenant pas en compte leurs besoins spécifiques¹²⁹¹. Ici la solution réside dans la participation des PED à l'élaboration des normes harmonisées, afin de faire en sorte que leurs difficultés éventuelles soient prises en compte. En pratique cependant, ainsi que nous l'avons vu pour la participation à l'élaboration des normes internationales¹²⁹², on est encore loin d'une participation effective. De ce point de vue, les efforts d'assistance technique et de renforcement des capacités (voir

¹²⁹⁰ D. PREVOST, « Obstacles sanitaires, phytosanitaires et techniques au commerce dans les Accords de partenariat économique entre l'Union européenne et les pays ACP », ICTDS, 2010, 148 p., p. 16. Voir aussi G. MAYEDA, 'Developing Disharmony? The SPS and TBT Agreements and the Impact of Harmonization on Developing Countries', *Journal of International Economic Law* Vol. 7, 2004/4, pp. 737-764. Pour cela, les accords internationaux prévoyant une harmonisation des dispositions nationales contiennent souvent une possibilité de dérogation : l'Accord OTC, par exemple, n'exige pas l'harmonisation sur la base des normes internationales si celles-ci sont inadéquates ou inefficaces pour atteindre l'objectif recherché, en raison de facteurs géographiques ou technologiques (Article 2.5 OTC).

¹²⁹¹ L'Accord OTC prévoit que les PED ne sont pas tenus d'utiliser comme base de leurs règlements des normes internationales qui « ne sont pas appropriées aux besoins de leurs développements, de leur finance et de leur commerce » (Article 12.4 OTC). Voir D. PREVOST, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁹² Partie 2 Titre 1.

infra, chapitre 2) sont primordiaux et constituent, pour les PED, le préalable nécessaire à leur participation effective aux circuits privés de normalisation.

Les limites évoquées ci-dessus sont plus marquées lorsque l'harmonisation est « imposée » par une instance supérieure dotée de ce pouvoir réglementaire (par exemple à travers les directives et règlements européens ou, dans une certaine mesure, les règles de l'OMC). On peut supposer qu'elles sont moins importantes lorsque la volonté d'harmonisation émane des acteurs privés eux-mêmes et se traduit par un consensus dans l'élaboration de la norme harmonisée.

Enfin, il semblerait que l'harmonisation soit plus facile dans le domaine du contrôle de conformité, car les procédures d'évaluation sont soumises à moins de variations dues aux conditions locales¹²⁹³. Leur harmonisation au niveau international ne semble donc pas exclue. A l'inverse, l'harmonisation des normes substantielles (normes de production, par exemple) semble très difficile, voire pratiquement impossible au niveau international. Ceci est particulièrement vrai si l'on veut prendre en compte, dans le cadre de l'harmonisation, à la fois les normes privées et les normes publiques nationales ou internationales existant dans un secteur donné : ITF a ainsi constaté l'impossibilité d'une harmonisation multilatérale des normes de production biologiques, en dépit des similarités entre les normes IFOAM et du CAC¹²⁹⁴. Notons cependant que la difficulté ne provient pas uniquement du contenu de la norme, mais également du champ d'application des normes et de questions de gouvernance.

B. Harmonisation sectorielle et régionale

L'agriculture biologique est l'un des domaines dans lesquels l'harmonisation des normes privées est la plus poussée : les normes d'agriculture biologique ont fait l'objet de plusieurs initiatives privées ou mixtes ayant pour but leur harmonisation. Certaines de ces initiatives sont en réalité relatives à *l'équivalence* des normes biologiques (même si l'harmonisation est souvent citée comme objectif ultime, ce qui peut prêter à confusion) ; c'est notamment le cas pour les normes élaborées par

¹²⁹³C'est dans cette optique qu'ont été développés les standards 'IROCB' par l'ITF. Ces lignes directrices sont conçues soit comme un « référentiel » pour apprécier l'équivalence de deux systèmes, soit comme un fondement direct de l'accréditation d'un organisme les respectant.

¹²⁹⁴S. PADEL (ed.), "The European Regulatory Framework and its Implementation in Influencing Organic Inspection and Certification Systems in the EU", 2010, 96 p., p. 58.

IFOAM d'une part ainsi que par l'ITF et son successeur GOMA¹²⁹⁵ d'autre part. Ces normes seront donc traitées dans le point suivant (§ 2).

Cette harmonisation n'est toutefois pas « globale ». Elle est à la fois sectorielle (agriculture biologique) et régionale. En effet, nous avons vu dans le point précédent les avantages du niveau régional pour l'harmonisation des normes ; l'exemple de l'agriculture biologique semble confirmer cette observation car plusieurs normes régionales existent ou sont en cours d'élaboration dans le domaine de l'agriculture biologique. Ce sont en général des normes mixtes, issues d'une collaboration entre acteurs publics et privés.

1. Afrique de l'est – Norme EAOPS

Si l'on excepte les normes européennes en la matière¹²⁹⁶, la Communauté d'Afrique de l'Est a été la première région à adopter une norme d'agriculture biologique appelée EAS 456:2007, *East African Organic Product Standard (EAOPS)*¹²⁹⁷. Cette norme a été élaborée par un groupe de travail régional, le '*Regional Standard Technical Working Group*', partenariat public-privé entre les organismes nationaux de normalisation du Kenya, de Tanzanie, du Rwanda, du Burundi et d'Ouganda, les mouvements nationaux d'agriculture biologique, les organismes de certification de ces pays ainsi que le Conseil commercial d'Afrique de l'Est (*East African Business Council*). L'élaboration de la norme régionale est le fruit d'une volonté d'harmoniser les exigences en matière de qualité des produits et services. Le but de la norme est dès lors de remédier aux entraves au commerce qui résultaient de la multitude de normes en vigueur dans la région (5 normes au total), de favoriser ainsi la coopération régionale et de permettre aux pays concernés de parler d'une seule voix dans les négociations internationales, ainsi que de promouvoir l'agriculture biologique au niveau régional¹²⁹⁸.

¹²⁹⁵ Dont IFOAM fait également partie.

¹²⁹⁶ A la différence des normes régionales dont il sera question ici, la réglementation européenne en matière d'agriculture biologique n'a pas été élaborée en consultation avec la société civile. De plus, elle est exclusivement réservée à la certification par un organisme tiers, et ne peut faire l'objet d'une évaluation et déclaration unilatérale. La réglementation européenne est contenue pour l'essentiel dans un Règlement du Conseil ([Règlement \(CE\) N° 834/2007 du Conseil du 28 juin 2007 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques abrogeant le Règlement \(CEE\) N° 2092/91](#)) et deux Règlements de la Commission ([Règlement \(CE\) N° 889/2008 de la Commission du 5 septembre 2008](#) qui en définit les modalités de mise en œuvre et [Règlement \(CE\) N° 1235/2008 du 8 décembre 2008, qui règle en détail l'importation de produits biologiques en provenance de pays tiers](#)).

¹²⁹⁷ Voir Annexe 6.

¹²⁹⁸ Norme EAS 456:2007, Préface. Norme disponible sous http://www.unep-unctad.org/cbtf/events/dsalaam2/EAS%20456-2007_Organic%20products%20standard_w_cover.pdf (13.11.2011).

La norme EAOPS est fondée sur les normes nationales en vigueur dans les Etats participants ainsi que sur les normes internationales existantes telles que l'*IFOAM Basic Standard* et les Lignes directrices du *Codex Alimentarius* pour la production, la transformation, l'étiquetage et la commercialisation des produits biologiques.

La norme a été adaptée aux exigences des agriculteurs d'Afrique de l'Est. Elle n'est pas « excessivement prescriptive » (*'excessively prescriptive'*) et a volontairement été formulée dans un langage accessible au plus grand nombre, afin de faciliter sa diffusion parmi les agriculteurs locaux.

Depuis son entrée en vigueur en 2007, la norme EAS 456:2007 a remplacé les réglementations nationales en vigueur. Mais son utilisation reste volontaire pour les entreprises individuelles qui peuvent l'utiliser comme base pour leurs déclarations unilatérales de conformité ou pour leur certification par un organisme tiers.

La norme peut être utilisée pour une auto-évaluation des agriculteurs ou pour une certification par une tierce partie. Dans ce cas, la Communauté recommande que les inspections et certifications soient faites en accord avec les règles de l'ISO (Guide 65) ou les critères d'accréditation d'IFOAM. Si un autre mécanisme est adopté, il devra répondre aux critères de compétence, d'intégrité et de transparence.

La norme EAOPS a servi de base à la mise en place d'un label biologique régional, qui a été progressivement introduit dans les pays participants. Pour le futur, les auteurs de la norme espèrent également que celle-ci serve de base à l'élaboration d'accords de reconnaissance mutuelle avec des partenaires commerciaux extérieurs à la région (Etats ou autres communautés régionales)¹²⁹⁹.

Récemment, le projet GOMA¹³⁰⁰ en collaboration avec IFOAM¹³⁰¹ a entrepris des efforts afin de promouvoir la reconnaissance internationale de la norme EAOPS, en particulier sa reconnaissance par la Commission européenne :

¹²⁹⁹ Norme 456:2007, Introduction.

¹³⁰⁰ Voir le communiqué publié sur le site du projet le 4 août 2011, <http://www.goma-organic.org/news-from-goma/goma-seeks-recognition-for-east-african-regional-standards-2/> (14.11.2011).

¹³⁰¹ Dans le cadre du projet OSEA II (*Regional Cooperation for Organic Standards and Certification Capacity in East Africa*, 2010-2013), financé par l'Agence suédoise pour le développement international et mené en coopération avec les mouvements nationaux d'agriculture biologique du Burundi, du Kenya, du Rwanda, de la Tanzanie et de l'Ouganda. Ce projet vise à faciliter le commerce de produits biologiques dans la région, à travers l'élaboration d'une norme régionale, le développement

- D'une part, des discussions sont en cours entre IFOAM, GOMA et la Commission européenne afin de déterminer si l'évaluation d'équivalence est possible à travers la procédure d'approbation par les organismes de certification¹³⁰².
- Afin de faciliter la reconnaissance de la norme EAOPS, GOMA a demandé que soit effectuée une série d'évaluations, menées par des experts, de l'équivalence entre la norme EAOPS et la réglementation européenne. L'une de ces études a été menée sur la base des critères établis par l'instrument de référence créé par GOMA, COROS. Ceci pourrait indiquer l'émergence d'une tendance à l'harmonisation régionale accompagnée d'une reconnaissance mutuelle au niveau international.
- Enfin, un appel à trouver une solution au problème de la reconnaissance a été lancé lors d'un « Atelier de haut niveau sur l'agriculture biologique en Afrique » tenu les 11 et 12 juillet 2011 et organisé conjointement par la Commission européenne et la Commission de l'Union Africaine¹³⁰³.

Par ailleurs, il est prévu dans le cadre du projet OSEA II (deuxième phase du projet d'IFOAM ayant mené à l'adoption de la norme EAOPS) de procéder à une révision de la norme, afin de prendre en compte d'éventuelles lacunes révélées par la pratique. Il est notamment prévu de compléter la norme dans certains domaines tels que l'aquaculture et la pêche, afin de faciliter l'accès aux marchés de ces produits¹³⁰⁴.

2. Asie-Pacifique

du système d'évaluation de conformité et la promotion d'un label régional. Son but ultime est d'améliorer ainsi les conditions de vie des communautés rurales. Une entreprise privée suédoise, GroLink AB, est chargée de la gestion globale du projet. Voir <http://www.grolink.se/Projects/OSEAI.htm> (14.11.2011).

Le projet OSEA I (2006-2007) avait été à l'origine du processus d'élaboration de la norme EAOPS. Pour ce projet aussi, la gestion fut assurée par GroLink AB. La participation des gouvernements fut facilitée par la collaboration avec le projet CBTF ('Capacity Building Task Force on Environment and Development') mené conjointement par le PNUE et de la CNUCED. Remarque : plusieurs organisations semblent revendiquer la « paternité » du standard. La CTBF estime que la norme EAOPS est le résultat de son initiative pour l'agriculture biologique en Afrique de l'Est ('East African Organic Initiative'). En réalité il a existé deux initiatives parallèles, celle d'IFOAM et celle de la CBTF, mais afin d'éviter une duplication des efforts (contreproductive dès lors qu'il s'agit d'harmonisation) une seule norme a été élaborée au titre des deux projets.

¹³⁰²En effet, les pays d'Afrique de l'Est ne peuvent être sur la liste des « pays tiers » dont la certification est reconnue par l'Europe (car ne réglementent pas de manière exhaustive le secteur biologique) ; par ailleurs, les organismes de certification n'ont pas demandé d'approbation pour l'utilisation de la norme EAOPS.

¹³⁰³ Voir http://ec.europa.eu/agriculture/events/organic-africa-2011_en.htm (14.11.2011).

L'Union africaine est engagée dans la promotion de l'agriculture biologique à travers une Résolution sur l'agriculture biologique et un Plan d'Action africain sur l'agriculture biologique.

¹³⁰⁴ Voir le document d'IFOAM présentant la deuxième phase du projet : 'Regional Cooperation for Organic Standards and Certification Capacities in East Africa. OSEA Phase II, November 2010- December 2013', <http://www.ifoam.org/partners/projects/osea/pdf/OSEA-II-Public-information-March-2011.pdf>, mars 2011, p. 9.

Une norme d'agriculture biologique a également été élaborée dans la région du Pacifique, la norme biologique du Pacifique ou '*Pacific Organic Standard*'. Comme pour l'EAOPS, cette norme est née dans le cadre d'un partenariat public-privé réunissant des représentants d'organismes nationaux d'agriculture biologique, de gouvernements, d'entreprises ainsi que d'ONG locales. Le projet était financé par IFAD et mis en œuvre par IFOAM¹³⁰⁵ en coopération avec le Secrétariat général de la Communauté du Pacifique¹³⁰⁶ et une '*Regional Organic Task Force*' (ROTF) composée d'experts et créée en tant qu'organe technique chargé de l'élaboration de la norme biologique¹³⁰⁷. Le processus de consultations a impliqué les Etats concernés pour les trois premières versions du texte de la norme, puis également d'autres parties prenantes (organismes de certification, public intéressé, membres d'IFOAM). La version finale de la norme a été officiellement adoptée en septembre 2008, deux ans après le début du processus d'élaboration.

La norme est d'application volontaire et peut servir aussi bien à l'auto-évaluation des entreprises et à la déclaration unilatérale de conformité, qu'à la certification par un organisme tiers et à la garantie par un « système de garantie participative » (SPG)¹³⁰⁸. Comme pour le standard EAOPS, la norme Pacifique formule une position commune qui pourra être utilisée au cours des négociations internationales. De même, la certification de la conformité d'un produit à cette norme donne droit à l'apposition du label '*Pacific Organic and Ethical Trade Community*' (POETCom), dont il existe une version spéciale pour les normes certifiées selon les SPG.

¹³⁰⁵ Dans le cadre d'un projet nommé '*Building Capacities on Certification of Organic Agriculture in the Pacific*' (2006-2008) mené en collaboration avec ICEA (*Instituto per la certificazione etica e ambientale*), un organisme de certification italien. Le but du projet était d'évaluer la situation de l'agriculture biologique dans la région Pacifique (ce qui a donné lieu à la rédaction d'un rapport intitulé '*An Overview of Organic Agriculture in the Pacific*'), de rendre possible une certification biologique à des prix raisonnables, de créer les capacités institutionnelles (publiques ou privées) nécessaires à la certification des produits biologiques et enfin de développer une série de normes régionales concernant l'agriculture biologique. Voir <http://www.ifoam.org/partners/projects/pacific.html>.

¹³⁰⁶ La Communauté du Pacifique est une organisation internationale intergouvernementale. D'abord appelée Commission du Pacifique, elle fut créée en 1947 par les six Etats qui administraient la zone du Pacifique Sud (Australie, Nouvelle-Zélande, Etats-Unis, France, Pays-Bas et Royaume-Uni) afin de ramener la stabilité dans la région et de faciliter l'administration de ces territoires. La Communauté compte aujourd'hui vingt-six Membres, dont les vingt-deux Etats et Territoires insulaires océaniques et quatre des six Etats fondateurs (le Royaume-Uni et les Pays Bas s'étant retirés en 1962 et 2004). Voir <http://www.spc.int/fr/a-propos-de-spc/historique.html> (13.11.2011).

¹³⁰⁷ La ROTF a été créée en 2007 lors de la deuxième phase d'élaboration de la norme (la première phase, débutée en 2006, ayant consisté essentiellement en la sensibilisation et l'information des parties prenantes). En 2009, la ROTF a débuté un processus de transformation en '*Pacific Organic and Ethical Trade Community*', organe chargé de représenter les mouvements biologique et de commerce équitable dans la région. Sa structure interne actuellement en cours de définition, mais il est établi que cet organe restera domicilié au Secrétariat de la Communauté du Pacifique.

¹³⁰⁸ Voir Titre 2 Chapitre 2.

La norme de la Communauté du Pacifique est elle aussi inspirée des traditions locales d'une part et des normes internationales d'autre part (norme IFOAM et du *Codex Alimentarius*). Son but est de promouvoir l'agriculture biologique dans la région, mais également d'informer et de protéger le consommateur contre des utilisations frauduleuses de la dénomination « produit issu de l'agriculture biologique ».

3. Normes en cours d'élaboration

Deux autres normes régionales sont en cours d'élaboration.

La première concerne cinq pays d'Amérique centrale (Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua et Costa Rica), ainsi que le Panama et la République dominicaine. Le système devra inclure des normes de production et de transformation des produits biologiques, des exigences en matière de certification ainsi qu'un système de surveillance de l'application de la norme par les gouvernements. L'élaboration de la norme est soutenue par GOMA en partenariat avec l'Institut Américain pour le Coopération en matière d'agriculture (*'Inter-American Institute for Cooperation on Agriculture'*, IICA). Cette norme ne sera pas applicable directement par les Etats mais aura vocation à servir de référence aux gouvernements (qui devront faire en sorte d'harmoniser leur législation nationale au regard de la norme régionale). La norme pour l'Amérique centrale fait partie de l'élaboration d'un cadre régional et vise à promouvoir, à plus long terme, une coopération régionale plus poussée.

Il semblerait que l'élaboration de la norme ait récemment accompli des progrès importants : un processus de consultations nationales ayant été lancé en 2010, les Etats en ont communiqué les résultats à l'IICA. En février 2011, les représentants des gouvernements concernés (à l'exception du Nicaragua) ainsi que trois observateurs issus du secteur privé se sont réunis afin d'examiner les commentaires compilés par l'IICA et de les intégrer à la version courante de la norme. La norme a été présentée au Conseil de l'agriculture d'Amérique centrale (Central American Agricultural Council, CAC) les 15-16 février 2012¹³⁰⁹. Le texte est actuellement en train d'être notifié à l'OMC¹³¹⁰ ; après une période de consultation internationale le texte

¹³⁰⁹ <http://www.goma-organic.org/news-from-goma/slowly-but-surely-the-harmonized-central-american-organic-regulation-progresses/> (01.04.2012)

¹³¹⁰ A la date du 2 août 2012, voir <http://www.goma-organic.org/regional-projects/central-america/> (02.10.2012)

harmonisé sera présenté aux Etats participants, la version finale devant tenir compte des « suggestions pertinentes » faites au niveau international¹³¹¹.

La seconde norme est le résultat d'une coopération entre plusieurs pays en Asie du Sud, du Sud-Est et de l'Est. La norme *Asia Regional Organic Standard* (AROS) est élaborée par un groupe de représentants des gouvernements mais aussi du secteur privé. Elle est fondée sur une étude des normes nationales existantes, sur la norme COROS (du programme GOMA) ainsi que sur les deux normes internationales précitées (IFOAM et *Codex*). Une deuxième période de consultations sur la version préliminaire amendée du texte vient de s'être achevée en septembre 2011 et la norme a été approuvée le 12 février 2012 par le groupe de travail sur l'Asie de GOMA¹³¹². Comme pour la norme d'Amérique centrale, AROS ne sera pas directement applicable dans les Etats concernés, mais devra servir de base à l'harmonisation des législations. Sa fonction harmonisatrice sera accomplie lorsque des organisations régionales telles que ASEAN et SAARC (qui ont contribué à son élaboration) l'auront officiellement adoptée en tant que norme régionale et incité leurs Membres à l'adopter en tant que normes nationales (ou à mettre leurs normes nationales en conformité avec AROS). Le processus a déjà commencé au sein de l'ASEAN, où la norme AROS devrait être proposée en avril devant la Task Force pour les normes en matière d'horticulture¹³¹³. Par ailleurs, les organismes de certification de la 'Certification Alliance'¹³¹⁴ se sont engagés à développer et utiliser une norme privée unique, conforme à la norme AROS, ce qui devrait également contribuer à l'harmonisation régionale dans le domaine de l'agriculture biologique.

On peut se demander si cette harmonisation régionale pourra s'étendre, à l'avenir, à une harmonisation internationale¹³¹⁵. Pour l'instant, même dans le domaine de l'agriculture biologique – pourtant l'un des plus « intégrés » - une harmonisation

¹³¹¹ GOMA, 'Annex 2 : Post-Panama Meeting Working Methodology', 6 p., p. 6, disponible sur : http://goma-organic.org/wp-content/uploads/2010/12/CA_standards_process1.pdf (01.10.2012)

¹³¹² <http://www.goma-organic.org/news-from-goma/a-new-regional-organic-standard-makes-its-debut/> (01.04.2012)

¹³¹³ *Ibid.*

¹³¹⁴ Il s'agit d'une plateforme de collaboration asiatique destinée aux organismes de certification locaux. Son domaine d'action recouvre à ce jour la Chine, l'Indonésie, la Corée, le Laos, la Malaisie, le Népal, les Philippines, le Sri Lanka, le Vietnam et la Thaïlande. La collaboration concerne la certification multiple et l'inspection intégrée ('*multiple certification and integrated inspection*'); à ce sujet voir également le Chapitre 2, Section 2), une aide au marketing ainsi que des activités de formation et d'échange d'expériences avec les pays ne disposant pas encore d'organismes locaux de certification. <http://www.goma-organic.org/news-from-goma/certification-alliance-provides-a-collaboration-platform-of-asian-organic-certification-bodies/> (01.04.2012)

¹³¹⁵ En ce sens (quoique pour le domaine de l'évaluation de conformité) voir OMC, World Trade Report 2005, p. 104.

multilatérale des règles de production n'a pas été possible¹³¹⁶. Cette difficulté explique sans doute l'essor des initiatives visant à établir l'équivalence des normes, plutôt que d'aspirer à leur harmonisation – y compris dans le domaine de l'agriculture biologique.

§ 2. *Equivalence*

A la différence de l'harmonisation, l'équivalence ne requiert pas l'identité des normes, mais la preuve qu'elles peuvent fournir un résultat comparable à celui que permet d'obtenir la norme d'origine. L'équivalence, qui porte sur *l'efficacité* plus que sur le contenu des normes, s'inscrit donc nécessairement dans un processus de comparaison, à l'issue duquel peut avoir lieu la reconnaissance (unilatérale ou réciproque/mutuelle) du schéma de normes considéré.

L'équivalence peut porter soit sur les normes substantielles (définissant les caractéristiques des produits), soit sur les normes procédurales (relatives au processus d'évaluation de conformité). Ainsi que le précise la Commission européenne en décrivant sa stratégie dans ce domaine :

« La reconnaissance de l'équivalence n'implique pas d'office la reconnaissance de l'évaluation de la conformité. Il est cependant utile, aussi bien en termes de facilitation des échanges qu'en termes d'efficacité réglementaire, de combiner les deux. Conjointement avec la reconnaissance de l'évaluation de la conformité, la reconnaissance de l'équivalence de réglementations techniques garantit qu'un produit ne doit satisfaire qu'à un seul ensemble de prescriptions techniques et qu'il n'est soumis qu'à une seule procédure d'essai et d'évaluation par les organismes publics ou privés qui connaissent le mieux les exigences sur la base desquelles le produit est évalué¹³¹⁷ »

Dans le premier cas (équivalence des contenus), la reconnaissance de l'équivalence permet de réduire les coûts de conformité, en les faisant passer de l'obligation de respecter plusieurs normes à la possibilité de se contenter du respect de la norme

¹³¹⁶ S. PADEL (ed.), "The European Regulatory Framework and its Implementation in Influencing Organic Inspection and Certification Systems in the EU", 2010, 96 p., précité, p. 58.

¹³¹⁷ Commission européenne, « Mise en œuvre de la politique du commerce extérieur dans les domaines des normes et de l'évaluation de la conformité : un arsenal d'instruments », *Document de travail des services de la Commission*, SEC(2001) 1570, 2001, 27 p., p. 14

d'origine. Dans le cas de l'équivalence des procédures, ce sont les coûts de certification qui sont réduits, car le producteur échappe à l'exigence d'une double certification ; la certification par un organisme tiers est en effet considérée comme équivalente à la certification par l'organisme d'origine. Par conséquent, l'importance pratique de ces procédés, en particulier pour les pays en développement, ne doit pas être sous-estimée.

Au niveau interétatique, la facilitation des échanges passe fréquemment par la reconnaissance mutuelle de deux ou plusieurs systèmes nationaux de réglementation¹³¹⁸ : ceux-ci sont reconnus comme permettant d'obtenir un résultat équivalent, que ce soit en matière de qualité ou de sécurité des produits. De tels accords pourraient théoriquement être transposés aux normes privées : deux schémas de normes pourraient ainsi reconnaître mutuellement leur équivalence et accepter mutuellement leurs produits sans demander de tests ou de certifications supplémentaires. Ainsi que nous allons le voir, dans le domaine privé la reconnaissance de l'équivalence se décline sous plusieurs formes : les accords de reconnaissance mutuelle (ARM), forme la plus rigide (et la plus proche du mécanisme interétatique) de reconnaissance y sont rares et en général réservés aux organismes de certification et d'accréditation (C). Sur le plan substantiel, les initiatives de reconnaissances se multiplient que ce soit à travers l'évaluation comparative des normes au regard d'un référentiel commun (B) ou, de manière plus informelle, à travers l'élaboration de normes de référence qui facilitent – mais n'impliquent pas nécessairement – l'équivalence des normes qui les reprennent (A).

Remarque : il importe de distinguer entre différents « niveaux » auxquels se situent les mécanismes de facilitation des échanges liés à la reconnaissance de l'équivalence :

- Les mécanismes purement étatiques ou interétatiques ne seront pas évoqués ici (ou uniquement dans la mesure où ils ont été un modèle pour la mise en place de mécanismes privés). Ces mécanismes comprennent notamment la

¹³¹⁸Ainsi, il se pourrait que se mette en place, entre certains pays d'Asie, un système de reconnaissance bilatérale de l'équivalence de leurs normes d'agriculture biologique. Les Philippines et l'Indonésie ont récemment entrepris des consultations à cet effet (la première réunion a eu lieu en juin 2011). Le processus de reconnaissance devrait être achevé en 2012. Une fois des lettres d'intention échangées afin de concrétiser l'accord, les pays devront évaluer leurs normes et systèmes de certification conformément aux instruments EquiTool et IROCB. Ils bénéficieront, pour ceci, de l'assistance technique de GOMA.

reconnaissance mutuelle de réglementations nationales, la reconnaissance unilatérale d'un schéma de normes, la reconnaissance de la certification par les organismes du pays exportateur de produits par rapport à la réglementation du pays importateur, l'approbation directe d'un organisme de certification ou d'accréditation (ou la délégation de ce pouvoir aux organismes de certification nationaux), ce dernier mécanisme étant sans doute le plus utilisé en pratique¹³¹⁹.

- Certains de ces mécanismes peuvent également être « croisés », c'est-à-dire concerner les relations entre Etats et normes privées : par exemple, il est possible qu'un Etat reconnaisse directement (unilatéralement) la validité d'un schéma privé ou approuve directement un organisme privé de certification. Ces cas de figure sont très rares en pratiques et ne feront donc pas l'objet de développements supplémentaires.
- Sur le plan purement privé également, certains mécanismes revêtent une importance pratique marginale, et ne seront de ce fait pas étudiés en détail (même si l'on peut espérer qu'ils soient amenés à se développer dans le futur). Ainsi, la reconnaissance unilatérale d'un schéma privé par des acteurs privés (entreprises, chambres de commerce, etc.) pourrait grandement faciliter la tâche entreprises exportatrices (il s'agit en effet de la seule hypothèse « privée » de *'systems recognition'*¹³²⁰ ?). On peut citer en exemple l'acceptation par l'industrie australienne des normes d'accréditation IFOAM¹³²¹.

Sur un plan plus général de politique réglementaire, on constate qu'une combinaison de plusieurs mécanismes est sans doute le moyen le plus efficace pour aboutir à une réelle facilitation des échanges. Il semblerait par conséquent qu'une coordination entre mécanismes publics, privés et « croisés » soit souhaitable (bien que, en l'état actuel des choses, peu réaliste). On peut également se demander si le niveau le plus approprié pour une telle coordination, si elle doit voir le jour, ne serait pas celui de la

¹³¹⁹Voir GOMA, "Scoping Study for Equivalence and Harmonization of Organic Standards and Technical Regulations in the Asia Region", UNCTAD/DITC/TED/2010/7, 50 p. p. 24.

¹³²⁰ Au niveau interétatique, on distingue entre équivalence des systèmes réglementaires (nationaux) et équivalence des mesures particulières. Voir Elvestad p. 30.

¹³²¹GOMA, "Scoping Study for Equivalence and Harmonization of Organic Standards and Technical Regulations in the Asia Region", UNCTAD/DITC/TED/2010/7, 50 p., p. 24.

région (puisque c'est également à ce niveau que l'on recense les initiatives les plus fructueuses en matière d'harmonisation)¹³²².

A. Outils de référence

1. Définition

Certaines normes privées à vocation internationale ou régionale se donnent expressément pour but de remédier à la fragmentation normative ainsi qu'à ses effets commerciaux en les « ordonnant » peu à peu autour d'un noyau commun d'exigences. Elles définissent à cet effet un référentiel commun qui pourra servir de base à la reconnaissance de l'équivalence des normes qui s'y conforment.

Pour éviter toute confusion, précisons que les outils de référence sont à la fois un instrument d'équivalence et d'harmonisation. En effet, si leur but ultime est souvent présenté comme étant l'harmonisation des normes privées dans un secteur donné, leur effet immédiat est plutôt celui de l'équivalence des normes élaborées sur leur modèle. L'harmonisation, elle, demeure généralement de l'ordre de l'utopie : seule l'incitation étant possible dans le domaine privé, elle dépend du recours volontaire des acteurs privés aux référentiels communs (et non d'une quelconque contrainte juridique)¹³²³.

On entend par *outil de référence* ou *référentiel commun* une norme qui, élaborée sur la base de l'observation des normes existantes et des bonnes pratiques, se donne pour but de servir de modèle à l'élaboration de normes futures. Elles définissent la pratique optimale dans un secteur d'activité donné, afin d'inciter les normes futures à s'en inspirer et à unifier ainsi progressivement leur contenu. Ces instruments correspondent à la catégorie des « méta-normes » que nous avons identifiée dans les développements sur la typologie des normes privées¹³²⁴. Les normes de référence constituent à la fois une synthèse de la pratique antérieure et une référence pour les normes à venir. Elles peuvent porter à la fois sur le contenu ou sur les méthodes utilisées par les normes privées.

¹³²² Voir pour l'Asie, le document de GOMA, *précité*, p. 26.

¹³²³ On peut penser que l'incitation à avoir recours aux méta-normes pourra être de nature économique. En effet, les petites entreprises n'ayant pas les moyens d'élaborer leur norme propre pourront s'approprier l'un des outils de référence qui sont spécifiquement conçus à cet effet. En revanche, il est possible que la norme de référence ne soit pas reprise telle qu'elle, mais fasse l'objet d'adaptations à la situation particulière de l'entreprise. Dans ce cas l'harmonisation, si elle est comprise au sens d'identité complète des normes, ne serait pas assurée, ou alors de manière relative, au sens d'un rapprochement des contenus.

¹³²⁴ Voir Partie 1, Titre 2.

Il existe plusieurs types de normes de référence. Il est intéressant de noter qu'elles portent essentiellement sur des exigences procédurales, c'est-à-dire sur les conditions de l'élaboration des normes ou du contrôle de conformité. Plusieurs référentiels ont été élaborés par ISEAL, sous la forme de Codes de bonne pratique pour l'élaboration des normes (*'Standard-Setting Code'*) et pour la mesure de l'impact des normes (*'Impacts Code'*) dans le domaine social et environnemental. Un code en matière d'« assurance » (surveillance de la mise en œuvre) est en voie d'élaboration. Ces instruments constituent une codification des bonnes pratiques en matière d'élaboration et de mise en œuvre des systèmes de normes sociales et environnementales¹³²⁵. L'approche d'ISEAL met l'accent sur l'effectivité des normes privées : les codes permettraient ainsi d'améliorer la cohérence entre les normes sociales et environnementales, et de mesurer les progrès qu'elles permettent d'accomplir. La démarche d'ISEAL a ceci de particulier que les codes s'adressent en principe à ses membres¹³²⁶ (ou aux organisations souhaitant le devenir) ; mais ceci n'est pas un obstacle à leur diffusion, car même des organisations sur le point de remplir les conditions de l'un des codes peuvent adhérer à ISEAL en tant que « membres associés » (*'affiliate members'*) disposant d'un an pour se mettre en conformité avec les codes.

Sur le plan de l'évaluation de conformité, on peut citer la norme ISO/CEI 17011:2004, *Evaluation de la conformité - Exigences générales pour les organes d'accréditation procédant à l'accréditation des organes d'évaluation de la conformité*, qui définit un ensemble uniforme d'exigences pour les organismes vérifiant les activités des organismes d'évaluation de la conformité - activités qui vont des essais, de l'inspection, de la certification des systèmes de management à la certification des personnels ou des produits ainsi qu'à l'étalonnage.

Les outils de gestion (« systèmes de management », évoqués plus haut) font également partie des normes de référence en ce qu'ils permettent aux entreprises d'évaluer leurs pratiques au regard d'une norme internationale. La très forte diffusion de référentiels tels que les normes ISO 9000 et ISO 14000 permet de penser qu'à long terme, une certaine harmonisation des pratiques est possible. Toutefois, la

¹³²⁵ISEAL, "Assessing the Impacts of Social and Environmental Standards Systems v1.0.ISEAL Code of Good Practice", Foreword, p. 1.

¹³²⁶ Seuls ceux-ci peuvent se soumettre au mécanisme d'évaluation d'ISEAL (*'Independent Evaluation Mechanism'*, IEM) afin de recevoir de manière « officielle » la confirmation de leur conformité aux Codes.

contribution à l'harmonisation reste indirecte¹³²⁷, les normes de gestion étant d'abord un instrument d'équivalence.

2. Le cas particulier de l'agriculture biologique

Ici aussi l'agriculture biologique bénéficie d'un statut particulier, car c'est l'un des rares domaines où coexistent plusieurs normes de référence, élaborées par différentes initiatives (même si IFOAM, la *Fédération internationale des mouvements d'agriculture biologique* est en quelque sorte le dénominateur commun de l'ensemble de ces normes, car il a toujours participé à leur élaboration que ce soit en tant qu'auteur unique ou en tant que participant à un projet public-privé). Alors qu'on pourrait penser que la multiplication des outils d'équivalence mènera inévitablement à une confusion des normes (qu'ils cherchent précisément à éviter), il apparaît que ces normes obéissent en réalité à un système gradué assez sophistiqué : il existe ainsi plusieurs « degrés » d'équivalence, en fonction de l'intensité avec laquelle le producteur souhaite se conformer aux principes de l'agriculture biologique. Un doute subsiste cependant sur l'utilité de ces multiples degrés aux yeux du consommateur, qui ne verra peut-être pas l'utilité de différencier entre des produits « plus ou moins » biologiques.

- Système IFOAM

IFOAM (*International Federation of Organic Agriculture Movements*), est née en 1972 du regroupement de plusieurs organismes de normalisation et de certification en matière d'agriculture biologique. Le but de cette association est d'unifier et de promouvoir les mouvements d'agriculture biologique sur le plan global ; elle vise également à garantir le bien-fondé de l'appellation « agriculture biologique » dans les relations commerciales internationales. L'organisation compte aujourd'hui 750 organisations membres dans 116 pays¹³²⁸.

IFOAM avait d'abord développé deux instruments de référence relatifs au contenu des normes biologiques d'une part et aux modalités de la certification d'autre part¹³²⁹. Le premier, appelé '*IFOAM Basic standard*' (IBS) était une méta-norme ('*standard*

¹³²⁷En pratique, il semblerait même que les systèmes de gestion n'ont pas empêché la prolifération des normes privées ; le nombre de celles-ci n'a en effet pas cessé d'augmenter, même après l'introduction des méta-normes UNIDO, *précité*, p. 64.

¹³²⁸http://www.ifoam.org/about_ifoam/index.html (09.11.2011).

¹³²⁹La dernière version de ces normes date de 2005. Voir le document « Normes IFOAM pour la production et la préparation en agriculture biologique. Version 2005 », http://www.ifoam.org/about_ifoam/standards/norms/norm_documents_library/Norms_FR_V4_20090123.pdf

for standards’) non accessible directement à la certification, mais dont les organismes de normalisation pouvaient s’inspirer pour établir leurs propres normes. Les critères d’accréditation (*IFOAM Accreditation Criteria* - IAC), fondés sur les normes ISO en matière d’accréditation et adaptés au secteur biologique, décrivaient la bonne conduite de la certification biologique par les organismes de certification. Les organismes de certification souhaitant recevoir l’accréditation IFOAM devaient respecter à la fois la norme IBS et les critères d’accréditation.

Le système est aujourd’hui en cours de modification. En effet, depuis 2010 est en cours l’établissement d’un ‘*Organic Guarantee System*’ qui sera composé de plusieurs normes :

- La norme IFOAM (*IFOAM Standard*), fondée sur la norme IBS qu’elle remplacera. A la différence de cette dernière, la nouvelle norme IFOAM doit être directement ouverte à la certification¹³³⁰ tout en conservant sa fonction d’outil de référence et de plateforme de dialogue pour l’élaboration de normes plus détaillées. Cette norme est actuellement en cours d’élaboration ; une seconde version préliminaire de la norme (version 0.2) a été acceptée par le *World Board* le 8 novembre 2011 et est ouverte aux commentaires des Membres jusqu’en janvier 2012¹³³¹.
- Les ‘*IFOAM Standards Requirements*’¹³³², qui reprendront la norme COROS conjointement élaborée avec la CNUCED et la FAO, et dont il sera question plus bas. Ce document devra servir de base à l’évaluation de l’équivalence des normes souhaitant participer à la ‘*IFOAM Family of Standards*’. L’IFOAM a pour ambition de faire de ce document « la » référence internationale en matière de normes biologiques, par rapport à laquelle seront se feront toutes les évaluations (bilatérales ou multilatérales) d’une norme afin de voir si elle répond aux objectifs communs qu’il définit. Cette norme a été acceptée en

¹³³⁰ Il ne s’agit donc plus d’une méta-norme (‘standard for standards’), mais d’une norme certifiable (‘certification standard’). Les entreprises pourront directement adopter cette norme, économisant ainsi frais d’élaboration et d’accréditation, <http://ioas.org/iap.htm>

¹³³¹ Le standard sera adopté par les Membres d’IFOAM, mais le processus d’élaboration inclut des consultations avec différentes parties intéressées.

¹³³² Baptisés dans un premier temps *IFOAM Requirements for Organic Standards* (IROS).

avril 2011 par le ‘*World Board*¹³³³’ d’IFOAM et en juillet 2011 par ses Membres.

- Les ‘*IFOAM Accreditation Requirements*’ qui remplaceront les critères d’accréditation (IAC) sans toutefois en modifier le contenu. La procédure d’accréditation ne changera donc pas : les accréditations sont effectuées par l’IOAS, une filiale d’IFOAM qui évalue aussi bien la conformité d’une norme au Standard IFOAM (jusqu’à présent à l’IBS)¹³³⁴ que la conformité de son système de vérification aux critères d’accréditation. A terme, IFOAM espère unir ses critères d’accréditation avec ceux élaborés par la CNUCED et la FAO (IROCB, voir *infra*).

A l’avenir, le système IFOAM devrait fonctionner de la manière suivante : toute norme conforme aux ‘*IFOAM Standard Requirements*’¹³³⁵ pourra se prévaloir d’un label ‘*IFOAM Family of Standards*’. Cette reconnaissance est ouverte à la fois aux normes privées et aux normes publiques. Si l’auteur de la norme est contrôlé par un organisme reconnu (accrédité par IFOAM mais aussi gouvernemental ou accrédité par un autre organisme d’accréditation) il peut en plus apposer sur ses produits un label appelé ‘*Global Organic Mark*’. Un signe de reconnaissance particulier sera créé pour les organismes souhaitant adopter une norme plus stricte que la norme IFOAM, ou d’un champ d’application plus large. La ‘*IFOAM Community of Best Practices*’ répond pour IFOAM à une demande du marché ; elle présuppose cependant que soient établies ces « bonnes pratiques » (ou « meilleures » pratiques). Elle portera notamment sur des normes de production en matière de protection des sols et de bien-être des animaux, ou sur des domaines émergents tels que l’utilisation de l’énergie, le commerce équitable, l’adaptation au changement climatique ou aussi la transformation du produit. Le certificat sera décerné aux normes obtenant un certain score lors de l’évaluation par rapport aux bonnes pratiques. Les produits conformes à ces normes pourront porter le logo (et label) correspondant.

¹³³³ Il s’agit d’un organe élu par l’Assemblée générale et dont le rôle est de désigner les membres des différents comités, de mettre en place des groupes régionaux ou sectoriels et d’établir les règles de procédures applicables aux différents organes (*World Board*, *Executive Board* et Assemblée générale) qui devront être approuvées par l’Assemblée générale.

¹³³⁴ Il s’agit là d’une spécificité d’IFOAM. En règle générale, les organismes d’accréditation évaluent uniquement les exigences en matière d’évaluation de conformité, et non la norme qui fait l’objet de la certification. International Task Force on Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture 2003-2008, “*Summary Report*”, http://r0.unctad.org/trade_env/itf-organic/meetings/itf8/ITF_Summary_Report_081216db_%20final.pdf p. 10.

¹³³⁵ L’équivalence est évaluée à l’aide de l’outil EquiTool élaboré par la CNUCED et la FAO, voir *infra*.

Enfin, sur le plan de l'accréditation, une « reconnaissance des systèmes » (*'systems recognition'*) permettra d'étendre la reconnaissance à des organismes de certification appliquant des normes autres que la norme IFOAM, à condition que ces normes fassent partie de la *'family of standards'*. Un organisme ne doit donc plus nécessairement appliquer le standard IFOAM afin d'être accrédité par l'IOAS¹³³⁶ ; l'accréditation peut également être attribuée à un organisme appliquant une norme privée propre si celle-ci est jugée équivalente. Ceci permet de faciliter la procédure d'accréditation en supprimant l'étape de l'évaluation de la *norme* appliquée par l'organisme de certification¹³³⁷, et de réduire les coûts d'accréditation. L'accréditation est conçue par IFOAM comme un outil de différenciation concurrentielle facilitant l'accès à certains marchés¹³³⁸.

Au-delà de la reconnaissance de l'équivalence, le nouveau standard IFOAM a également un grand potentiel harmonisateur. En effet, il pourra être repris directement par plusieurs organismes différents qui n'ont pas encore créé leur propre norme et qui feraient alors certifier leurs produits sur la base d'une norme identique. Ceci peut intéresser surtout les petits producteurs qui n'ont pas les ressources pour développer une norme propre. Par ailleurs, IFOAM a pour stratégie de faire en sorte que la norme soit suffisamment flexible pour pouvoir être reconnue comme équivalente par les gouvernements, afin de simplifier les procédures d'importation¹³³⁹.

Cette flexibilité, qui est certes la condition de l'harmonisation, suscite toutefois une interrogation. On peut en effet se demander s'il ne s'agit pas là d'une harmonisation « vers le bas » dans la mesure où cette norme commune, dans un souci de réunir une acceptation aussi large que possible, ne comportera sans doute pas les exigences les plus strictes. N'y a-t-il pas un risque de dilution des critères de l'agriculture biologique au profit de l'adoption d'une norme commune ? Certes, les entreprises ou organismes qui le désirent restent libres de mettre en place leur propre norme plus stricte et de faire reconnaître celle-ci, comme c'est le cas dans le cadre

¹³³⁶ International Organic Accreditation Service. Il s'agit d'une organisation (ONG) indépendante d'IFOAM mais ayant conclu un accord avec elle.

¹³³⁷ Dans la procédure actuelle, l'évaluation de l'équivalence des normes concernées avec la norme de base d'IFOAM fait partie de la procédure d'accréditation.

¹³³⁸ Voir http://ioas.org/IFOAM_OGS.pdf

¹³³⁹ Voir le document d'IFOAM, 'OGS – 2010 Revision', p. 4.

des « best practices » d'IFOAM. Cependant, les entreprises n'ayant pas les moyens techniques de mettre en place une telle norme seront obligées, dans les faits, à adopter la norme minimale élaborée par IFOAM.

L'harmonisation peut également venir du côté procédural, ainsi que le montre un accord de reconnaissance mutuelle signé par plusieurs organismes ayant été accrédités IFOAM ; ces acteurs reconnaissent l'équivalence des programmes des organismes signataires en termes d'inspection, de certification et de surveillance¹³⁴⁰. Cet accord, qui se donne pour but la facilitation du commerce international des produits issus de l'agriculture biologique, a été signé en 2003 puis renouvelé en 2007. Il compte actuellement 34 signataires¹³⁴¹.

- Les projets ITF et GOMA

Parallèlement au processus interne à IFOAM, cette organisation a également participé à un effort global, lancé par deux organisations internationales et visant à faciliter le rapprochement des normes et la reconnaissance de l'équivalence dans le domaine de l'agriculture biologique.

En 2003, la CNUCED et la FAO ont institué, conjointement avec IFOAM, une '*Task Force*' internationale sur l'harmonisation et l'équivalence au sein de l'agriculture biologique (ITF). Il s'agissait d'une plateforme de dialogue entre des acteurs issus de gouvernements, d'ONG ou d'organismes privés de normalisation, certification et accréditation ; son mandat était limité dans le temps (2003-2008). Le but recherché était de trouver des solutions aux entraves au commerce créées par la diversité des normes privées en matière d'agriculture biologique ainsi que de faciliter l'accès des PED à l'agriculture biologique. Après une première phase de consultations axée sur l'analyse des normes et schémas existants¹³⁴², une seconde phase des travaux a permis d'élaborer deux instruments de référence ou outils pour l'harmonisation et l'équivalence. Le premier, *Equitool (Guide for Assessing Equivalence of Organic Standards and Technical Regulations)* concerne l'équivalence des normes alors que le second, *International Requirements for Organic Certification Bodies (IROCB)*,

¹³⁴⁰ Article 4 de l'accord. '*Agreement on Certification Equivalence between IFOAM Accredited Programs*', texte disponible sous <http://ioas.org/x07acbmla.pdf>.

¹³⁴¹ <http://ioas.org/ifomla.htm>

¹³⁴² Les résultats des travaux de l'ITF sont publiés sous la série "Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture", disponible sur le site de l'initiative : http://www.unctad.org/trade_env/itf-organic/publications1.asp.

permet aux organismes de certification et d'accréditation de reconnaître des normes extérieures à leur propre système¹³⁴³. Pour l'ITF, ce dernier instrument doit permettre, à terme, d'accélérer la convergence entre les critères de certification et en ce sens contribuer à leur harmonisation.

Par la suite, le projet GOMA (*'Global Organic Market Access'*), mis en place par les mêmes acteurs, a pris le relais de l'ITF. GOMA poursuit le même but d'harmonisation et d'équivalence afin de faciliter le flux commerciaux de produits biologiques. Ses activités comprennent également l'analyse du système et des instruments existants, mais vont aussi plus loin que l'ITF : partage des connaissances, mise en œuvre de projets pilotes, assistance technique et soutien d'initiatives régionales (notamment la norme AROS, *Asia Regional Organic Standard*, dont il a été question plus haut).

En collaboration avec IFOAM, GOMA a également développé un instrument complémentaire à EquiTool¹³⁴⁴ et qui lui est annexé, COROS (*'Common Objectives and Requirements of Organic Standards'*), dont le but est de permettre une évaluation de l'équivalence de différentes normes sur la base de leurs objectifs (équivalence des objectifs et non des détails de chaque norme). Les normes préexistantes d'IFOAM et du *Codex* en matière d'agriculture biologique ont servi de base pour déterminer ce référentiel¹³⁴⁵.

B. Evaluation comparative ('benchmarking')

La technique de l'évaluation comparative (ou « *benchmarking* ») permet de comparer entre elles différentes prescriptions au sein d'un même domaine d'activité¹³⁴⁶. Les normes y sont évaluées par rapport à une autre norme (en général une norme de référence, voir *supra*) ou par rapport à certains facteurs prédéterminés. Peuvent être évaluées à la fois des normes nationales et des normes privée.

Cette technique se rapproche de celle des normes de référence en ce qu'elle implique souvent l'élaboration d'un référentiel ; cependant celui-ci est ici expressément produit dans le but de servir d'outil de comparaison, afin de permettre d'évaluer la

¹³⁴³ Ces outils s'adressent aussi bien au secteur privé qu'aux normes gouvernementales.

¹³⁴⁴ L'idée est, à l'origine, celle de l'ITF.

¹³⁴⁵ <http://www.goma-organic.org/tools/coros/> (01.04.2012)

¹³⁴⁶ Voir G/SPS/GEN/746, p.3.

ressemblance (ou au contraire les différences) entre plusieurs systèmes de normes. L'équivalence n'est pas déduite automatiquement d'une certaine ressemblance avec la norme de référence, mais fait l'objet d'une évaluation par un organisme préalablement désigné au regard de critères précis. Il s'agit donc d'une méthode plus « institutionnalisée » que la précédente, qui compte sur un rapprochement progressif dû à une dynamique interne des normes¹³⁴⁷.

1. EurepGAP/GlobalGAP

Dans le domaine de la sécurité sanitaire, deux initiatives ont mis en place un système d'évaluation comparative. Tout d'abord le consortium EurepGAP, devenu aujourd'hui GlobalGAP, avait instauré une procédure permettant d'évaluer par rapport au sien les programmes dont les producteurs ou groupements de producteurs faisaient éventuellement déjà partie, afin de déterminer si une certification déjà existante remplit également les critères d'EurepGAP :

« Le programme candidat à l'évaluation comparative (programme candidat) fait l'objet d'une évaluation d'équivalence qui consiste à comparer son contenu et ses critères de performance par rapport à EUREPGAP¹³⁴⁸ ».

Les programmes ayant réussi l'évaluation comparative étaient considérés comme équivalents et pouvaient faire l'objet d'un certificat EurepGAP¹³⁴⁹. Ces conditions ont été maintenues dans le cadre de GlobalGAP, avec quelques ajustements. Ainsi, l'exigence supplémentaire d'une inscription des producteurs individuels (et, s'il s'agit d'un groupement de producteurs, de l'entité juridique le représentant) dans une base de données GlobalGAP, afin de « valider » l'équivalence du programme, a été instaurée. Une distinction a également été introduite entre deux « degrés » d'équivalence (en réalité deux référentiels différents, dont le second est moins strict que le premier) : d'une part les normes (ou schémas) « pleinement évaluées »

¹³⁴⁷Rappelons, ainsi que nous l'avons déjà fait dans l'introduction à ce point, qu'une confusion terminologique fréquente consiste à parler d'« harmonisation » des normes dans le contexte d'une évaluation comparative. Or la reconnaissance de l'équivalence et l'harmonisation sont deux procédés distincts : dans le premier cas, deux normes différentes sont comparées afin d'établir si leurs résultats sont comparables, dans le second est visée le rapprochement de leurs contenus.

Voir par exemple l'expression utilisée dans le cadre du programme GlobalGAP : « Harmonization via Benchmarking » http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=29 (05.11.2011) L'organisme reconnaît pourtant plus loin qu'il s'agit d'une reconnaissance de l'équivalence : « Owners of Good Agricultural Practice (G.A.P.) standards worldwide can seek to demonstrate equivalence with GLOBALG.A.P through an independent benchmarking process ».

¹³⁴⁸ « Modalités générales fruits et légumes frais », Version 2.1 janvier 2004, EurepGAP, FL 2.1 MG, p. 15. http://www.fao.org/ag/agn/fv/files/1177_EUREPGAPGRFRENCH.PDF

¹³⁴⁹ Cependant, les certifications réalisées au sein de ces programmes doivent être effectuées par un organisme approuvé par EurepGAP et accrédité conformément à la norme ISO 65 ou EN 45011 pour le champ d'application du programme candidat. Le « programme reconnu équivalent » ou « référentiel reconnu équivalent » doit être vérifié de la même façon que les autres certifications EurepGAP ou GlobalGAP.

(‘*fully benchmarked*’), c’est-à-dire évalués par rapport à toutes les prescriptions normatives de GlobalGAP¹³⁵⁰ (y compris procédurales¹³⁵¹), dont les organismes certificateurs doivent être accrédités ISO 65, et d’autre part les normes évaluées uniquement par rapport aux ‘*Control Point and Compliance Criteria*’ (CPCC) qui font l’objet d’une liste séparée (‘*Approved Modified Checklist*’)¹³⁵². Ces deux évaluations sont effectuées par l’organisme allemand d’accréditation (DAP) et le ‘*Joint Accreditation System for Australia and New Zealand*’ (JAS ANZ). De manière générale, la procédure d’évaluation comprend une comparaison entre les normes, une possibilité de participation des membres de GlobalGAP (‘*peer review*’), une inspection sur le site et enfin l’évaluation de la demande par un comité spécifique (‘*benchmarking committee*’) composé de représentants des producteurs et des distributeurs¹³⁵³. Les contrôles annuels des producteurs et des organismes de certification (‘*integrity surveillance audits*’) sont effectués par GlobalGAP.

2. GFSI

Par ailleurs, la GFSI, *Global Food Security Initiative* (ou IMSA, *Initiative mondiale de salubrité des aliments*) adopte également une approche d’évaluation au cas-par-cas, dans laquelle diverses normes sont comparées à la norme GFSI. Cette démarche vise à remédier à la prolifération des normes de sécurité sanitaire ainsi qu’aux coûts et à l’inefficacité engendrés par des audits multiples. Les normes reconnues sont acceptées par les participants sans tests ni certification supplémentaires. Sont évaluées les conditions de production des aliments, leur manipulation, ainsi que leur emballage, transformation et fabrication. En 2011, le champ d’application de la GFSI a été élargi à l’alimentation animale, aux matériaux d’emballage, au stockage et à la distribution des aliments¹³⁵⁴.

Le fonctionnement de la GFSI est le suivant : les Membres définissent d’abord les exigences communes en matière de sécurité sanitaire puis élaborent les critères de l’évaluation comparative. L’évaluation se fait ensuite à la demande du propriétaire de

¹³⁵⁰ Réglementations générales pour un produit particulier, CPCC, réglementations générales portant sur le domaine choisi pour l’équivalence.

¹³⁵¹ Equivalence des résultats d’audits, compétences des auditeurs, fréquence des audits, classification des cas de non-conformité et nature des sanctions.

¹³⁵² Voir J. VAN DER VALT, J. VAN DER ROEST, “National Benchmarking Against GlobalGAP. Case Studies of Good Agricultural Practices in Kenya, Malaysia, Mexico and Chile”, Institute of Food Safety Rikilt, *Report 2008-79*, April 2009, 67 p., p. 13.

¹³⁵³ http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=29

¹³⁵⁴ H. GALE, « Reconnaissances acquises et avancées du programme CanadaGAP en 2010 : Quels sont les avantages concrets ? », présentation du 2 février 2011, Boucherville, Québec, p. 5. http://www.cqh.ca/UCtrl/scripts/kcfinder/upload/files/03_HEATHER_GALE.pdf

la norme (par exemple une norme de portée nationale, telle que CanadaGAP) par un comité d'experts. Si les critères prédéfinis sont respectés, le programme est reconnu équivalent et n'aura besoin d'aucune certification supplémentaire pour être reconnu par les membres de la GFSI¹³⁵⁵. Ceux-ci s'engagent également à collaborer en matière de partage de connaissances et d'élaboration de bonnes pratiques au niveau global¹³⁵⁶. A la différence de l'évaluation menée dans le cadre d'EurepGAP/GlobalGAP, la GFSI constate uniquement que les normes reconnues sont considérées comme reposant sur un « fondement commun¹³⁵⁷ » :

*“The GFSI Board Benchmarking a scheme successfully means that all recognized schemes **have a common foundation of requirements** which should provide consistent results, in regard to the common requirements applied during the audit, **but the benchmarked schemes cannot be considered as equal**”.*

Cette différence de terminologie provient du fait que pour GlobalGAP, il s'agit d'une comparaison *directe* entre deux normes (la norme GlobalGAP et celle qui en fait la demande) alors que dans le cas de la GFSI, la norme examinée est uniquement comparée à une liste de critères définie par les entreprises membres, mais qui ne constitue pas une norme en elle-même¹³⁵⁸. Ce n'est donc pas l'équivalence entre deux normes qui est évaluée, mais le respect par une norme de certains critères établis par un organisme indépendant. Indirectement, ceci permet de conclure que les normes reconnues par la GFSI, étant donné qu'elles respectent toutes un noyau de critères communs, peuvent être considérées comme produisant des résultats équivalents. Le terme '*equal*' est ici à comprendre au sens strict de « égales » ou « identiques » et non au sens d'« équivalentes ». En d'autres termes, cette phrase de la GFSI vise seulement à clarifier le fait qu'il ne s'agit pas d'une entreprise d'harmonisation des normes, mais bien d'une reconnaissance de leur équivalence.

En pratique, on peut supposer que les exigences de la GFSI, en raison de leur caractère général, sont moins strictes et moins détaillées que celles d'autres normes

¹³⁵⁵ Les modalités de la procédure d'évaluation ainsi que le contenu des critères sont décrits dans un document régulièrement réactualisé, le « *GFSI Guidance Document* ». La dernière version en date est celle d'août 2011. Version 6.1, disponible sur le site de la GFSI, <http://www.mygfsi.com/technical-resources/gfsi-guidance-document-sixth-edition-issue-2-version-61.html> (dernière visite le 6 novembre 2011).

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹³⁵⁷ Nous soulignons. Voir <http://www.mygfsi.com/about-gfsi/about-gfsi-main.html>. Voir également G/SPS/GEN/746, p. 3.

¹³⁵⁸ Voir <http://www.mygfsi.com/technical-resources/gfsi-guidance-document-sixth-edition-issue-2-version-61.html> : “The GFSI Guidance Document, therefore, is not in itself a food safety standard and GFSI is not involved in certification or accreditation activities”.

telles que GlobalGAP. L'exemple de CanadaGAP semble aller en ce sens, car cette norme a obtenu la reconnaissance au titre de la GFSI mais rencontre certaines difficultés dans son évaluation au regard de la norme GlobalGAP¹³⁵⁹.

3. GSCP

Dans le domaine social et environnemental, le GSCP (*Global Social Compliance Programme*) a élaboré des directives pour la mise en œuvre des normes environnementales et sociales. Le GSCP est un groupement de fabricants et de détaillants issus de divers secteurs de l'industrie des biens de consommation¹³⁶⁰, dont le but est de faciliter la « comparabilité » des normes privées à travers l'élaboration d'outils de référence (*'reference tools'*) définissant une interprétation commune ainsi que les pratiques optimales dans le domaine des conditions de travail équitable et de la protection de l'environnement¹³⁶¹. Ces outils portent sur les procédures d'audit, les compétences et les systèmes de gestion ; ils comprennent également des codes de référence en matière sociale et environnementale. L'utilisation de ces instruments est libre, c'est-à-dire qu'ils sont accessibles à tous, même non membres du programme. Ils peuvent être soit repris en tant que partie d'un système de normes soit utilisés comme référence sur la base de laquelle évaluer des schémas de normes existants, à travers un « mécanisme d'équivalence » (*'equivalence process'*)¹³⁶². L'objectif ultime de ce mécanisme est de permettre la comparaison entre différents schémas de normes et donc d'améliorer la transparence dans une filière ; il est aussi de permettre d'éviter la multiplication des audits en instaurant la confiance quant aux procédures utilisées par les autres entreprises. L'évaluation se fait en deux phases : l'évaluation de l'entreprise par elle-même au regard des outils de référence (auto-évaluation ou *'self-assessment'*), puis l'évaluation de l'équivalence par un groupe d'expert du GSCP¹³⁶³. Les résultats de l'évaluation peuvent être partagés entre les entreprises dans un but de transparence.

Le cas du GSCP démontre l'utilité de la reconnaissance de l'équivalence dans un cas de figure où l'harmonisation serait impossible. En effet, pour ces normes de référence qui s'adressent à des entreprises dont le domaine d'activité et le mode de

¹³⁵⁹ H. GALE, *op. cit.*, p. 24s.

¹³⁶⁰ Y participent 32 entreprises, dont Carrefour, Auchan, Adidas, Dole, IKEA, Migros, Marks&Spencer, etc.

¹³⁶¹ UNIDO, *précité*, p. 65.

¹³⁶² Mis en place en juin 2011. Voir <http://www.isealalliance.org/news/equivalence-process> (01.04.2012)

¹³⁶³ Pour les détails de la procédure, voir <http://www.gscpnet.com/equivalence-process/how-to-apply.html>

fonctionnement sont très différents, l'équivalence est la seule option envisageable. Pour des produits ne visant pas les mêmes marchés (ce qui peut également conduire à des différences dans le contenu de leurs normes) l'harmonisation est du domaine de l'impossible.

En conclusion, la reconnaissance de l'équivalence des résultats obtenus par l'application de normes différentes permet de faciliter l'accès aux marchés étrangers et donc de fluidifier les échanges internationaux. La notoriété de normes telles que GlobalGAP ou GFSI et leur reconnaissance par de nombreuses entreprises multinationales permet à des normes nationales ou privées d'accéder à une large part du commerce international qui leur aurait été sinon interdite. L'évaluation comparative est ainsi une technique de *diffusion* des normes, tout en préservant les spécificités nationales et locales¹³⁶⁴.

Cependant, ainsi que le démontre l'exemple de la norme CanadaGAP¹³⁶⁵, dont l'évaluation comparative avec GlobalGAP est en cours, cette technique possède également certains inconvénients : la procédure d'évaluation peut être lente et coûteuse, et la reconnaissance doit être maintenue dans le temps, ce qui entraîne des dépenses continues (frais liés à la surveillance) qui peuvent constituer un frein à la participation des petites entreprises ou des PED à ces évaluations.

C. Accords de reconnaissance mutuelle

La reconnaissance mutuelle de l'équivalence de certaines normes (normes de produit, mais aussi normes relatives à l'évaluation de conformité) à travers un accord de reconnaissance mutuelle (ARM) est à l'origine un procédé interétatique. Afin de faciliter l'accès à leur marché, certains Etats décident en effet de reconnaître les systèmes de production et d'évaluation d'Etats partenaires comme équivalentes aux leurs. Les conséquences pratiques des ARM ne doivent pas être sous-estimées : tous les résultats de tests et d'inspection, ainsi que toutes les certifications accordées par un organisme d'accréditation couvert par l'accord seront reconnus par les autres signataires de l'accord, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une autre procédure de vérification au niveau des tests ou de la certification¹³⁶⁶.

¹³⁶⁴ J. VAN DER VALT, J. VAN DER ROEST, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁶⁵ CanadaGAP est le programme canadien de salubrité des aliments (sécurité sanitaire). Basé sur la norme HACCP, il concerne la production, l'entreposage et l'emballage des fruits et légumes frais au Canada. Il est développé par le Conseil canadien de l'horticulture.

¹³⁶⁶ World Trade Report, 2005, p. 103.

La reconnaissance mutuelle suppose que les normes (ou systèmes de normes) en question présentent au départ d'une certaine similarité facilitant la reconnaissance de leur équivalence¹³⁶⁷. Alors qu'en théorie la reconnaissance mutuelle peut avoir lieu aux niveaux international, régional ou bilatéral, il est apparu en pratique que l'existence d'un niveau de développement comparable, la présence d'infrastructures similaires dans la chaîne d'évaluation de conformité et l'existence de flux commerciaux importants entre les signataires de l'accord sont des conditions indispensables au succès des ARM. En vertu de cette exigence de proximité, on constate que la majorité de ces accords ont été conclus dans le cadre de partenariats existants, en particulier au niveau régional.

L'OMC encourage la reconnaissance de l'équivalence : l'Accord OTC incite les Etats membres à « envisager de manière positive » la possibilité de reconnaître l'équivalence de leurs règlements techniques et/ou procédures d'évaluation de la conformité (si ceux-ci permettent d'atteindre de manière adéquate les objectifs posés par les normes nationales)¹³⁶⁸. PREVOST souligne cependant le peu d'application pratique que reçoivent ces dispositions :

« la pratique montre que nombre de membres de l'OMC exigent la 'similitude' au lieu de l'équivalence (efficacité égale dans la réalisation de l'objectif) des mesures OTC, et en conséquence, les règles sur l'équivalence dans l'Accord sur les OTC sont faiblement mises en œuvre¹³⁶⁹ ».

Cet auteur note également le peu d'importance accordée à la reconnaissance mutuelle par les accords de partenariat économique (APE) conclus entre l'Union européenne et les pays ACP¹³⁷⁰. Dans le domaine SPS, la reconnaissance de l'équivalence repose sur

¹³⁶⁷ « Les ARM n'exigent, ni ne présupposent l'harmonisation des prescriptions techniques de chaque entité, ni la reconnaissance de leur équivalence. Chaque entité est libre d'adopter ses propres réglementations ou normes, bien que les signataires d'un ARM doivent évidemment appliquer des concepts globalement compatibles pour les essais et l'agrément de produits, et chaque entité doit avoir des systèmes de certification et des infrastructures techniques fondamentales comparables, ou du moins mutuellement acceptables ». Commission européenne, « Mise en œuvre de la politique du commerce extérieur dans les domaines des normes et de l'évaluation de la conformité : un arsenal d'instruments », *Document de travail des services de la Commission*, SEC(2001) 1570, 2001, 27 p., http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/mra/sec_2001_1570_fr.pdf. 15.

¹³⁶⁸ Articles 2.7 et 6.1 OTC. Par ailleurs, l'article 6.3 encourage la conclusion d'accords de reconnaissance mutuelle.

¹³⁶⁹ D. PREVOST, « Obstacles sanitaires, phytosanitaires et techniques au commerce dans les Accords de partenariat économique entre l'Union européenne et les pays ACP », *Document thématique n°9*, ICTSD, Programme sur les APE et le régionalisme, novembre 2010, <http://ictsd.org/downloads/2011/12/obstacles-sanitaires-phytosanitaires-et-techniques-au-commerce-dans-les-accords-de-partenariat-economique-entre-le28099union-europeenne-et-les-pays-acp.pdf> p. 21. Dans les faits, la reconnaissance de l'équivalence se fait essentiellement entre pays d'un niveau de développement comparable.

¹³⁷⁰ *Ibid.*

la preuve que les mesures en question peuvent assurer un niveau de protection approprié. Touchant aux systèmes sanitaires des Etats, l'équivalence est ici un enjeu encore plus important pour les pays en développement. La Décision sur l'équivalence du Comité SPS du 24 octobre 2001¹³⁷¹ élaborée pour examiner les préoccupations des PED en matière d'équivalence et de trouver des « solutions concrètes » à leurs problèmes, précise que « les Membres peuvent chercher à conclure des accords d'équivalence plus complets et de portée plus large » (article 1), tout en insistant sur l'importance de l'assistance technique, qui « *peut consister, entre autres choses, à aider un Membre exportateur à définir et à appliquer les mesures qui peuvent être reconnues comme équivalentes ou à améliorer autrement les possibilités d'accès au marché. Cette assistance peut aussi avoir trait à la préparation et à la communication des renseignements techniques pertinents et fondés sur des critères scientifiques* » (article 8). Ceci confirme que la reconnaissance mutuelle de l'équivalence n'est pas uniquement un moyen de faciliter l'accès aux marchés en réduisant les obstacles au commerce, mais aussi un outil potentiel d'assistance technique. Ainsi que le note PREVOST, elle offre une opportunité d'apprentissage et d'assistance technique importante¹³⁷² (échange d'informations, peut également conduire à une institutionnalisation de la coopération réglementaire)¹³⁷³.

A l'heure actuelle, les ARM concernent essentiellement la reconnaissance mutuelle des procédures d'évaluation de conformité¹³⁷⁴ (y inclus certification et inspection)¹³⁷⁵,

¹³⁷¹ G/SPS/19, « *Décision sur la mise en œuvre de l'article 4 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* ».

¹³⁷² D. PREVOST, *op.cit.*, p. 40.

¹³⁷³ L'auteur note que dans certains APE, les Etats envisagent la possibilité de conclure des accords de reconnaissance. Le cas de l'APE avec la partie centrale de l'Afrique :

« Cet APE prévoit en particulier qu'en attendant l'harmonisation régionale entre les États d'Afrique centrale, un produit de la CE légalement placé sur le marché d'un État d'Afrique centrale bénéficie d'un accès aux marchés des autres États d'Afrique centrale sans restrictions ou prescriptions supplémentaires. 287 Comme cela a été noté ci-dessus, ceci entraîne la reconnaissance mutuelle entre États d'Afrique centrale des prescriptions SPS respectives comme suffisantes pour réaliser les objectifs SPS de leurs propres conditions d'importation. Une telle reconnaissance mutuelle est un exemple de la reconnaissance de l'équivalence à l'échelle des systèmes, bien que cela soit malheureusement limité aux produits originaires de la CE ». D. PREVOST, *précité*, p. 42.

¹³⁷⁴ Le contrôle de la conformité d'un produit aux exigences d'une norme qu'il prétend respecter peut constituer un important obstacle à son accès à un marché. Dans une configuration idéale, l'attestation de conformité devrait être établie une seule fois et être par la suite reconnue par l'ensemble des partenaires commerciaux. En pratique cependant, les obstacles abondent, tant sur le plan interétatique¹³⁷⁴ que dans le domaine des normes privées. Les coûts entraînés par ces différentes procédures ne sont pas négligeables et peuvent peser sur la capacité d'exportation de petites et moyennes entreprises, ou d'entreprises issues de pays en développement. La solution réside dans la reconnaissance mutuelle des procédures d'évaluation de conformité. Celle-ci suppose d'établir, par le biais d'accords internationaux, une « mise en ordre » du réseau complexe d'organismes d'évaluation de la conformité, afin de définir quelles procédures et quels organismes sont considérés fournir une évaluation fiable, équivalente à celle qu'exige le pays importateur.

¹³⁷⁵ Plusieurs types d'accords relatifs spécifiquement à l'évaluation de conformité (*ITF Cooperation in Conformity Assessment*, 2007) :

- Accords d'équivalence (de RM) entre Etats

et, dans une moindre mesure, l'équivalence des normes de produit et de production. Ces accords sont parfois complétés par une politique de reconnaissance unilatérale. Enfin, il faut noter que la reconnaissance mutuelle est rarement globale, et se limite généralement à certaines dispositions spécifiques. La reconnaissance est donc souvent de nature sectorielle (applicable uniquement aux produits pharmaceutiques, électroniques, etc.). Elle peut également être partielle, et se limiter à l'acceptation des essais effectués par un laboratoire désigné au regard de certaines normes spécifiques (par exemples les normes internationales existantes en la matière) ; cette situation est fréquente pour les ARM plurilatéraux qui présentent une complexité plus importante en raison de la diversité des réglementations de leurs membres¹³⁷⁶. Les ARM peuvent également se contenter de traiter un aspect particulier tel que l'accréditation¹³⁷⁷, la métrologie¹³⁷⁸, les bonnes pratiques de production ou de laboratoire¹³⁷⁹, ou encore la traçabilité des produits. Ces ARM partiels peuvent faire partie d'une approche graduelle en vue d'aboutir à une coopération complète en plusieurs étapes, là où un ARM « complet » n'est pas envisageable pour des raisons techniques ou politiques¹³⁸⁰.

Pour l'ITF, l'équivalence devrait être fondée sur des standards internationaux de production (Codex ou IFOAM, pour l'agriculture biologique) et sur les prescriptions internationales développées pour les organismes de certification (comme IROCB développé par l'ITF). Pour l'instant ni très développé, ni très efficace ; suppose des flux commerciaux importants (pour l'AB).

- Accords multilatéraux entre organismes d'accréditation

Reconnaissance mutuelle souvent limitée par le fait que qu'une décision d'approbation étatique est requise en plus de l'accréditation.

- Acceptation d'une accréditation « internationale » (IFOAM)

- Approbation directe d'organismes étrangers de certification

- Accords de RM entre organismes de certification

¹³⁷⁶Commission européenne, « Mise en œuvre de la politique du commerce extérieur dans les domaines des normes et de l'évaluation de la conformité : un arsenal d'instruments », Document de travail des services de la Commission, SEC(2001) 1570, 2001, 27 p., http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/mra/sec_2001_1570_fr.pdf p. 16.

¹³⁷⁷ En matière d'accréditation, il existe des forums de coopération favorisant la reconnaissance mutuelle des différents systèmes nationaux à plusieurs niveaux : au niveau régional, l'AE (« accréditation européenne », ou '*European cooperation for Accreditation*') regroupe les organismes nationaux d'accréditation. Il s'agit d'une ONG néerlandaise, officiellement reconnue par l'UE depuis 2009 (un accord-cadre de partenariat UE/EFTA/AE – '*Framework Partnership Agreement*' - a été signé à Bruxelles le 30 juin 2010). L'accord multilatéral conclu sous ses auspices (EA-MLA) est signé par les organismes membres qui reconnaissent l'équivalence des tests, certifications et inspections émanant d'organismes accrédités.

Sur le plan international, l'ILAC (Conférence internationale sur l'agrément des laboratoires d'essais) regroupe des instances d'accréditation de laboratoires au niveau mondial ; l'IAF (Forum international de l'accréditation) regroupe les instances d'accréditation des organismes de certification.

¹³⁷⁸ Un accord de reconnaissance multilatéral a été signé dans le cadre du Bureau international des poids et mesures (BIPM). Il a à ce jour été signé par 87 représentants de laboratoires dans 50 Etats membres du BIPM. <http://www.bipm.org/fr/cipm-mra/> (30.03.2012).

¹³⁷⁹ Un ARM sur les bonnes pratiques de laboratoire a été conclu entre l'UE et Israël. Commission européenne, « Mise en œuvre de la politique du commerce extérieur dans les domaines des normes et de l'évaluation de la conformité : un arsenal d'instruments », Document de travail des services de la Commission, SEC(2001) 1570, 2001, 27 p., http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/mra/sec_2001_1570_fr.pdf p. 18.

¹³⁸⁰ Commission européenne, « Mise en œuvre de la politique du commerce extérieur dans les domaines des normes et de l'évaluation de la conformité : un arsenal d'instruments », Document de travail des services de la Commission, SEC(2001) 1570, 2001, 27 p., *précité*, p. 18.

Les accords de reconnaissance interétatiques – que ce soit au niveau bilatéral, régional ou multilatéral – ne prennent généralement pas en compte les normes privées. Ce n'est que récemment que la reconnaissance mutuelle s'est étendue au domaine privé. Cependant, avant de citer l'exemple du secteur biologique, nous allons décrire quelques exemples d'ARM étatiques, car ceux-ci servent (et serviront) de modèle à l'élaboration d'ARM privés ; d'une certaine manière, ils bénéficient également, en dernier lieu, aux entreprises car ce sont elles qui tirent les bénéfices d'une certification facilitée et moins coûteuse¹³⁸¹.

Les exemples d'ARM **bilatéraux** sont nombreux. Ainsi, dans le cadre de sa politique extérieure, l'Union européenne a recours à deux types d'ARM conclus avec des pays tiers :

- D'une part, les ARM « classiques », définis comme « *des conventions entre gouvernements par lesquels le pays importateur accepte que la certification de conformité à ses propres exigences législatives ou réglementaires soit réalisée dans le pays exportateur*¹³⁸² ». Ces accords sont conclus au niveau bilatéral et posent les conditions auxquelles seront acceptés les résultats de tests, certifications et autres marques de conformité délivrés par le pays partenaire. Des accords existent avec l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Canada, les Etats-Unis, Israël, le Japon et la Suisse. Un accord de reconnaissance mutuelle dans le domaine de l'agriculture biologique a été signé avec les Etats-Unis le 15 février 2012¹³⁸³ ('*EU-US Organic Cooperation Arrangement*').
- D'autre part, les Accords sur l'évaluation de conformité et l'acceptation des produits industriels ('*Agreements on Conformity Assessment and Acceptance of Industrial Products*', ACAA)¹³⁸⁴, un cas particulier d'ARM, supposent l'alignement du système législatif ainsi que des infrastructures du pays concernés avec ceux de l'Union européenne. Ces accords s'inscrivent généralement dans le cadre d'efforts à long terme d'assistance technique dans le domaine des produits industriels. Des ACAA sont en cours d'élaboration avec les pays méditerranéens

¹³⁸¹ Sur ce point, Commission européenne, « Mise en œuvre des accords de reconnaissance mutuelle pour l'évaluation de la conformité (ARM) et des protocoles sur la procédure européenne d'évaluation de la conformité européenne (PEC) », DGIII/B/4/GM D (98), 1998, p. 3.

¹³⁸² *Ibid.*, p. 1.

¹³⁸³ <http://www.fas.usda.gov/organictrade/Agreement.pdf> Cet accord prendra effet le 1er juin 2012.

¹³⁸⁴ http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/international-aspects/aca-neighbouring-countries/index_en.htm

(Algérie, Autorité palestinienne, Egypte, Israël, Jordanie, Liban, Maroc, Tunisie) d'une part et l'Ukraine (pour les secteurs où les législations sont harmonisées). Ces accords portent notamment sur les produits électriques, produits de constructions ou produits pharmaceutiques.

Sur le plan multilatéral, les ARM conclus dans le cadre de l'APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*) constituent un exemple de la fragmentation sectorielle que connaissent les ARM multilatéraux. Des accords ont ainsi été conclus dans quatre domaines¹³⁸⁵ :

- L'évaluation de la conformité dans le domaine alimentaire ('*APEC Food MRA*') : il s'agit d'un accord global accompagné d'accords sectoriels de mise en œuvre ;
- La reconnaissance mutuelle de produits de l'industrie automobile : il s'agit uniquement d'un accord-cadre qui peut être utilisé par les membres comme base d'un accord bilatéral ;
- L'évaluation de la conformité des équipements de télécommunication ('*APEC Tel MRA*') : l'ARM est composé d'un accord-cadre et deux accords spécifiques (reconnaisances des essais/des certifications) ; les Membres de l'APEC sont libre d'adhérer à l'accord qui leur convient le mieux.
- L'évaluation de la conformité d'équipements électriques et électroniques ('*APEC Electrical MRA*') : reconnaissance des essais et des certifications.

Enfin, sur le plan des relations Nord-Sud, on peut noter que certains accords bilatéraux contiennent des dispositions (limitées) sur la reconnaissance de l'équivalence. Par exemple, l'accord d'association UE-Chili¹³⁸⁶ (2002), dans son article 24 relatifs à la coopération en matière d'agriculture et au renforcement de capacités prévoient que les parties doivent agir en matière d'assistance technique dans le domaine SPS (renforcement des systèmes de contrôle), dans le but de promouvoir l'équivalence et la conclusion d'ARM. Cependant, la portée de ce type de dispositions est limitée, car elles sont rares et par ailleurs n'ont aucune portée obligatoire pour les parties.

¹³⁸⁵Commission européenne, « Mise en œuvre de la politique du commerce extérieur dans les domaines des normes et de l'évaluation de la conformité : un arsenal d'instruments », *Document de travail des services de la Commission*, SEC(2001) 1570, 2001, 27 p.,

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/mra/sec_2001_1570_fr.pdf p. 16s.

¹³⁸⁶<http://www.esf.be/new/wp-content/uploads/2009/09/eu-chile-association-agreement-2002.pdf>

Sur le plan privé, un exemple d'ARM serait l'accord multilatéral (*'multilateral agreement'*, MLA) conclu dans le cadre d'IFOAM par un groupe d'organismes de certification, tous accrédités par IOAS. Les produits certifiés par l'un de ces organismes sont reconnus par tous les autres. Les organismes de certification peuvent être publics ou privés¹³⁸⁷.

Il est probable que de tels accords privés soient amenés à se développer à l'avenir, mais ceci suppose que s'effectue au préalable un certain rapprochement des contenus et une plus claire organisation normative sectorielle. En effet, en l'état actuel des choses, ce sont l'inexistence (ou de la faiblesse) des réglementations sectorielles au niveau international qui font obstacle à la mise en place d'ARM. L'agriculture biologique est l'un des domaines où un véritable « système » sectoriel est en construction, avec un rapprochement des normes privées sur le plan international à travers l'action d'IFOAM ; ceci explique sans doute qu'un ARM ait été possible dans ce secteur.

Nous pensons qu'avec le temps on assistera à un rapprochement progressif des normes sur le plan sectoriel, car les méta-normes et la reconnaissance d'équivalence ont indirectement une action harmonisatrice : d'une part en favorisant le rapprochement des contenus sur la base d'un modèle commun, d'autre part en présupposant (et donc en favorisant) une proximité des contenus. Les trois outils d'équivalence étudiés sont donc en quelque sorte complémentaires : l'évaluation comparative et l'élaboration de normes de référence favorisent un rapprochement des normes privées sur le plan sectoriel alors que les accords de reconnaissance permettent, une fois ce rapprochement effectué, de l'« institutionnaliser » à travers la mise en place de partenariats formalisés. Il est probable que cette institutionnalisation suivra le modèle tracé sur le plan interétatique, à travers d'une part la régionalisation des partenariats (qui se trouve favorisée par la proximité « naturelle » du contenu des normes entre Etats ou entreprises d'une même région) et d'autre part verra également se développer des normes de référence, ou méta-normes réglementant la conclusion des ARM sur le plan régional ou international¹³⁸⁸.

¹³⁸⁷ Voir la liste sur <http://www.goma-organic.org/equivalence-tracker/private-sector-equivalence/> (31.03.2012).

¹³⁸⁸ Par exemple, ASEAN Framework Agreement on MRAs, OIE Guidelines for Equivalence, Codex Guidelines on the equivalence of SPS measures, ISO/IEC Guide 68:2002(E), etc.

Une autre question qui se pose est de savoir si l'on retrouvera également dans le domaine privé le déséquilibre entre normes SPS et OTC qui existe sur le plan interétatique. Il semblerait en effet que les normes SPS soient plus difficiles à harmoniser, voire à reconnaître comme équivalentes du fait de leur incidence sur la santé publique d'une part, et de la grande disparité des réglementations (notamment entre PED et pays développés) d'autre part. Le fait que de nombreuses normes privées aient pour objet des considérations sanitaires incite à soulever ce point. En particulier, le concept de « niveau de protection approprié » (*'accepted level of protection'*, ALOP) sur la base duquel l'équivalence est évaluée (du moins dans le domaine SPS)¹³⁸⁹ pourrait soulever les mêmes difficultés si on le transpose sur le plan privé. Cependant, la reconnaissance se faisant ici plus au niveau de l'entreprise, et donc à moins grande échelle que celle de la réglementation nationale, il est possible que la reconnaissance en soit facilitée –en pratique, cette évolution dépendra de la volonté des auteurs de normes privées de rapprocher mutuellement leurs normes des normes, mais aussi particulièrement de la capacité des PED à s'adapter à ce rapprochement.

En conclusion, notons qu'il existe une certaine interaction entre les dynamiques d'harmonisation et de reconnaissance de l'équivalence¹³⁹⁰. D'une part, une certaine harmonisation préalable semble nécessaire à toute reconnaissance mutuelle : des normes trop différentes ne sauraient être acceptées comme équivalentes. Peut-être y a-t-il, dans le futur, un rôle à jouer pour les normes internationales comme base de cette harmonisation. Par ailleurs, la multiplication des reconnaissances d'équivalence favorise (sur le long terme) l'harmonisation des normes en question.

Peut-être assistera-t-on, pour les normes privées, à une évolution semblable à celle de la politique européenne en matière d'harmonisation et d'équivalence : passage graduel d'une volonté d'harmonisation à la multiplication des reconnaissances d'équivalence, puis enfin mise en place d'une politique coordonnée (à l'instar de la « nouvelle approche ») qui réserve l'harmonisation à un noyau de préoccupations essentielles (*'essential requirements'*) alors que les autres matières sont réglementées

¹³⁸⁹ Voir Ch. ELVESTAD et F. VEGGELAND, *op. cit.*, p. 26. Existence également de lignes directrices de l'OMC pour ce qui concerne le secteur des normes comptables.

¹³⁹⁰ Voir, au sujet des normes internationales, Ch. ELVESTAD et F. VEGGELAND, *ibid.*, p. 3.

par les normes techniques¹³⁹¹. Sur le plan des normes privées, cela pourrait donner lieu à l’harmonisation internationale de certaines matières sur la base d’un dénominateur commun minimum (tel que, dans le domaine de l’agriculture biologique, la norme ‘*IFOAM Family of Norms*’), alors que des normes plus strictes pourraient être élaborées sur le plan régional. Eventuellement, une reconnaissance mutuelle entre ces divers schémas régionaux pourrait s’ajouter à ce tableau. Il faut noter cependant que ce scénario suppose un certain rapprochement entre les normes privées et la réglementation publique ; en effet, l’élaboration de normes régionales communes semble difficile à mettre en œuvre sans une participation des gouvernements concernés. De manière plus réaliste, l’évolution des normes privées consistera sans doute en un regroupement des normes privées, soit au sein d’associations à vocation internationale ayant une présence commerciale suffisante (telles qu’IFOAM) au sein desquelles une harmonisation progressive sera possible (modèle du système), soit à travers la mise en place d’un enchevêtrement de reconnaissances d’équivalence entre les divers schémas, que ce soit au niveau régional ou bilatéral et plus rarement international (modèle du réseau). La reconnaissance de systèmes entiers, but ultime des processus d’équivalence reste un objectif lointain.

Sur un plan de « politique réglementaire » (si l’on transpose ce terme aux normes privées), s’il est vrai que l’équivalence a connu un essor plus important que l’harmonisation, la dichotomie entre ces deux notions est aujourd’hui à nuancer. En effet, si ces deux notions constituent en théorie des solutions *alternatives*, de nombreuses interactions existent qui font apparaître une certaine *complémentarité* entre les deux techniques. D’une part, la reconnaissance mutuelle permet d’ouvrir la voie à l’harmonisation des exigences en matière d’évaluation de la conformité car elle suppose un certain rapprochement entre les systèmes, la reconnaissance de l’existence de bases communes. D’autre part, la reconnaissance mutuelle peut être liée à l’existence de normes harmonisées qui facilitent l’établissement de l’équivalence

¹³⁹¹Voir à ce sujet L.JOHANSON, “Trade Facilitation Through Equivalence and Mutual Recognition – Lessons Learnt”, *Presentation at FAO/PAHO – CCLAC Coordination Seminar*, Judgement of Equivalence of Sanitary Measures and Control Systems, 12 November 2006, p. 3. Voir également F. VEGGELAND, “Trade Facilitation Through Equivalence and Mutual Recognition – the EU Model”, *NILF Report 2006-3*, Norsk Institutt for landbruksøkonomisk forskning, http://www.nilf.no/publikasjoner/Rapporter/2006/Trade_Facilitation_through_Equivalence

entre les normes ou procédures en cause¹³⁹². Sans aller jusqu'à faire de la reconnaissance de l'équivalence le préalable systématique de l'harmonisation (car l'équivalence peut – et parfois doit – être un but en soi, l'harmonisation n'étant pas toujours souhaitable ou praticable), force est de constater qu'il existe une tendance à considérer l'harmonisation comme un instrument encore plus efficace de facilitation des échanges. La solution réside peut-être dans le niveau d'analyse choisi : l'harmonisation peut être un but envisageable au niveau régional (à long terme), alors que la reconnaissance mutuelle des systèmes régionaux harmonisés permettrait de faciliter le commerce global.

¹³⁹² K. NICOLAIDIS, G. SHAFFER, "Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, n° 3/4, 2005, p. 273.

Conclusion du chapitre

Les différentes techniques permettant de faire en sorte que les normes privées ne soient plus considérées comme un obstacle au commerce international mais contribuent à la fluidité des échanges soulignent toutes l'importance d'une coopération accrue entre les différents partenaires commerciaux, privés mais aussi étatiques. Loin de se situer en-dehors du champ des relations étatiques, la question des normes privées les concerne au contraire directement. Les normes internationales pertinentes, mais aussi les Etats en tant qu'acteurs économiques, conservent donc un rôle important à jouer.

Les mesures facilitant la fluidité des transactions ne sont que l'un des aspects de la facilitation des échanges. En effet, celle-ci ne saurait négliger l'un des principaux obstacles aux flux commerciaux, à savoir les difficultés que rencontrent de nombreux acteurs économiques issus des PED qui souhaitent accéder aux marchés du Nord. Ces difficultés résultent d'une part de la fragmentation des normes et systèmes normatifs à laquelle tentent de remédier les initiatives d'information et d'unification, mais également, d'autre part, de problèmes spécifiques aux pays en développement.

Nous avons vu que l'information, l'harmonisation et la reconnaissance de l'équivalence aboutissent toutes à (ou présupposent toutes) la mise en place de partenariats dont le but est de permettre aux pays en développement de faire face aux difficultés spécifiques qu'ils rencontrent. Ces techniques sont donc déjà, en quelque sorte, des moyens de replacer l'équité des échanges au centre de la préoccupation de facilitation du commerce mondial. Ce sont les moyens spécifiques (assistance technique, coopération réglementaire) permettant de remédier à l'exclusion des PED des circuits normatifs créés par les normes privées que nous allons à présent étudier.

Chapitre 2. Normes privées et équité des échanges

Les pays en développement subissent, face aux normes privées, des contraintes spécifiques, qui ont d'ailleurs conduit ces pays à porter le débat sur les normes privées devant l'OMC. Ces contraintes sont d'une part d'ordre financier, car le respect des normes privées nécessite des investissements importants, de même que l'obtention de multiples certifications, et d'autre part d'ordre plus « structurel », car liées au fait que les normes privées sont le plus souvent élaborées par des acteurs du nord et peuvent être perçues comme imposées aux partenaires commerciaux des PED. L'absence de participation des PED à l'élaboration des normes privées conduit ainsi à un défaut de prise en compte des conditions de production locales, et par conséquent à l'obligation *de facto* de se conformer à des normes inadaptées afin d'accéder à un marché occidental.

Afin de remédier au premier cas de figure, des initiatives d'assistance technique ont vu le jour. Elles ont pour but de donner aux PED les moyens techniques et financiers de respecter les normes privées ou, le cas échéant, de renforcer les capacités existantes (section 1). Sur le plan de la participation des PED à l'élaboration des normes, sont également apparues certaines initiatives visant à adapter les normes privées aux conditions locales, à travers une participation de ces derniers à leur élaboration (section 2). Dans les deux cas de figure, il apparaît qu'une implication des Etats est fréquente. Elle semble nécessaire au succès de ces initiatives, car l'aide au développement reste encore largement du domaine de compétence des Etats.

Section 1. Assistance technique

L'assistance technique aux PED est en général du ressort des relations interétatiques, en ce qu'elle relève d'une coopération entre les partenaires Nord-Sud. Ce sont généralement les Etats du Nord qui, unilatéralement ou dans le cadre d'un accord multilatéral, décident de mettre en place des politiques de transferts de savoirs, de formation, ou de renforcement des capacités locales au sein des PED. En ce qui concerne les normes privées, les initiatives émanent soit d'organisations internationales, ces dernières agissant surtout dans le cadre du renforcement des capacités des PED (§ 1), soit des acteurs privés eux-mêmes, qui s'efforcent de

répondre à des enjeux spécifiques des normes privées, tels que la réduction des coûts issus de la certification (§ 2).

§ 1. Renforcement des capacités ('capacity building')

SsII existe de nombreuses initiatives internationales dont le but est de renforcer la capacité des pays en développement à se conformer aux normes internationales commerciales. Certaines de ces initiatives prennent expressément en compte les difficultés soulevées par les normes privées.

Le programme T4SD (commerce en faveur d'un développement durable¹³⁹³) de l'ITC, que nous avons déjà évoqué dans la première section du chapitre précédent pour son initiative d'information 'Standards Map' possède également un quatrième volet qui consiste en un programme de formation et de renforcement des capacités¹³⁹⁴. Ce programme se donne pour but de :

« renforcer les capacités décisionnelles des producteurs et des exportateurs dans les pays en développement en ce qui concerne les opportunités, les risques et les bénéfices liés à l'adoption de normes privées. Le renforcement des capacités doit également permettre aux producteurs et exportateurs de s'engager dans un mode de production et de commerce durable ».

Sa mise en œuvre doit se faire en collaboration avec le partenariat 'Green Commodities Facility' du PNUD et le programme des Volontaires des Nations Unies. Concrètement, ceci implique l'envoi de volontaires dans dix pays ainsi que l'élaboration d'un support de formation sur l'utilisation de Standards Map (en cours d'élaboration). Il existe peu d'informations concrètes sur l'étendue pratique de ce programme (actions déjà effectuées, impact sur les producteurs).

L'ONUDI (Organisation des Nations Unies pour le développement industriel) a également développé un programme de renforcement des capacités, dont l'un des buts principaux est d'aider les entreprises exportatrices à se conformer aux normes internationales. L'approche adoptée est fondée sur la compétitivité des petits producteurs (qui comprend, d'après UNIDO, la capacité de se conformer aux normes

¹³⁹³ Durable. Expliquer l'utilisation du terme « soutenable » par la littérature canadienne.

¹³⁹⁴ <http://www.standardsmap.org/fr/about/project/>

de produit existantes, y compris aux normes privées), la conformité (renforcement de l'infrastructure de contrôle de conformité) et la « connectivité » (compréhension des règles et accords internationaux afin de pouvoir participer activement aux négociations).

Il est prévu, dans le cadre de ce programme, de faciliter également la mise en œuvre de normes *privées*, même s'il semblerait qu'il s'agisse pour l'instant d'une simple résolution non encore mise en pratique :

“UNIDO will also provide assistance to address the growing significance of private sector requirements for enterprise systems and product standards. Of particular importance are the standards regarding food hygiene and food safety (ISO 22000), but there are also other important international systems standards such as quality management (ISO 9001), environmental management (ISO 14001), and social accountability (SA 8000). It will also support producers in performing self-declarations of conformity such as the CE markings and others. Corporate social responsibility (CSR) is also an area where international buyers are increasingly requiring exporter compliance, especially in light of the upcoming international standard on social responsibility (ISO 26000) 1395”.

Cet engagement est applicable à l'ensemble des composantes régionales du programme : Afrique sub-saharienne, pays arabes, Asie Pacifique, Amérique Latine et Caraïbes. Un projet d'assistance technique spécifiquement dédié aux normes privées a été créé en 2008. Il a essentiellement pour but la recherche sur les obstacles créés pour les producteurs des PED par les normes privées. Ce projet a donné lieu à une réunion d'experts les 8 et 9 mai 2008¹³⁹⁶ et à l'élaboration en 2010 d'un Guide relatif aux normes privées dans les secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier¹³⁹⁷. Ce guide se veut un outil pour les producteurs des PED, leur permettant de mieux comprendre et partant de mieux répondre aux défis posés par les normes privées¹³⁹⁸. La même

¹³⁹⁵ <http://www.unido.org/index.php?id=881> (28.03.2012).

¹³⁹⁶ Le rapport de cette rencontre est disponible sous http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Uploads/Documents/UNIDO_EGM_Report.pdf (28.03.2012).

¹³⁹⁷ « Normes privées : mieux les connaître pour mieux les appliquer. Guide sur les normes privées dans les Secteurs du vêtement, du cuir et du mobilier », UNIDO, Vienne, 2010, 73 p., http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Uploads/UNIDO_%20Guidelines_%20french.pdf

¹³⁹⁸ Ce projet est financé par l'Agence norvégienne pour la coopération en matière de développement (Norad) et a été développé conjointement avec le Centre pour la promotion des importations des pays en développement (CBI) basé aux Pays-Bas.

année, UNIDO a également publié une étude évaluant la capacité générale des PED à mettre en œuvre les normes commerciales (publiques ou privées)¹³⁹⁹ à l'aide d'un index spécifique¹⁴⁰⁰. L'étude insiste particulièrement sur la nécessité d'élaborer des approches innovantes en matière d'assistance technique. Elle attire également l'attention sur la nature changeante des défis commerciaux auxquels sont confrontés les PED du fait de la « mutabilité » des normes privées (en raison de l'apparition de nouveaux risques, de renforcement des politiques sanitaires, etc.) ; une bonne connaissance de leur évolution doit permettre aux PED de mieux s'adapter à ces changements.

Il existe d'autres initiatives internationales, telles que le '*United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business*' (UN/CEFACT), un organe subsidiaire du Comité pour le commerce de l'UNECE (Commission des Nations Unies pour l'Europe). Ce centre a pour but de faciliter la coordination et la coopération en matière de normes, qu'elles soient publiques ou privées¹⁴⁰¹. Par ailleurs, l'ensemble des commissions régionales de l'ONU ont mis en place un forum de coopération en matière de facilitation des échanges ('*Joint UN Regional Commissions' Approach on Trade Facilitation*')¹⁴⁰², dont le but est notamment de coordonner les actions en matière de renforcement des capacités au niveau régional et inter-régional. Le renforcement de la capacité des PED à mettre en œuvre les normes commerciales (y compris privées) est compris dans les buts de cette initiative, mais peu d'informations existent à l'heure actuelle sur l'existence de résultats concrets¹⁴⁰³. Sa mission comprend également la diffusion de l'information sur les activités des commissions régionales en matière de facilitation des échanges. Un « guide de mise en œuvre » ('*Trade Facilitation Implementation Guide*', TGIF) devait être publié fin 2011. Cette initiative est uniquement fondée sur le renforcement des capacités ; l'assistance technique à plus long terme est laissée au soin des autres agences de l'ONU (UNIDO, CNUCED, PNUD) et à la Banque mondiale.

¹³⁹⁹UNIDO, "Meeting Standards, Winning Markets.Trade Standards Compliance 2010", 2010, 138 p., http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Services/Industrial_Competitiveness/Trade_Capacity_Building/UNIDO_TSCR_FINAL_LowRes.PDF

¹⁴⁰⁰ "Standards Compliance Capacity Index" (SCCI). Cet indice doit être précisé dans les éditions futures de ce rapport.

¹⁴⁰¹<http://www.unece.org/cefact/index.html> (28.03.2012).

¹⁴⁰² L'établissement de ce mécanisme a été décidé lors de la réunion des commissions régionales à Beyrouth, en janvier 2010.

¹⁴⁰³ La majorité des initiatives (qui en sont encore au stade de l'évaluation des besoins) se déroulent sur la période 2011-2012.

Il existe également d'autres initiatives, globales ou régionales en matière de facilitation des échanges dont le lien avec les normes privées est plus ténu.

Le *Global Facilitation Partnership for Transport and Trade* (GFP) est un accord de partenariat entre divers acteurs publics et privés ayant pour but la mise en place de programmes coordonnés ainsi que l'échange d'informations et de savoir-faire en matière de facilitation des échanges, une attention particulière devant être accordée à la situation des pays en développement¹⁴⁰⁴. Le GFP est dirigé par un comité de direction (*'steering committee'*) composé de représentants de la CCI, OMD, CNUCED, UNECE, UNIDO et de la Banque mondiale. Son secrétariat se situe dans les locaux de la Banque mondiale à Washington.

Au niveau régional, l'APEC a mis en place, dans le cadre du Sous-comité pour les normes et la mise en conformité (*Sub-committee on standards and conformance*) un Plan d'action en matière de facilitation du commerce (*'Trade Facilitation Action Plan'*) pour la période 2002-2006. Ce plan prévoyait la mise en place d'initiatives de facilitation en collaboration avec le secteur privé ; il prévoit l'harmonisation des normes nationales sur la base des normes internationales existantes, ainsi que la reconnaissance des procédures d'évaluation de la conformité, mais ne mentionne pas expressément les normes privées¹⁴⁰⁵.

L'ICMS, au niveau européen, est à la fois un outil de surveillance des marchés et une base de données permettant à ses utilisateurs (consommateurs mais aussi organismes internationaux) d'échanger des informations sur les produits, évitant ainsi de doubles tests ou inspections.

Sur le plan purement privé, GlobalGAP a développé, en collaboration avec la GTZ (*Gesellschaft für technische Zusammenarbeit*), un « manuel du petit exploitant » afin d'aider les agriculteurs à établir leur système de contrôle interne. Ce document peut être utilisé comme modèle par les groupements/associations de producteurs¹⁴⁰⁶ ; il

¹⁴⁰⁴Voir l'article 2 du Mémoire d'Accord (Memorandum of Understanding), 'Purpose and Scope of the Partnership'.

¹⁴⁰⁵ APEC Trade Facilitation Action Plan, p. 20s. <http://www.apec.org/en/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/~media/75B64A4522C6455B826AA89D93442429.ashx> (29.03.2012).

¹⁴⁰⁶http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=70 (03.04.2012).

contient des indications en matière de gestion de la qualité et de contrôle des procédés de fabrication¹⁴⁰⁷.

§ 2. *Elaboration d'alternatives à la certification*

L'exigence de certifications multiples étant l'un des principaux facteurs de coûts liés aux normes privées, des méthodes alternatives permettant de garantir la conformité des produits aux normes privées ont vu le jour. Ces méthodes visent, dans leur forme la plus idéalisée, à instaurer un commerce de proximité où la confiance et l'implication des producteurs dans le système de garantie remplacerait l'exigence de certification (A). Elles ont également pour but, de manière plus pragmatique, de réduire les coûts de certification en accordant une certification unique à un groupe de producteurs d'une part (certification collective (B)) ou, au contraire, de faire en sorte qu'un même organisme de certification soit en mesure d'accorder le plus de certifications possibles d'autre part, et de faciliter ainsi l'accès des organismes locaux à cet organisme « centralisateur » (C).

Remarque : En pratique, la réduction des coûts est sans doute la plus importante dans le premier cas de figure qui constitue une réelle alternative à la certification, et la moins importante dans la troisième hypothèse, qui repose plus sur la facilitation de l'accès à la certification que sur la recherche d'une méthode alternative (permettant de la contourner).

A. Systèmes participatifs de garantie

L'essor des normes régionales dans les pays en développement a permis de mettre en évidence la difficulté que rencontrent les petits producteurs pour faire certifier leurs produits, malgré l'existence d'une norme et la création d'organismes locaux de certification. Cette difficulté provient essentiellement des coûts de la certification, qui sont pratiquement aussi élevés dans les PED que dans les pays développés. C'est une fois encore dans le domaine de l'agriculture biologique qu'est apparue l'ébauche d'une solution alternative à la certification, notamment dans le cadre des normes biologiques d'Afrique de l'Est, EAOPS, et du Pacifique.

IFOAM définit les PGS (*'participatory guarantee systems'* ou « systèmes participatifs de garantie¹⁴⁰⁸ ») de la manière suivante :

¹⁴⁰⁷http://www.globalgap.org/cms/upload/Documents/QMS_Manual-Final-1.pdf(03.04.2012) Bien que ce document doive en principe être régulièrement actualisé, la dernière version accessible à travers le site de GlobalGAP date de 2006.

« Les Systèmes participatifs de garantie sont des systèmes d'assurance qualité orientés localement. Ils certifient les producteurs sur la base d'une participation active des acteurs concernés et sont construits sur une base de confiance, de réseaux et d'échanges de connaissances »¹⁴⁰⁹.

Promue par IFOAM (qui a participé à l'élaboration des normes régionales), cette approche est donc destinée surtout aux marchés locaux et régionaux¹⁴¹⁰. Elle est conçue comme un « *outil de soutien et d'aide à la commercialisation pour les petits producteurs* ». A la différence de la certification par un tiers, les systèmes de garantie participatifs sont créés par les acteurs mêmes auxquels ils bénéficient : ces derniers établissent d'abord un référentiel (qui peut être fondé sur des normes internationales telles que celles d'IFOAM) puis mettent en place des « processus systématisés » afin de vérifier que ces normes sont bien respectées. On peut donc dégager trois caractéristiques des PGS¹⁴¹¹ : la transparence, l'horizontalité et l'adaptation aux conditions locales ou régionales.

En raison de leur proximité avec les petits producteurs et avec les marchés où seront distribués les produits (circuits courts de distribution), ces systèmes reposent sur la confiance mutuelle entre les acteurs concernés. Ainsi, les visites de vérification sont effectuées par des pairs, et les consommateurs font confiance aux informations qui leur parviennent, car il s'agit en général de ventes directes sur des marchés locaux. Juridiquement, les systèmes de garantie s'apparentent à une auto-régulation des petits producteurs accompagnée d'une déclaration de conformité (de même nature que celle de certaines entreprises). Pour les petits producteurs, ce système offre l'avantage de réduire les coûts administratifs et de documentation (même si une documentation minimale, permettant de prouver l'intégrité des acteurs engagés, demeure nécessaire¹⁴¹²).

¹⁴⁰⁸ Cette expression est relativement récente. Il semblerait qu'elle se soit imposée lors d'une conférence sur la certification alternative organisée conjointement par IFOAM et MAELA (Latin American Agroecology Movement) organisé à Torres (Brésil) en 2004.

¹⁴⁰⁹ Cette définition a été élaborée en 2008 par le groupe de travail d'IFOAM sur les PGS ('PGS Task Force'), http://www.ifoam.org/about_ifoam/standards/pgs.html

¹⁴¹⁰ S. PADEL (ed.), "The European Regulatory Framework and its Implementation in Influencing Organic Inspection and Certification Systems in the EU", 2010, 96 p., p. 69.

¹⁴¹¹ IFOAM, « L'agriculture biologique et les systèmes de garantie participatifs », 2007, http://www.ifoam.org/about_ifoam/standards/pgs/pdfs/IFOAM_PGS_leaflet_fr_screen_JKA_20070411.pdf

¹⁴¹² IFOAM, Systèmes de garantie participatifs: vision idéale, http://www.ifoam.org/about_ifoam/standards/pgs/pdfs/SystemesDeGarantieParticipatifs-VisionIdeal.pdf p. 3.

Le projet OSEA II¹⁴¹³ mentionne la possibilité de mettre en place des SPG en Afrique de l'est (sans toutefois donner de détails), mais précise que beaucoup de travail est encore nécessaire pour en déterminer toutes les modalités pratiques d'application. De manière générale, le principal défaut des SPG semble être l'indétermination des modes d'évaluation de la conformité : il n'existe pas en effet de procédure prédéfinie, de marche à suivre connue à l'avance¹⁴¹⁴. Pour cela, il ne faut pas perdre de vue que les SPG reposent avant tout sur la confiance ; il s'agit autant d'un instrument d'aide au développement que d'un mode de garantie de la qualité. Notons toutefois que l'organisation en réseau de ces systèmes rejoint l'un des modes d'action privilégiés des normes privés.

Enfin, afin de faciliter l'information sur ces systèmes de garantie, IFOAM a mis en place une plateforme en ligne, régulièrement actualisée, recensant les divers programmes¹⁴¹⁵. Par ailleurs son groupe de travail sur les PGS continue à travailler en vue d'obtenir la reconnaissance des PGS par les gouvernements comme un mode alternatif de garantie de la qualité (là où il existe une réglementation en matière d'agriculture biologique). Car, selon la formule de VAN DEN AKKER :

« une reconnaissance des Systèmes Participatifs de Garantie par les pouvoirs publics permettrait une cohabitation entre une organisation verticale et une organisation horizontale du secteur¹⁴¹⁶ ».

Sur le plan pratique, la reconnaissance des SPG au niveau international répondrait à un enjeu développemental important. Elle permettrait en effet à un nombre important de petits producteurs¹⁴¹⁷ de dépasser les circuits locaux et d'accéder à un marché de dimension internationale.

B. Certifications collectives

¹⁴¹³ IFOAM, "Regional Cooperation for Organic Standards and Certification Capacities in East Africa. OSEA Phase II, November 2010- December 2013", <http://www.ifoam.org/partners/projects/osea/pdf/OSEA-II-Public-information-March-2011.pdf>, mars 2011, p. 8.

¹⁴¹⁴ L'évaluation de conformité peut notamment prendre la forme d'une inspection intégrée à un suivi écologique, d'une inspection par des pairs, de rencontres plus ou moins formelles ou d'une auto-évaluation diffusée par le biais d'un formulaire en ligne. Elle est souvent accompagnée par l'utilisation d'un signe (label) de qualité. Voir IFOAM, « Les systèmes de garantie participatifs. 5 études de cas », 2008, http://www.ifoam.org/about_ifoam/pdfs/PGS_PDFs/PGS_Case_Studies_Book_fr_screen20090417AZ.pdf

¹⁴¹⁵ http://www.ifoam.org/about_ifoam/standards/pgs_projects/pgs_projects/index.php

¹⁴¹⁶ J. van den AKKER, « Convergence entre les Systèmes Participatifs de Garantie et les Systèmes de Contrôle Interne dans un projet pilote européen d'IFOAM », Innovations agronomiques, 2009/4, p. 441-446, p. 445.

¹⁴¹⁷ En 2010, le nombre des producteurs ayant recours aux systèmes participatifs de garantie était estimé à 10 000. Voir GOMA, 'Scoping Study for Equivalence and Harmonization of Organic Standards and Technical Regulations in the Asia Region', UNCTAD/DITC/TED/2010/7, 50 p. p. 19.

Un second moyen de remédier aux coûts de la certification est en réalité plus un aménagement du système classique qu'une alternative à la certification : il s'agit de la certification de groupe. Elle suppose l'existence d'un groupement de petits producteurs¹⁴¹⁸ et donc la préexistence d'une certaine organisation interne de ce groupement. Ceci permet de mettre en place un « système de contrôle interne » (SCI) (*'internal control system'*) défini comme :

“An Internal Control System is a documented quality assurance system that allows the external certification body to delegate the annual inspection of individual group members to an identified body/unit within the certified operator. (As a consequence, the main task of the certification body is to evaluate the proper working of the ICS.)”¹⁴¹⁹

Afin d'être reconnu, ce système doit démontrer l'existence de plusieurs éléments, tels que l'existence d'un contrat entre le groupe et l'organisme de certification, l'existence d'une structure de management, l'existence d'inspecteurs internes, l'établissement d'un rapport d'inspection annuel, une formation du personnel, l'existence de sanctions internes en cas de non-respect, etc.¹⁴²⁰ Le certificat qui en résulte est collectif, ce qui veut dire qu'il est détenu par exemple par la coopérative et non par le producteur individuel¹⁴²¹.

La multiplication de schémas d'ICS différents a dans un premier temps empêché leur reconnaissance internationale, notamment par l'Union européenne. IFOAM a pour cela tenté une certaine clarification de leur définition et harmonisation de leur contenu, d'abord par l'insertion d'une disposition sur la certification de groupe au sein de ses critères d'accréditation (1994) puis par l'adoption d'une compilation des résultats de plusieurs études¹⁴²², reprise dans un document de l'Union européenne¹⁴²³. Aujourd'hui, il semblerait que ce mode de certification soit plus largement reconnu par les Etats que celui reposant sur les PGS. En effet, les principaux marchés

¹⁴¹⁸ Dans le cadre d'IFOAM, ce qu'est un « petit producteur » est défini en fonction d'une liste de critères prédéterminés. Voir IFOAM, 'Smallholder Group Certification. Compilation of Results', 2003, http://www.ifoam.org/about_ifoam/standards/ics/Compiled_IFOAM_Smallholder_WS_Results.pdf p. 10.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ Voir J. van den AKKER, « Convergence entre les Systèmes Participatifs de Garantie et les Systèmes de Contrôle Interne dans un projet pilote européen d'IFOAM », Innovations agronomiques, 2009/4, p. 441-446, p. 443. Disponible sous http://www.inra.fr/ciag/revue/volume_4_janvier_2009

¹⁴²² *Préc.*

¹⁴²³ «Guidance Document for the Evaluation of the Equivalence of Organic Producer Group Certification Schemes Applied in Developing Countries» (novembre 2003).

biologiques (Etats-Unis, Europe, Japon) ont reconnu ce mécanisme dans leurs législations respectives et une grande partie des produits importés est issue des certifications de groupe¹⁴²⁴.

C. ‘One Stop Certification Service’ (concentration des accréditations)

Une dernière technique, qui relève également de l’aménagement de la certification et non de l’élaboration d’alternatives, consiste à avoir recours à une « centralisation » de la certification, en accordant à un seul organisme le pouvoir de certifier la conformité au plus grand nombre de normes possibles. Ceci suppose que l’organisme en question obtienne toutes les accréditations nécessaires et instaure une collaboration avec d’autres organismes de certification. En pratique, seuls les plus grands organismes de certification (ceux ayant déjà une vocation internationale) pourront acquérir les accréditations nécessaires, un « petit » organisme local ne disposant sans doute pas de ressources financières suffisantes.

La facilitation des échanges résulte ici de la mise en place de partenariats entre les organismes ayant « centralisé » un grand nombre de certifications, et les organismes locaux. Ceci est intéressant lorsque cette collaboration est inter-régionale et associe des organismes issus de pays du Sud et des organismes du Nord. En effet, la centralisation de la certification devient alors un outil de développement, car elle facilite l’accès des producteurs des PED aux schémas de normes demandés par les marchés des pays développés. Un exemple concret de partenariat est la collaboration de huit organismes de certification locaux de la région asiatique avec un organisme de certification italien faisant office d’organisme de centralisation. Mis en place en 2008, la ‘*Certification Alliance*’ permet aux producteurs asiatiques d’avoir accès aux certifications requises pour les marchés européen, américain et japonais, à travers les unités locales qui, grâce au partenariat, facilitent l’accès à la certification par l’organisme européen¹⁴²⁵.

Cette méthode présente un potentiel d’aide au développement allant au-delà de la simple facilitation de la certification. En effet, elle incite à la coopération dans le

¹⁴²⁴ J. van de AKKER, *op. cit.*, p. 443.

¹⁴²⁵ GOMA, “Scoping Study for Equivalence and Harmonization of Organic Standards and Technical Regulations in the Asia Region”, UNCTAD/DITC/TED/2010/7, 50 p., p. 18. Voir également <http://www.goma-organic.org/news-from-goma/certification-alliance-provides-a-collaboration-platform-of-asian-organic-certification-bodies/> (01.04.2012)

domaine du partage de connaissances et du renforcement des compétences des organismes de certification dans les pays en développement¹⁴²⁶.

Le renforcement des capacités et la création d'alternatives à la certification constituent un ensemble d'approches potentiellement efficaces dans la réduction des obstacles rencontrés par les PED du fait des normes privées. En pratique cependant, elles s'avèrent insuffisantes car encore marginales. Des efforts supplémentaires de la communauté internationale sont nécessaires d'une part pour améliorer la reconnaissance et la diffusion des alternatives à la certification et d'autre part pour mettre en place de nouvelles initiatives d'assistance technique spécialement dédiées aux normes privées. Par ailleurs, l'exploitation de la piste régionale semble prometteuse, dans la mesure où une infrastructure normative est déjà en cours d'élaboration à ce niveau.

Section 2. Participation des PED à l'élaboration des normes

Nous avons déjà évoqué, dans la première partie de cette étude, les critiques formulées à l'égard des organismes internationaux de normalisation (interétatiques, tels que l'OIE et le *Codex Alimentarius*, ou mixtes, tels que l'ISO) : leur vocation internationale n'est pas reflétée par leurs normes, car de nombreux obstacles financiers ou techniques empêchent les pays en développement de participer de manière effective à l'élaboration des normes. Dans la mesure où ces normes internationales jouissent encore d'un prestige important, notamment aux yeux de l'OMC, et sont amenées à servir de modèle à de nombreuses autres normes, privées ou publiques, la participation des PED à leur élaboration est un enjeu non négligeable.

Accroître cette participation supposerait, en pratique, d'une part une politique de renforcement des capacités (*'capacity building'*) de la part des pays développés ou de la communauté internationale (aide au développement) et d'autre part un effort

¹⁴²⁶*Ibid.*, pp. 18-19.

interne de la part des organisations concernées pouvant aller jusqu'à la modification de leurs règles de fonctionnement.

Le fonctionnement interne des organismes internationaux de normalisation n'implique pas, ou très peu, les acteurs privés. Nous allons donc nous concentrer non sur la participation des PED à l'élaboration des normes internationales, mais sur leur participation à l'élaboration de normes nationales ou régionales dans laquelle les acteurs privés jouent un rôle important.

Précisons d'emblée que les normes que nous allons étudier ne sont pas purement privées. Elles sont pour la plupart élaborées en collaboration avec des entités étatiques ou des représentants d'organisations intergouvernementales. Ceci ne constitue pas, selon nous, une déviation de notre sujet sur les normes privées, mais illustre bien au contraire l'une des tendances les plus fondamentales de leur évolution : le rapprochement avec les réglementations étatiques, que ce soit par le biais d'une simple coordination ou d'une coopération plus formalisée.

§ 1. Normes nationales et régionales de bonnes pratiques agricoles (GAP)

Un exemple-type de participation des pays développés à l'élaboration des normes se retrouve dans le domaine des bonnes pratiques agricoles (GAP) qui a vu se multiplier les initiatives nationales en réponse aux normes privées à vocation internationale, en l'occurrence GlobalGAP. La norme KenyaGAP est la première initiative de ce genre, dont le but est de prendre en compte les conditions locales de production dans l'évaluation des bonnes pratiques.

Censée promouvoir la participation des PME au commerce mondial, cette norme n'a pas eu en pratique les résultats escomptés¹⁴²⁷ ; peu d'entreprises exportatrices ont en effet demandé la certification, ce qui a reporté l'attention sur l'utilisation de la norme sur le marché local. Avec l'aide du *Kenya Horticulture Development Program*, financé par USAID, l'association FPEAK¹⁴²⁸ a d'abord obtenu, en 2009, la reconnaissance par l'organisme national de normalisation¹⁴²⁹ de la norme KenyaGAP comme équivalente à sa propre autorisation de mise sur le marché local. En mai 2010,

¹⁴²⁷ Voir A. TALLONTIRE, "Exploring the Politics of Private Standards in Kenyan High Value Horticulture", Présentation du 2 mars 2010 à l'Université de Manchester.

¹⁴²⁸ *Fresh Produce Exporters Association of Kenya*.

¹⁴²⁹ *Kenya National Bureau of Standards (KEBS)*.

l'association a ensuite lancé une norme dérivée de KenyaGAP expressément destinée au marché local : *KenyaGAPDomestic/regional*. Comme son nom l'indique et dans un souci d'intégration régionale et d'égalisation de la qualité, cette norme est également destinée à être utilisée dans le cadre du commerce avec les pays voisins, bien que le nombre de produits susceptibles d'être concernés est pour l'instant très faible¹⁴³⁰.

Le Chili a également mis en place, à la demande de son industrie exportatrice de fruits et légumes, une norme nationale, ChileGAP, reconnue compatible avec les exigences de GlobalGAP (EurepGAP) en 2004¹⁴³¹ ; elle fut ainsi la première norme nationale reconnue équivalente. La norme ChileGAP comporte trois volets fondamentaux : la sécurité sanitaire, la protection de l'environnement, et la santé, sécurité ainsi que le bien-être des travailleurs¹⁴³².

D'autres pays, tels que le Mexique (MexicoGAP¹⁴³³, 2006) et la Thaïlande (ThaiGAP¹⁴³⁴) ou la Nouvelle Zélande¹⁴³⁵ (NZ GAP) ont également mis en place des systèmes nationaux¹⁴³⁶.

¹⁴³⁰D. TSCHIRLEY, "Opportunities and Constraints to Increased Fresh Produce Trade in East and Southern Africa", *Paper prepared for 4th Video Conference under AAACP-funded series of high value agriculture seminars*, 14 septembre 2010, http://www.aec.msu.edu/fs2/zambia/VC4Position_Paper_FreshProduce_Trade_D_Tschirley.pdf p. 17.

¹⁴³¹ Cette norme fut développée dès 2003 par la *Fundación para el Desarrollo Frutícola* (FDF), à la demande de l'association d'exportateurs ASOEX (*Asociación de exportadores de Chile A.G.*). A la différence de KenyaGAP, il s'agit d'un processus d'élaboration purement privé.

¹⁴³² Voir ChileGAP, *General Regulation – Fresh Fruit and Vegetables*, version du 10 novembre 2003, http://www.chilegap.com/download/doc/Version1/GR_V1_Nov03.pdf

¹⁴³³ Également connu sous le nom de MCS, *Mexico Calidad Suprema*.

¹⁴³⁴ Bien qu'elle se présente comme une norme privée (voir la brochure d'information de ThaiGAP <http://thaigap.org/filesupload/f20110222180904501531.pdf>), la norme ThaiGAP a en réalité été reprise par l'Etat thaïlandais (en particulier avec le Ministère de l'Agriculture et le *National Bureau of Agricultural Commodity and Food Standards*, ACFS) après avoir été élaborée par un groupement d'acteurs privés. La norme est en effet issue d'une initiative régionale, menée à l'ouest de la Thaïlande sous la forme d'un 'cluster' (« réseau » ou « regroupement ») d'acteurs) formé de petites entreprises, d'exportateurs, d'agences gouvernementales et d'experts issus d'une université locale. Le but était de former, avec l'aide des experts, les producteurs aux bonnes pratiques agricoles. La norme nationale est née en 2007 d'une collaboration entre ce 'cluster' et le secteur privé. Elle est aujourd'hui gérée par la Chambre de commerce de Thaïlande. Elle fait l'objet d'un label de qualité utilisé sur le plan national. Voir W. WANNAMOLEE, *Development of Good Agricultural Practices (GAP) for Fruit and Vegetables in Thailand*, Paper presented for Training of Trainers in Good Agricultural Practices (GAP) and Benchmarking: GLOBALGAP for Fruit and Vegetables, 14-23 July 2008 et UNDP, TICA (Thailand International Development Cooperation Agency), *Thailand's Best Practices and Lessons Learned in Development*, vol. 1, disponibles sur <http://www.undp.or.th/resources/publications.html>.

Comme pour la norme KenyaGAP, ThaiGAP a été reconnue équivalente à GlobalGAP de manière « conditionnelle ».

¹⁴³⁵ A l'origine créée par une entreprise de producteurs légumes sous le nom de *New Zealand Fresh Produce Approved Supplier Programme* en 1999, la norme a été adoptée par plusieurs entreprises du secteur. Trois d'entre elles ont fusionné en 2005 sous le nom de *Horticulture NZ*, qui est le « propriétaire » actuel de la norme. NZ GAP est reconnue dans le cadre de GlobalGAP mais aussi de la GFSI. Pour satisfaire aux exigences de cette dernière, la norme a été remaniée en 2006. Voir <http://www.newzealandgap.co.nz/>

¹⁴³⁶ Cette liste n'est pas exhaustive, des pays développés tels que le Japon ou la Suisse ont également développé leurs propres schémas de bonnes pratiques agricoles. En réalité de très nombreux pays (Philippines, PhilGAP, 2005) ont mis en place des normes GAP, destinés au marché local et peu ou pas reconnus dans les relations commerciales internationales (parfois mêmes méconnues sur le plan national, où le bénéfice de leur application est moins important, étant donné le plus faible intérêt des consommateurs pour ce type de démarche). En d'autres termes, la « visibilité » internationale de ces schémas reste limitée tant qu'ils ne font pas l'objet d'une évaluation comparative avec une norme à portée internationale. Ce processus d'évaluation ou 'benchmarking' est bénéfique car il pousse à l'harmonisation, régionale ou internationale, de ces normes.

La Chine a également mis en place des systèmes de normes relatives aux bonnes pratiques agricoles. ChinaGAP a ainsi été reconnue équivalente à la norme GlobalGAP en 2009¹⁴³⁷. Toutefois, la norme ChinaGAP comporte deux niveaux d'exigence, seul le second faisant l'objet de l'équivalence.

Remarque : Il est intéressant de noter, à l'image de ChileGAP, que les normes nationales servent de base à la mise en place de reconnaissances *bilatérales* avec les principaux partenaires commerciaux, permettant de créer ainsi un réseau de normes considérées équivalentes et ne nécessitant ni tests ni de certifications supplémentaires. ChileGAP est ainsi reconnue comme équivalente aux schémas américain (Prosafe, 2005), européen (GlobalGAP, 2008) et chinois (ChinaGAP, 2009)¹⁴³⁸.

Enfin, les normes de bonnes pratiques agricoles semblent également connaître un développement régional, comme le montre la norme ASEAN GAP adoptée en 2006 qui a pour but de faciliter le commerce régional et international en créant un langage commun aux pays de la région¹⁴³⁹. L'élaboration de cette norme a été accompagnée de la mise en place d'un « plan stratégique » relatif à sa mise en œuvre (*Strategic Plan for Sustaining the Development of ASEAN GAP*) décrivant les conditions de son adoption par les Etats membres. Un comité d'experts (*Expert Working Group on ASEAN*) a également été créé. Une seconde phase du projet, intitulée "*Global Recognition of Quality Assurance Systems for ASEAN Fruits and Vegetables Project (ASEAN GAP)*" a été lancée en 2010 et doit durer trois ans. Elle a pour but une évaluation de la situation et des besoins actuels et la création d'un mécanisme de mise

On constate également différents degrés de complexité des normes GAP dans les différents pays ; les schémas vont ainsi d'une norme générale à l'élaboration d'une norme spécifique pour chaque catégorie de produits. Voir l'exemple de la Thaïlande, où il existe une norme pour les mangues, et différents produits.

¹⁴³⁷http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=44&idart=783

¹⁴³⁸Cette dernière reconnaissance a pour particularité d'être formalisée par un accord signé entre l'association des exportateurs chiliens (ASOEX) d'une part, et l'autorité chinoise de certification et d'accréditation d'autre part (CNCA) en présence du ministre chilien de l'agriculture et de représentants du gouvernement chinois. Voir http://www.freshplaza.com/news_detail.asp?id=51210 ainsi que http://simfruit.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=838:chile-in-china-south-korea-trade-talks&catid=51:government&Itemid=227 (consultés le 12.01.2012).

¹⁴³⁹ Sept des dix pays membres possèdent des normes nationales : la Thaïlande, la Malaisie, Singapour, l'Indonésie, Brunei Darussalam, le Vietnam et les Philippines. Toutes sont gérées par les autorités gouvernementales. Le Laos, le Cambodge ainsi que le Myanmar n'ont pas de programme national en matière de bonnes pratiques agricoles. Voir G.F. LAYESE, "ASEAN GAP: Towards Economic Integration", Présentation lors d'une conférence de l'ASEAN sur la sécurité alimentaire, Jakarta, 4-5 octobre 2011, <http://aseanfoodsecurity.asean.org/wp-content/uploads/2011/08/8.1-Gilberto-Layese-The-Philippines.pdf>

en œuvre de la norme fondé sur le plan stratégique, et la surveillance de sa mise en œuvre effective. La mise en œuvre de ASEAN GAP a été financée par l'agence de développement australienne AusAID dans le cadre du projet 'ASEAN Australia Development Cooperation Program' (AADCP¹⁴⁴⁰, 2002-2008). La norme ASEAN GAP n'est pas une norme directement certifiable ; les produits peuvent uniquement être certifiés conformes aux normes nationales. Il s'agit plutôt d'une « norme-parapluie » (*'umbrella standard'*) servant de référentiel pour l'évaluation comparative des normes nationales qui pourront être reconnues équivalentes à la norme régionale. Son objectif à long terme est l'harmonisation des normes nationales ; à plus court terme, elle permet de faciliter la reconnaissance de l'équivalence des produits issus de pays dont les normes GAP respectives ont été reconnues équivalentes à la norme régionale¹⁴⁴¹. Il est intéressant de noter que ce projet s'inscrit dans une approche de coopération sud-sud, dans laquelle les Membres les plus expérimentés dans le domaine de la normalisation s'engagent à partager leurs connaissances et leur expérience avec les Membres les moins développés¹⁴⁴².

§ 2. Prise en compte des intérêts des petits producteurs dans l'élaboration des normes

Certains auteurs de normes commencent à prendre conscience de l'impact des normes sur les petits producteurs et de l'importance d'inclure leurs préoccupations dans le processus d'élaboration des normes privées. Ces initiatives sont encore rares, et il s'agit en général d'une participation *indirecte* à l'élaboration des normes.

GlobalGAP constitue un exemple de cette évolution : en 2007 et avec le soutien financier d'organismes nationaux d'aide au développement¹⁴⁴³, l'association a lancé un programme nommé « Ambassadeur des petits exploitants et Observateur pour l'Afrique » dont le but est de faire remonter les réactions des petits producteurs jusqu'aux comités sectoriels de GlobalGAP et de favoriser ainsi leur prise en compte dans l'élaboration de la norme. Ce projet a abouti en 2009 à l'élaboration de lignes

¹⁴⁴⁰ Sur le contexte et la genèse du projet, voir AADCP Program Stream : Quality Assurance Systems for ASEAN Fruit and Vegetables », *Project Design Document*, mai 2004,
<http://www.aseansec.org/aadcp/ps/FinalPDDRRevisedJune04revisedforwebsite160904.pdf>

¹⁴⁴¹ AADCP News n° 11, septembre 2006, p. 3,
http://www.aseansec.org/aadcp/document/AADCP%20News%20No.%2011_Sept06.pdf

¹⁴⁴² <http://www.aadcp2.org/home/project.php?id=22> (01.04.2012)

¹⁴⁴³ GTZ (*Gesellschaft für technische Zusammenarbeit*, Allemagne) et DFID (*UK Department for International Development*).

directrices destinées à faciliter la mise en œuvre des référentiels GlobaGAP par les petits producteurs¹⁴⁴⁴. Par ailleurs, afin d'institutionnaliser la coopération avec les petits producteurs, les comités sectoriels de GlobalGAP ont décidé de créer un « sous-groupe » de travail auquel participent des représentants des petits producteurs africains. La première réunion de ce groupe a eu lieu en février 2010¹⁴⁴⁵. Malheureusement, il existe très peu de données relatives aux résultats concrets de cette initiative, à savoir dans quelle mesure les propositions des PME ont réellement pu être intégrées dans les référentiels GlobalGAP. En d'autres termes, s'il existe des initiatives en faveur de l'intégration des petits producteurs au processus de normalisation, il est loin d'être sûr que cette participation soit effective.

¹⁴⁴⁴ Il s'agit d'un outil en ligne librement téléchargeable.

¹⁴⁴⁵ <http://farastaff.blogspot.fr/2010/03/africa-observer-project-and-smallholder.html> (03.04.2012) Voir également le document de GlobalGAP sur l'établissement d'une '*SmallholderTask Force*' chargée de collecter et d'évaluer des propositions d'amélioration des normes GlobalGAP, et de transmettre les propositions pertinentes aux comités sectoriels, http://www.globalgap.org/cms/upload/About_Us/Smallholder-Involvement/Smallholder-Taskforce-Members.pdf (03.04.2012). (Ces propositions devaient faire l'objet d'une présentation lors d'une réunion des parties prenantes de GlobalGAP les 15-17 octobre 2008 ; nous n'avons pas trouvé d'informations sur la suite qui leur a été donnée).

Conclusion du chapitre

L'équité des échanges est encore insuffisamment prise en compte dans le cadre des normes privées, alors que ce sont les entreprises des pays en développement qui ressentent le plus durement les effets commerciaux des normes privées.

Deux pistes mériteraient selon nous d'être approfondies dans ce domaine :

- Les apports éventuels de la coopération sud-sud d'une part ;
- le potentiel des accords bilatéraux entre un pays développé et un pays en développement dans la réglementation des normes privée et, plus spécifiquement, dans le renforcement des capacités de partenaire en développement à faire face aux effets des normes privées.

CONCLUSION DU TITRE

Les insuffisances constatées en matière d'équité des échanges sont à l'heure actuelle le principal défi en matière de facilitation des échanges. Tant que les pays en développement ne seront pas associés aux processus et pourront faire valoir leurs besoins spécifiques, il ne pourra y avoir de réelle facilitation des échanges. En effet, si celle-ci ne bénéficie pas à l'ensemble des Etats, elle ne peut produire que des effets partiels sur les échanges internationaux.

La question qui se pose pour l'avenir est celle du niveau de régulation le plus approprié pour résoudre ce problème. Faut-il s'en remettre aux initiatives des organisations internationales, acteurs classiques de l'aide au développement, ou faut-il au contraire miser sur le développement d'initiatives régionales ? Dans quelle mesure des initiatives bilatérales peuvent-elles contribuer à la facilitation des échanges ? Enfin, peut-on envisager une coopération inter-régionale qui créerait des liens entre divers schémas régionaux ?

Conclusion de la partie 2

Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de véritable régime international des normes privées. Deux raisons peuvent être avancées pour expliquer cette situation.

L'incertitude entourant la compétence de l'OMC et l'inadéquation de ses règles à la réglementation des normes privées, d'une part, révèlent un droit international encore trop axé sur l'implication étatique (exigence d'attribution) et une démarche « répressive » (exigence de « réglementation » de « discipline ») qui considère les normes privées uniquement comme un potentiel obstacle au commerce. Cette situation n'est pas satisfaisante, car elle fait reposer uniquement sur les Etats la responsabilité de la réglementation des normes privées. Or les Etats ne disposent pas toujours des outils réglementaires internes (ou de la volonté politique) pour prendre les « mesures raisonnables » nécessaires afin de réglementer les conduites privées. Sur le plan international, du fait de l'absence de consensus entre Etats concernés, il ne semble pas non plus réaliste d'envisager une modification des règles de l'OMC dans le sens d'une prise en compte accrue des normes privées. A la différence d'une opinion parfois exprimée¹⁴⁴⁶, nous pensons que l'élaboration d'un code de conduite spécifique relatif aux normes privées n'est pas, en l'état actuel des choses, une option plausible.

D'autre part, si l'on envisage les normes privées non plus comme un obstacle au commerce mais dans une optique de facilitation des échanges, on se heurte également à deux obstacles de taille. D'abord, les tentatives d'harmonisation achoppent sur les divergences entre les différentes normes, qui peuvent être dues aux exigences particulières des consommateurs, aux circonstances particulières au lieu de production ou encore à la finalité poursuivie par la norme. Il semblerait cependant qu'au niveau sectoriel puisse parfois se dessiner une reconnaissance internationale de l'équivalence, comme le montre l'exemple de l'agriculture biologique. Cette évolution est à observer pour voir si elle s'étendra à d'autres secteurs dans le futur.

¹⁴⁴⁶ Par exemple, A. KUDRYAVTSEV, "Private Standardization and International Trade in Goods: Any WTO Law Implications for Domestic Regulation?", Society of International Economic Law, Third Biennial Global Conference July 12-14 2012, Online Proceedings, *Working Paper n° 12/02*, 28 p., p. 28.

Ensuite, dans une perspective de développement, il s'avère que la participation d'acteurs issus des PED à l'élaboration des normes est encore insuffisante, malgré certaines initiatives visant à les impliquer davantage. Dans le domaine de l'assistance technique, plusieurs initiatives ont également été mises en place, mais elles restent peu nombreuses et surtout, peu coordonnées.

Ces progrès, quoique timides, invitent selon nous à privilégier une approche fondée sur la complémentarité entre normes privées et normes publiques (et, par conséquent sur une coopération accrue entre acteurs publics et privés), et ne reposant pas uniquement sur les règles interétatiques multilatérales. Les initiatives hybrides, régionales et/ou interrégionales semblent donc être la voie d'avenir pour définir un régime international des normes privées : sur le plan pratique, elles ont en effet le mérite de permettre l'adaptation des normes aux circonstances particulières sur la base d'un consensus entre tous les acteurs concernés ; dans une perspective théorique, elle permet de confirmer l'hypothèse de la coexistence de deux corps de règles complémentaires, les normes du droit international commercial et les normes privées, normes transnationales dont le statut juridique devrait ainsi s'affirmer.

Conclusion générale

La multiplication récente des normes privées relatives à la qualité des produits traduit une tendance croissante de divers ensembles sociaux à l'auto-régulation, ce terme étant entendu dans son sens « biologique » comme le comportement d'un système ayant pour but de restaurer ou de maintenir son organisation et son équilibre internes. En ce sens, les normes privées relèvent d'une logique d'ajustement, d'adaptation d'un système à son environnement – y compris législatif. Elles ne peuvent donc être envisagées de manière isolée, que ce soit pour l'examen de leur statut ou pour la définition de leur régime ; au contraire, leur étude suppose de tenir compte de leurs effets sur les acteurs sociaux qui les entourent, mais aussi des systèmes de normes concurrents. Au-delà de leur étude en tant que phénomène juridique, qui suppose l'établissement d'une cohérence interne de ces systèmes de normes, la dimension sociale de la régulation par les normes privées implique donc également l'analyse de leurs interrelations avec d'autres sous-ensembles sociaux, dont le droit étatique ou supra-étatique.

Sur le plan de la théorie juridique, la double question de la qualification des normes privées (normes juridiques ou non juridiques ?) et de leurs rapports avec le droit (si elles ne sont pas du droit, comment sont-elles appréhendées par les normes juridiques, notamment les règles régissant le commerce international ?) ne donne pas lieu, à l'heure actuelle, à une réponse claire et unifiée de la part de la doctrine.

Si l'on considère le droit étatique et les normes privées comme deux modes parallèles de direction des conduites, la relation entre ces deux ensembles normatifs peut être envisagée de deux manières différentes. Il est ainsi possible d'y voir une relation d'intégration, auquel cas les normes privées sont expressément ou implicitement désignées comme des règles juridiques. Dans cette hypothèse, l'adoption d'un point de vue pluraliste validant la possibilité d'un droit sans Etat d'une part, ou la reprise expresse des normes privées dans le cadre d'une politique réglementaire d'autre part,

légitiment leur qualification en tant que règles juridiques. Dans une seconde perspective, les deux systèmes normatifs sont considérés comme alternatifs, et donc mutuellement exclusifs ; dans ce cas, les normes privées, en raison de la nature privée de leurs auteurs et faute d'un lien suffisant entre ceux-ci et le législateur étatique, se trouvent exclues du domaine du droit.

Nous proposons dans cette thèse d'envisager les normes privées comme un « système de droit informel ». Cette qualification permet de tenir compte à la fois des similarités et des différences entre les normes privées et les systèmes juridiques « formels », qu'ils soient étatiques ou internationaux – similarités liées à la forme et au contenu des normes, et différences résultant de l' « absence de règles rigides et d'un appareil formel de coercition¹⁴⁴⁷ ». La qualification de système informel de droit suppose de prendre parti pour une vision pluraliste du droit, qui n'exclut pas l'accès de normes non-étatiques à la sphère juridique.

Cette qualification présente deux avantages : elle permet d'une part de rendre compte de la nature spécifique des normes privées et de conférer un statut juridique à un phénomène qui, par son ampleur, appelle à être pris en compte par les formes de réglementation plus traditionnelles. D'autre part, l'hypothèse des systèmes de droit informels et la vision pluraliste qu'elle présuppose s'inscrivent dans le cadre d'une conception dynamique du droit, notamment du droit international qui, pour s'adapter aux évolutions de la société internationale se doit d'assouplir une traditionnelle (et rigide) perspective interétatique. Pour reprendre les termes de M. DELMAS-MARTY, cette approche permet à la fois de « décrire le fait du pluralisme » et de le « prescrire comme valeur¹⁴⁴⁸ ». Elle permet de tenir compte de la pluralité des normes privées tout en leur attribuant un statut (alors que l'approche classique bute justement sur cette diversité), mais aussi de plaider pour une conception évolutive du droit international, qui prendrait en compte les nouveaux modes de réglementation tels que les normes privées. Elle permet également de nuancer l'étude des rapports entre les deux sphères du droit et de normes privées : à l'alternative intégration/rejet, elle substitue en effet l'alternative concurrence/complémentarité. Le système juridique

¹⁴⁴⁷ R. PEREZ PERDOMO, « Système informel de droit », in ARNAUD (A.-J.) *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., p. 594.

¹⁴⁴⁸ *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2005, 304 p., p. 18.

informel – ou plutôt les systèmes juridiques informels, car ils sont multiples – peuvent ainsi être analysés au cas par cas, en fonction des relations particulières entretenues avec un système juridique formel donné (système étatique ou international).

Sur le plan, plus spécifique, du droit international des échanges, l'approche consistant à envisager les normes privées comme systèmes de droit informel permet de mettre en évidence les raisons de l'inadaptation de la réponse réglementaire envisagée par l'OMC à la prolifération des normes privées. Elle révèle les limites d'une logique strictement intergouvernementale et d'une politique réglementaire fondée sur une distinction volontaire/obligatoire face à l'émergence d'une auto-régulation de la société civile internationale qui appelle la prise en compte de la dimension privée en tant qu'objet à part entière par les règles de droit internationales – par opposition à leur prise en compte par le biais de politiques étatiques incitatives ou encore par le biais d'une analogie avec les politiques publiques « volontaires » comme c'est le cas jusqu'à présent.

Les normes d'origine privées étant inconnues du droit de l'OMC – et l'on pourrait presque dire, étant insaisissables par sa logique interétatique – toute tentative de réglementation semble vouée à l'échec, car elle implique une modification des règles commerciales qui ne fait pas pour l'instant l'objet d'un consensus suffisant parmi les membres de l'organisation. Les normes privées y sont donc (« par défaut » pourrait-on dire, car n'étant pas reconnues) considérées comme concurrentes à l'ordre commercial international. La reconnaissance des normes privées comme un ou plusieurs systèmes de droit informels *complémentaires* permettrait de surmonter le blocage actuel et d'œuvrer à la coopération entre les deux types de normes. Au lieu de chercher à les intégrer à un système qui ne dispose pas des outils juridiques qu'une telle opération suppose, cette approche présente le mérite de reconnaître la séparation entre les deux ensembles normatifs tant sur le plan des contenus que sur le plan théorique : reconnaître le fait qu'il s'agit de deux niveaux de normativité (voire de juridicité) différents mais interconnectés devrait nécessairement conduire à rechercher un dialogue et une coopération entre les différents acteurs concernés (acteurs privés et acteurs interétatiques) comme seul moyen de dépasser les différences évoquées. Cette évolution, que l'on pourrait qualifier de « changement de paradigme », devrait par conséquent inciter au renforcement et à la coordination des

initiatives de partenariats privés-publics existantes, mais pour l'instant trop rares et disparates. Elle constitue, selon nous, le seul moyen de répondre efficacement aux exigences de fluidité et d'équité des échanges internationaux qui semblent parfois remises en cause par la prolifération des normes privées.

Concrètement, il est possible de formuler trois propositions qui permettraient d'œuvrer à la réalisation de ce paradigme, qui se caractérise par une prise en compte mutuelle et une coopération accrue entre les divers systèmes normatifs. Il s'agit en même temps de pistes de réflexion pouvant mener à une meilleure compréhension et prise en compte des normes privées par les systèmes juridiques classiques.

- 1) Sur le plan théorique, une réflexion approfondie mériterait d'être menée sur les relations entre pouvoirs publics et normalisateurs privés dans l'élaboration des normes, et sur les implications théoriques et pratiques de ce lien pour le statut des normes privées. C'est de la reconnaissance et de l'étude des interrelations entre les deux corps normatifs que découlera leur conciliation ; la séparation, au sens de cloisonnement étanche, entre la sphère publique et privée semble, du moins dans le domaine international, aussi artificielle que stérile.
- 2) Dans la pratique, la piste du régionalisme devrait être explorée, voire privilégiée dans la recherche d'un régime international efficace des normes privées. Ceci aurait pour mérite de prendre en compte à la fois les préoccupations des pays exportateurs et celles des pays importateurs, et de confronter ces exigences entre partenaires régionaux partageant des conditions de production et de développement similaires – et non, comme c'est le cas à présent, au niveau de partenaires économiques à l'inégale puissance de frappe. La coopération régionale mériterait spécialement d'être étudiée au regard du développement des relations commerciales sud-sud. Par ailleurs, le dialogue avec les acteurs privés concernés devrait constituer l'un des principaux chantiers de cette coopération régionale.
- 3) Notre prise en compte d'une vision sociologique du droit – qui voit en lui l'ensemble des règles effectives pour une société donnée, au-delà des seules règles positives – nous conduit à plaider pour le renforcement de la dimension systémique des normes privées, afin de renforcer leur cohérence et leur unité. L'étude de la société civile qui est à l'origine des normes privées (et, au sein de la société civile internationale, peut-être de sous-ensembles sociaux spécifiques) permettrait d'accroître la légitimité des normes privées en tant qu'ensemble normatif pouvant

faire l'objet d'un dialogue avec les systèmes juridiques concurrents et avec les organismes de normalisation internationaux classiques tels que les « trois sœurs¹⁴⁴⁹ » reconnues par l'OMC. Ceci implique un regroupement des normes privées au sein de structures internationales, leur harmonisation ou reconnaissance mutuelle ainsi qu'une certaine institutionnalisation des modes de surveillance et de contrôle de leur application. Cette évolution, que l'on peut déjà observer, dans une certaine mesure, dans le domaine de l'agriculture biologique, doit cependant s'efforcer d'éviter autant que possible l'écueil du « minimum commun », de la solution de compromis conciliant les exigences de tous les participants. En effet, il ne faut pas perdre de vue que les normes privées poursuivent aussi (ou avant tout ?) un objectif de protection de certaines valeurs fondamentales pour toute société, telles que la santé, l'environnement ou les droits sociaux. Peut-être le niveau régional est-il ici aussi le niveau le plus approprié à la définition d'objectifs homogènes et appropriés.

L'avenir des normes privées passe sans doute par une meilleure compréhension de leurs rapports avec le droit sur le plan théorique, et par une coopération accrue entre acteurs publics et privés sur le plan pratique. Il est pour cela nécessaire d'envisager le droit et les normes privées dans un rapport de complémentarité et non d'indifférence mutuelle – ou encore moins de condamnation. Ceci peut se traduire par la mise en place d'une coopération normative ou co-régulation (certains invoqueront une « dialectique mixte publique-privée ») ou, plus simplement par une coordination des systèmes – celle-ci devant être à la fois dynamique (le changement, l'adaptation garantissant la légitimité) et soucieuse d'une application équitable pour tous les acteurs concernés. Seule la complémentarité peut garantir un résultat satisfaisant à la fois en termes d'équité et de légitimité, car tout ordre juridique pris isolément est nécessairement partiel, inachevé et imparfait. Or, comme le fait remarquer F. RIGAUX, « à cette imperfection radicale du droit comme de tout ordre éthique, il n'y a d'autre remède que celui, également imparfait, que procurent la diversité et la multiplicité des ordres juridiques eux-mêmes¹⁴⁵⁰ ».

¹⁴⁴⁹ OIE, *Commission du Codex Alimentarius* et CIPV (voir *supra*).

¹⁴⁵⁰ « Le droit au singulier et au pluriel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1982/9, p. 53 s.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, manuels, thèses

ALPHA (A.), BROUTIN (C.), HOUNHOUIGAN (J.), ANIHOUVI (V.), *Normes de qualité pour les produits agroalimentaires en Afrique de l'Ouest*, Agence française de développement, Département de la recherche, 2009, 230 p.

ATIAS (Ch.), *Philosophie du droit*, PUF, Paris, 2^e édition, 2004, 362 p.

AUBRY-CAILLAUD (F.), *Libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Paris, Pedone, 1998.

BENYEKHELF (K.), *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Editions Thémis, Montréal, 2008, 934 p.

CANTO-SPERBER (M.) (Dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, Paris, 3^e édition, 2001, 1728 p.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 10^{ème} édition, 2001.

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, Paris, 2^{ème} édition, 2004, 416 p.

CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 4^{ème} édition 2010.

CHEVALLIER (J.), *L'Etat post-moderne*, 3^e éd., LGDJ, 2008, 272 p.

CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, PUF, 1997, 337 p.

COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 6^e éd., 2004, 848 p.

CRAWFORD (J.), *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, textes et commentaires*, Pedone, Paris, 2003, 372 p.

COURET (A.), IGALENS (J.), PENAN, (H.), *La certification*, Que sais-je, PUF, 1995.

CUTLER (C.), *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge University Press, 2003, 262 p.

DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, 440 p.

DELMAS-MARTY (M.), *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2005, 304 p.

DE WOOT (PH.), *Responsabilité sociale de l'entreprise. Faut-il enchaîner Prométhée ?*, Economica, 2005, 197 p.

DUBIN (L.), *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2003, 461 p.

DUBOIS (L.), BLUMANN (C.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 2004.

FARJAT (G.) *Pour un droit économique*, Presses Universitaires de France, 2004, 199 p.

FISCHER (D.), *Die Behandlung technischer Handelshemmnisse im Welthandelsrecht*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2004, 277 p.

FRISON-ROCHE (M.-A.), BONFILS (S.), *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, 427 p.

GURVITCH (G.), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.

HOECKMAN (B.M.), KOSTECKI (M.M), *The Political Economy of the World Trading System. The WTO and Beyond*, Oxford University Press, Second edition, 2001, 485 p.

JACKSON (J.H.), *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge University Press, 2000, 497 p.

JESTAZ (Ph.), *Le droit*, Paris, Dalloz, 1991, 115 p.

JOURDAIN-FORTIER (C.), *Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non-marchandes par le droit du commerce international*, Travaux du CREDIMI, Litec, 2006, 700 p.

KOLB (R.), *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 434 p.

KRISCH (N.), *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2010, 330 p.

KRISLOV (S.), *How Nations Choose Product Standards and Standards Change Nations*, University of Pittsburgh Press, 1997, 264 p.

LATTY (F.), *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 849 p.

LEBEN (Ch.), *Le droit international des affaires*, PUF, Paris, 2003, 128 p.

LEBEN (Ch.), *The Advancement of International Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, Coll. French Studies in International Law, 2010, 333 p.

LEIFER (Ch.), *Das europäische Umweltmanagementsystem EMAS als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 209 p.

LE TOURNEAU (Ph.), *L'Ethique des affaires et du management au XXIe siècle*, Paris, Dalloz, Dunod, 2000, 269 p.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), PARLEANI (G.), *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, Paris, 2002, 1033 p.

LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 1278 p.

LUHMANN (N.), *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, 598 p.

MBENGUE (M.M.), *Essai sur une théorie du risque en droit international public: L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Pedone, Paris, 2009, 380 p.

NEMO (Ph.), *La société de droit selon F.A. Hayek*, PUF, Paris, 1988, 436 p.

OST (F.), *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2003, 346 p.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.

RANCUREL (A.), *Le commerce équitable entre l'Europe et l'Amérique latine : vers un nouveau droit des relations Nord-Sud ?*, L'Harmattan, Paris, 2006, 134 p.

RANCUREL (A.), *Les relations entre les intégrations régionales sud-américaines et l'Organisation mondiale du commerce. Contribution à l'étude des rapports intersystémiques*, Thèse sous la direction de T. GARCIA, Université de Nice, 2011, 479 p.

RAYNAUD (Ph.), RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, Quadrige, 1996 et 2003, 892 p.

RIGAUX (F.), *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 486 p.

ROSIK (P.), *Les transformations du droit international économique. Les Etats et la Société civile face à la mondialisation économique*, L'Harmattan, Paris, 2003, 332 p.

ROULAND (N.), *Aux confins du droit : Anthropologie juridique de la modernité*, Éditions Odile Jacob, 1991, 318 p.

TERESTCHENKO (M.), *Philosophie politique, 2. Ethique, science et droit*, Hachette, Paris, 4^e édition, 2007, 153 p.

TERRE (D.), *Les questions morales du droit*, PUF, Paris, 2007, 354 p.

TEUBNER (G.), *Le droit : un système autopoïétique*, PUF, Paris, 1993, 296 p.

TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Kluwer Editions Juridiques Belgique et LGDJ, Paris, 1994, 393 p.

TOURET (D.), *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, Litec, Editions du juris-classeur, 2^e édition, 2003, 302 p.

VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, 856 p.

VIOLET (F.), *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2003, 532 p.

WIERS (J.), *Trade and the Environment in the EC and WTO. A Legal Analysis*, 1st edition, Europa Law Publishing, Groningen, 2002, 424 p.

ZEITLER (H.E.), *Einseitige Handelsbeschränkungen zum Schutz extraterritorialer Rechtsgüter. Eine Untersuchung zum GATT, Gemeinschaftsrecht und allgemeinen Völkerrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, 229 p.

II. *Ouvrages collectifs*

Centre René-Jean Dupuy pour le Droit et le Développement (Alexandrie), Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI – Université de Bourgogne – CNRS), Bibliotheca Alexandrina, sous la direction d’Ahmed EL KOSHERI, *L’éthique dans les relations économiques internationales. En hommage à Philippe FOUCHARD*, Pedone, Paris, 2005, 264 p.

Mondialisation et éthique des échanges, Actes du neuvième colloque d’éthique économique, Aix-en-Provence, 4 et 5 juillet 2002, Librairie de l’Université d’Aix-en-Provence, collection « Ethique et déontologie », 2003, 331 p.

Revue internationale de droit économique, Numéro anniversaire : *Bilan et perspectives du droit économique*, 2002/1.

Revue internationale de droit économique, Numéro spécial : *Mondialisation et droit économique*, 2002/2.

Revue internationale de droit économique, Numéro spécial - *La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique*, 2003/3 et 2003/4.

APPLETON (A.E.) (ed.), *Environmental Labelling Programmes: International Trade Law Implications*, Kluwer Law International, London, 1997, 280 p.

APPLETON (A.E.), PLUMMER (M.G.) (eds.), *The World Trade Organization : Legal, Economic and Political Analysis*, Vol. 1-3, Springer, 2005, 3120 p.

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p.

BERGEL (J.L.) (dir.), *Le plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique, Aix-en-Provence, 4-6 Septembre 2003, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 368 p.

BERMAN (G.A.), MAVROIDIS (P.C.) (eds.), *Trade and Human Health and Safety*, Cambridge University Press, 2006, 326 p.

BROSSET (E.), TRUILHE-MARENGO (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006, 336 p.

BROWN WEISS (E.), JACKSON (J.H.), BERNASCONI-OSTERWALDER (N.) (eds.), *Reconciling Environment and Trade*, 2nd ed., Transnational Publishers Inc., New York, 2008, 716 p.

BYERS (M.) (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, 388 p.

CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, 450 p.

COTTIER (Th.), MAVROIDIS (P.C.) (eds.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, The University of Michigan Press, 2000, 456 p.

D'ASPREMONT (J.) (ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Routledge, London/New York, 2011, 448 p.

FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et pluralisme. Actes du colloque de Caen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 398 p.

HALL (R.B.), BIERSTEKER (Th. J.) (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002, 222 p.

HERVE-FOURNEREAU (N.) (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, 2008, 326 p.

KENNEDY (D. L. M.), SOUTHWICK (J. D.) (eds.), *The Political Economy of International Trade Law, Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002.

KIRTON (J.), TREBILCOCK (M.J.) (eds.), *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate Publishing, Aldershot, Burlington, 2004, 372 p.

KOLSKY LEWIS (M.), FRANKEL (S.) (eds.), *International Economic Law and National Autonomy*, Cambridge University Press, 2010, 346 p.

KRYNEN (J.) (dir.), *Le droit saisi par la morale*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, 352 p.

MACDONALD (K.), MARSHALL (Sh.) (eds.), *Fair Trade, Corporate Accountability and Beyond. Experiments in Globalizing Justice*, Ashgate, 2010, 406 p.

MACRORY (P.F.J.), APPLETON (A.E.), PLUMMER (M.G.) (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Vol. 2, Springer, 2005, 794 p.

MALJEAN-DUBOIS (S.) (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 535 p.

MANAI (D.), ROTH (R.) et KELLERHALS (J.) (eds.), *Pour un droit pluriel. Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Genève, 2002.

MARX (A.), MAERTENS (M.), SWINNEN (J.) WOUTERS (J.) (eds.), *Private Standards and Global Governance. Economic, Legal and Political Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham UK, Leuven Global Governance Series, 328 p.

MORAND (CH.-A.) (dir.), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Paris, Publisud, 1991, 252 p.

NOBEL (P.) (ed.), *International Standards and the Law*, Staempfli Publishers, Bern, 2005, 148 p.

O'CONNOR (B.) (ed.), *Agriculture in WTO Law*, CameronMay, London, 2005, 537 p.

RAGAZZI (M.) (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, 454 p.

RUIZ FABRI (H.), GRADONI (L.) (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, Paris, 2009, 575 p.

SARRIS (A.), MORRISON (J.) (ed.), *The Evolving Structure of World Agricultural Trade. Implications for Trade Policy and Trade Agreements*, FAO, Trade and Markets Division, Rome, 2009, 328 p. Disponible sur :

http://www.fao.org/fileadmin/templates/est/PUBLICATIONS/Books/FINAL_PDF_EVOLVING_WITH_COVER_LOW_RES.pdf

SAMPSON (G.), WHALLEY (J.) (ed.), *The WTO, Trade and the Environment*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham UK, Northampton MA USA, 2005.

SCHUPPERT (G. F.) (ed.) *Global Governance and the Role of Non-State Actors*, Nomos, Baden-Baden, 2006, 273 p.

SHELTON (D.) (ed.) *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, 556 p.

TEUBNER (G.) (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney, 1997, 305 p.

THIBIERGE (C.) (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, 891 p.

VAN DER MEULEN (B.) (ed.), *Private Food Law. Governing Food Chains through Contract Law, Self-Regulation, Private Standards, Audits and Certification Schemes*, Wageningen Academic Publishers, 2011, 436 p.

WESTERMAYER (Ch.), GEIER (B.) (eds), *The Organic Guarantee System. The Need and Strategy for Harmonisation and Equivalence*, IFOAM, FAO, UNCTAD, 2003, 146 p.

WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.) (eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, 564 p.

ZARRILLI (S.), ZHA (V.), VOSSENAAR (S.) (eds.), *Eco-Labeling and International Trade*, Houndmills, Basingstoke [England]: Macmillan Press; New York, N.Y. : St. Martin's Press, 1997, 376 p.

III. Articles

AARONSON (S.A.), “A Match Made in the Corporate and Public Interest: Marrying Voluntary CSR Initiatives and the WTO”, *Journal of World Trade*, Vol. 47/3, 2007, p. 629-659.

ABBOT (K.W.), SIDAL (D.), “The International Standards Process: Setting and Applying Global Business Norms”, in NOBEL (P.) (ed.), *International Standards and the Law*, Staempfli Publishers, Bern, 2005, p.105-142.

ABDELGAWAD (W.), « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire », *Revue internationale de droit économique*, 2003/2, pp. 197-232.

ABDELGAWAD (W.), « Le commerce équitable : l'éthique de l'économie solidaire », in Centre René-Jean Dupuy pour le Droit et le Développement (Alexandrie), Centre de

Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI – Université de Bourgogne – CNRS), Bibliotheca Alexandrina, sous la direction d’Ahmed EL KOSHERI, *L’éthique dans les relations économiques internationales. En hommage à Philippe FOUCHARD*, Pedone, Paris, 2005, 264 p., pp. 155-184.

ABE (K.), HIGASHIDA (K.), ISHIKAWA (J.), “Eco-Labels, Environment and International Trade”, in R.M. STERN (Ed.) *Issues and Options for US-Japan Trade Policies*, University of Michigan Press, 2002, pp. 227-248.

Disponible sur <http://www2.e.u-tokyo.ac.jp/~seido/output/Ishikawa/011.pdf> (24.09.2012)

ALVAREZ (J.E), “Multilateralism and Its Discontents”, *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 393-411.

ALTHAMMER (W.), DRÖGE (S.), “Ecological Labelling in North-South Trade”, *DIW* (German Institute for Economic Research), *Discussion Papers*, n° 604, 2006.

Disponible sur :

http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.44514.de/dp604.pdf (24.09.2012)

AMSELEK (P.), « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, pp. 89-107.

AMSELEK (P.), « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, pp. 251-258.

AMSELEK (P.) « L’évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in *Revue du Droit Public*, 1982, pp. 275-294 ; également reproduit in MORAND (Ch.-A.) (dir.), *L’Etat propulsif. Contribution à l’étude des instruments d’action de l’Etat*, Publisud, Paris, 1991, pp. 129-154.

AMSELEK (P.), « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, vol. 10, 1989, pp. 7-10.

AMSELEK (P.), « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 85-92.

APPLETON (A.E.), "Environmental Labelling Schemes Revisited: WTO Law and Developing Country Implications" in SAMPSON (G.), WHALLEY (J.), *The WTO, Trade and the Environment*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham UK, Northampton MA USA, pp. 549-578.

APPLETON (A.E.), "The Labeling of GMO Products Pursuant to International Trade Rules", *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 8/3, 2000, pp. 566-578.

ARNAL (J.), LEMIERE (S.), « De nouveaux outils de régulation économique. Impulsion des entreprises et place de l'Etat », CNRS, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Colloque international « *Etat et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique ?* », novembre 2006, 13 p.

Disponible sur http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/arnal_lemiere.pdf (24.09.2012)

ARNAUD (A.-J.), « Système (en sociologie du droit) », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 598-600.

ARNAUD (A.-J.), « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et société*, 1997/35, pp. 11-35.

ARNAUD (A.-J.), « Introduction », in CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 75-84.

AUDET (R.), « De nouveaux foyers de régulation en concurrence dans la filière agroalimentaire. Comment s'articulent les labels, certifications et appellations d'origine avec le droit de l'OMC ? », *Les Cahiers de la Chaire – ESG UQAM*, Collection recherche, N° 13-2003, 38 p.

Disponible sur <http://www.crsdd.uqam.ca/Pages/docs/pdfCahiersRecherche/13-2003.pdf> (24.09.2012)

BADDELY (S.), WOLFE (R.), "Private Standards as NTBs: the Case of Carbon Labels", Article submitted on the WTO Discussion Forum 'World Trade Report 2012', 16th December 2011. Disponible sur :

http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr12_forum_e/article_e.htm?art=2
(24.09.2012)

BAGWELL (K.), MAVROIDIS (P.C.), STAIGER (R.W.), "It's a Question of Market Access", *The American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, pp. 56-76.

BARON (C.), « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, 2003/54, pp. 329-351.

BARRAL (V.), "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm", *European Journal of International Law*, vol. 23/2, 2012, pp. 377-400.

BELLEY (J.-G.), « Pluralisme juridique », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 446-449.

BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in MANAI (D.), ROTH (R.) et KELLERHALS (J.) (eds.), *Pour un droit pluriel. Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin*, Genève, 2002.

BEN YOUSSEF (H.), GROLLEAU (G.), JEBSI (K.), « L'utilisation stratégique des instances de normalisation environnementale », *Revue internationale de droit économique*, 2005, pp. 367-388.

BERGEL (J.L.), « Le plurijuridisme. Rapport introductif », in BERGEL (J.L.) (dir.), *Le plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique, Aix-en-Provence, 4-6 Septembre 2003, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 368 p., pp. 11-22.

BERMAN (P.S.), “Global Legal Pluralism”, *Southern California Law Review*, Vol. 80, 2007, p.1155 et http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985340

BERNSTEIN (S.), HANNAH (E.), “Non-State Global Standard Setting and the WTO: Legitimacy and the Need for Regulatory Space”, *Journal of International Economic Law* Vol. 11/3, 2008, pp. 575-608.

BETTINI (R.), « Efficacité », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 219-221.

BLAISE (J.B.), « Ethique et gouvernance d’entreprise », in Centre René-Jean Dupuy pour le Droit et le Développement (Alexandrie), Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI – Université de Bourgogne – CNRS), Bibliotheca Alexandrina, sous la direction d’Ahmed EL KOSHERI, *L’éthique dans les relations économiques internationales. En hommage à Philippe FOUCHARD*, Pedone, Paris, 2005, 264 p., pp. 55-66.

BLOCHE (G.), “WTO Deference to National Health Policy: Toward an Interpretive Principle”, *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5/4, p. 825-848.

BODANSKY (D.), “What’s So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?”, *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 339-347.

BODEN (D.), « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Archives de philosophie du droit*, t. 49, 2005, pp. 275-316.

BOISSON DE CHAZOURNES (L.), “Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Perception of Issues”, *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 315-338.

BOISSON DE CHAZOURNES (L.), “The Use of Unilateral Trade Measures to Protect the Environment” in KISS (A.), SHELTON (D.), ISHIBASHI (K.) (eds.), *Economic globalization and compliance with international environmental agreements*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 344 p., p. 181-191.

BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Normes, Standards et Règles en droit international », in BROSSET (E.), TRUILHE-MARENGO (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006, pp. 43-56.

BOUTARD-LABARDE (M.-C.), BUREAU (D.), « La notion de marché pertinent », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1993, p. 743s.

BOY (L.), « L'éco-label communautaire, un exemple de droit post-moderne », *Revue internationale de droit économique*, 1996/1, pp. 69-97.

BOY (L.) « Normes », *Revue internationale de droit économique*, 1998/2, pp. 115-146.

BOY (L.) « Normes », Réseau européen droit et société, disponible sur <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm> (25.09.2012).

BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », in CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 183-196.

BOY (L.), « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *Revue internationale de droit économique*, 2003, p. 471.

BOY (L.) « Liens entre la norme technique et la norme juridique en droits communautaire et international », in BROSSET (E.), TRUILHE-MARENGO (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006, pp. 57- 80.

BOY (L.), « Les programmes d'étiquetage écologique en Europe », *Revue internationale de droit économique*, 2007/1, t. XXI, p. 5-25.

BRAC (M.), « Codes de bonne conduite : Quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », dans E. CLAUDEL et B. THULLIER (dir.), *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, Paris, Travaux du CEDCACE, 2004. Disponible sur : <http://www.glose.org/cedcace.htm> (08.10.2012)

BROSSET (E.), TRUILHE-MARENGO (E.), « Normes techniques en droit international. Les mots et les choses... », in BROSSET (E.), TRUILHE-MARENGO (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006, pp. 13-42.

CAFAGGI (F.), « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », *Revue internationale de droit économique*, 2005, pp. 111-163.

CAFAGGI (F.), “New Foundations of Transnational Private Regulation”, in SCOTT (C.), CAFAGGI (F.), SENDEN (L.) (eds.), *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, Wiley-Blackwell, Malden USA/Oxford UK, 2011; *Journal of Law and Society*, Vol. 38/1, pp. 20-49.

CAFAGGI, “Private Regulation, Supply Chain and Contractual Networks: The Case of Food Safety”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/10, Robert Schuman Centre for Advances Studies, European University Institute, 2010, 28 p. Disponible sur : http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13219/RSCAS_2010_10.pdf?sequence=1

CAFAGGI (F.), “New Foundations of Transnational Private Regulation”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/53, Robert Schuman Centre for Advances Studies, European University Institute, 2010, 40 p. Disponible sur : http://privateregulation.eu/wp-content/uploads/2010/12/RSCAS_2010_53.final.pdf

CARTOU (L.), « Le label écologique communautaire », *Les petites affiches*, 1992, n°109, p. 13.

CASELLA (A.), “Product Standards and International Trade. Harmonization through Private Coalitions?”, *Kyklos*, vol. 54, Fasc. 2/3, 2001, pp. 243-264.

CASHORE (B.), “Legitimacy and the Privatization of Environmental Governance: How Non-State Market-Driven (NSMD) Governance Systems Gain Rule-Making Authority”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, Vol. 15/4, 2002, pp. 503-529.

CHAMPAUD (C.), « Régulation et droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2002/1, Numéro anniversaire « Bilan et perspectives du droit économique », pp. 23-66.

CHANG (S.W.), “GATting a Green Trade Barrier. Eco-Labeling and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade”, *Journal of World Trade*, Vol. 31/1, 1997, pp. 137-159.

CHARNOWITZ (S.), “The Law of Environmental ‘PPM’s’ in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 27/1, 2002, pp. 59-110.

CHARTIER (S.), HAYNES (I.), BACH (A.), MAYET (A.), YEPEZ (I.), MORMONT (M.), « Le commerce équitable face aux nouveaux défis commerciaux : évolution des dynamiques d’acteurs », Plan d’appui scientifique à une politique de développement durable, Partie 1, Modes de production, Politique scientifique fédérale, Bruxelles, 2006, 141 p. Disponible sur :

<http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/3962/1/commerce%20%C3%A9quitable.pdf>

CHEVALLIER (J.), « La rationalisation de la production juridique », in MORAND (Ch.-A.) (éd.), *L’Etat propulsif. Contribution à l’étude des instruments d’action de l’Etat*, Publisud, Paris, 1991, 252 p., pp. 11-48.

CHEVALLIER (J.), « Vers un droit postmoderne ? » in CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 21-46.

CHO (S.-J.), “GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles’ Heel of the Dispute Settlement Process ?”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 39/2, 1998, pp. 311-355.

CLARKE (R.), “Private Food Safety Standards: Their Role in Food Safety Regulation and Their Impact”, Paper prepared for presentation and discussion at the 33rd Session of the Codex Alimentarius Commission, FAO, 2010, 36 p. Disponible sur :

<http://www.fao.org/docrep/016/ap236e/ap236e.pdf> (27.09.2012)

COMAILLE (J.), « Régulation sociale », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 523-524.

COMBACAU (J.), « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 85-105.

CONDORELLI (L.), « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 189, 1984-VI, p.9-221.

CORTI VARELA (J.) « Le Rapport du Panel OGM », CNRS-EHESS, Réseau Alfa sur le droit du risque, mémoire rédigé sous la direction de M.A. HERMITTE, 2006, 26 p. Disponible sur <http://lodel.ehess.fr/cenj/docannexe.php?id=178> (25.09.2012).

CRAGG (W.), “Multinationals, Corporations, Globalisation, and the Challenge of Self-Regulation”, in KIRTON (J.), TREBILCOCK (M.J.) (eds.), *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Asghate Publishing, Aldershot, Burlington, 2004, 372 p., pp 213-225.

CROLEY (S. P.), JACKSON (J.H.), “WTO Dispute Procedures Standard of Review, and Deference to National Governments”, *American Journal of International Law*, 1996, vol. 90, p. 193-213.

CULOT (H.), « *Soft Law* et droit de l'OMC », *Revue internationale de droit économique*, 2005, pp. 251-289.

DALLE NOGARE (F.), « La nouvelle approche, l'harmonisation technique et la protection des consommateurs », *Revue internationale de droit économique*, 1991, p. 61.

D'AMATO (A.), "International Soft Law, Hard Law and Coherence", *Public Law and Legal Theory Series*, n° 08-01, Northwestern University School of Law, 2008, 30 p. Disponible sur: <http://ssrn.com/abstract=1103915> (25.09.2012)

DANKERS (C.), "The WTO and Environmental and Social Standards, Certification and Labelling in Agriculture", *FAO Commodity and Trade Policy Research Paper N°2*, mars 2003. Disponible sur: <http://www.fao.org/docrep/006/AD431E/AD431E00.HTM> (25.09.2012)

DAVID (C.B.), KIM (H.-S. A.), "Developing Markets, Building Networks: Promoting Fair Trade in Asia", in MACDONALD (K.), MARSHALL (Sh.) (eds.), *Fair Trade, Corporate Accountability and Beyond. Experiments in Globalizing Justice*, Ashgate, 2010, 406 p., pp. 57-74.

DEBLOCK (Ch.), « Régionalisme et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », *Cahier de recherche 05-07*, Centre Etudes Internationales et Mondialisation, Université du Québec à Montréal, 2005.

DELGADO OCANDO (J.M.), « Valeur », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 633-635.

DELMAS-MARTY (M.), « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in BERGEL (J.L.) (dir.), *Le plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique, Aix-en-Provence, 4-6 Septembre 2003, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 368 p., pp. 355-365.

DEMBINSKI (P.H.), « Mondialisation, finance et bien commun », in *Mondialisation et éthique des échanges*, Actes du neuvième colloque d'éthique économique, Aix-en-

Provence, 4 et 5 juillet 2002, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, collection « Ethique et déontologie », 2003, pp. 207-228.

DESBARATS (I.) « Réglementations publiques et RSE : des interactions complexes », in KRYNEN (J.) (Dir.), *Le droit saisi par la morale*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, 352 p., pp. 239-256.

DILHAC (M.-A.), « Deux concepts de tolérance dans le libéralisme politique », *Archives de philosophie du droit*, t. 49, 2005, pp. 137-157.

DREXL (J.), « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés ? », *Revue internationale de droit économique*, Numéro spécial – La mondialisation du droit économique : vers un ordre public économique, 2003/3 et 2003/4, pp. 387-409.

DRÖGE (S.), “Ecological Labelling and the World Trade Organization”, DIW - Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (German Institute for Economic Research), *Discussion Papers*, n° 242, 2001, 29 p. Disponible sur : http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.38485.de/dp242.pdf (25.09.2012)

ECHOLS (M.A.), “Biofuels Certification and the Law of the World Trade Organization”, ICTSD Programme on Agricultural Trade and Sustainable Development, *Issue Paper n° 19*, ICTSD, Geneva, August 2009, 55 p. Disponible sur: <http://ictsd.org/downloads/2012/03/biofuels-certification-and-the-law-of-the-wto.pdf> (25.09.2012)

EGLER (H.-P.), “Private Voluntary Standards: The Instruments for a Lasting Trade Policy in Africa?”, ICTSD, *Bridges Africa Review*, Vol. 1/3, 4th July 2012, 4 p. Disponible sur: <http://ictsd.org/i/news/bridges-africa-review/137484/> (25.09.2012)

EHLERMANN (C.-D.), LOCKHART (N.), “Standard of Review in WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, vol. 7/3, 2004, p. 491-521.

EMSLIE (J.J), “Labeling programs as a Reasonably Available Least Restrictive Trade Measure Under Article XX’s Nexus Requirement”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 30/2, 2005, pp. 485-545.

FARJAT (G.), « La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, 1992, pp. 27-62.

FARJAT (G.), « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 151-164.

FARJAT (G.), « Le droit économique et l’essentiel (Pour un colloque sur l’éthique) », *Revue internationale de droit économique*, 2002/1, Numéro anniversaire « Bilan et perspectives du droit économique », pp. 153-166.

FARJAT (G.), « Propos critiques et utopiques sur l’évolution du droit économique et la mondialisation », *Revue internationale de droit économique*, Numéro spécial – La mondialisation du droit économique : vers un ordre public économique, 2003/3 et 2003/4, pp. 511-531.

FARJAT (G.), « Le droit, l’économie et le fondamental », *Revue internationale de droit économique*, 2005, pp. 431-455.

FARJAT (G.), « L’éthique et le système économique, une analyse juridique », in Centre René-Jean Dupuy pour le Droit et le Développement (Alexandrie), Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI – Université de Bourgogne – CNRS), *Bibliotheca Alexandrina*, sous la direction d’Ahmed EL KOSHERI, *L’éthique dans les relations économiques internationales. En hommage à Philippe FOUCHARD*, Pedone, Paris, 2005, 264 p., pp. 27-54.

FERNANDES (R.), « Normes privées et accord SPS », Présentation à l’occasion du Briefing de Bruxelles sur le développement rural intitulé « Respect des normes de sécurité alimentaire : Implications sur les exportations agricoles ACP », 11 mai 2009. Disponible sur :

http://briefingsbruxelles.files.wordpress.com/2009/05/robson_fernandes_fr.ppt

(25.09.2012)

FIETTA (S.), “The ‘Legitimate Expectations’ Principle under Article 1105 NAFTA”. International Thunderbird Gaming Corporations v. The United Mexican States”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 7/3, June 2006, pp. 423-432.

FLÜCKIGER (A.), « L’auto-régulation provoquée ou la loi ‘Damoclès’ : une forme de corégulation en droit suisse », in BERGEL (J.L.) (dir.), *Le plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l’Association internationale de Méthodologie juridique, Aix-en-Provence, 4-6 Septembre 2003, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2005, 368 p., pp. 321-333.

FONTAGNE (L.), MIMOUNI (M.), « L’environnement, nouvel obstacle au commerce de produits agricoles et alimentaires », *Economie internationale*, Vol.3, 2001, pp. 63-87.

GAMBELLI (F.), « Définitions et typologies des normes techniques », *Petites affiches*, 1998, n°18, pp. 5-11.

GANDHI (S.), “Regulating the Use of Voluntary Environmental Standards Within the World Trade Organization Legal Regime: Making a Case for Developing Countries”, *Journal of World Trade*, Vol.39, 2005, pp. 855-880.

GARCIA-CASTRILLON (C.O.), “Private Parties under the Present WTO (Bilateralist) Competition Regime”, *Journal of World Trade*, Vol. 35/1, 2001, pp. 99-122.

GASCOINE (D.), O’CONNOR AND COMPANY, “Private Voluntary Standards Within the WTO Multilateral Framework”, *United Kingdom Department for International Development (DFID)*, march 2006, 111p. Disponible sur :

<http://www.handelenduurzaamheid.nl/web/uploads/DFID%20-%20Private%20voluntary%20standards%20within%20the%20WTO%20multilateral%20framework.pdf>

Voir également le document du Comité SPS de l’OMC SPS/GEN/802.

GAUTIER (C.), VALLUY (J.), « Générations futures et intérêt général. Eléments de réflexion à partir du débat sur le ‘développement durable’ », *Politix- Revue des sciences sociales du politique*, 1998, n° 42, pp. 7-36.

GERMAIN (M.), « Pluralisme et droit économique », in *Le pluralisme*, *Archives de philosophie du droit*, tome 49, 2005, pp. 235-242.

GESSER (A.), “Canada’s Environmental Choice Programme : a Model for a ‘Trade-Friendly’ Eco-Labeling Scheme”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 39/2, 1998, PP. 501-544.

GLENN (P.), « Penser le plurijuridisme », in BERGEL (J.L.) (dir.), *Le plurijuridisme*, Actes du 8e congrès de l’Association internationale de Méthodologie juridique, Aix-en-Provence, 4-6 Septembre 2003, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2005, 368 p., pp. 25-35.

GOVAERE (I.), « L’établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux : de l’Etat régulateur souverain aux organisations d’intégration régionale promotrices, protectrices et intermédiaires », *Revue internationale de droit économique*, 2003/3 et 4, Numéro spécial – La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique, pp. 313-337.

GRZEGORCZYK (Ch.), « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit » in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 281-301.

GROLLEAU (G.), MZOUGH (N.), THIEBAUT (L.), « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l’environnement ? », *Revue internationale de droit économique*, 2004, pp. 461-481.

HALLE (M.), “Where Are We in the Doha Round?”, *International Institute for Sustainable Development*, August 2005, 9 p.

Disponible sur : http://www.iisd.org/pdf/2005/trade_doha_status.pdf (25.09.2012)

HART (M.), “A Matter of Synergy: The Role of Regional Agreements in the Multilateral Trading Order”, in Donald BARRY and Ronald C. KEITH, eds., *Regionalism, Multilateralism and the Politics of Global Trade*, UBC Press, Vancouver, 1999, p. 25-53.

HARTNEY (M.), « Système juridique », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 595-598.

HAUDEVILLE (B.), « Ethique de l'échange, éthique de la réciprocité, éthique de la contribution », in *Mondialisation et éthique des échanges*, Actes du neuvième colloque d'éthique économique, Aix-en-Provence, 4 et 5 juillet 2002, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, collection « Ethique et déontologie », 2003, pp. 269-274.

HEISKANEN (V.), “The Regulatory Philosophy of International Trade Law”, *Journal of World Trade*, Vol. 38/1, 2004, pp. 1-36.

HENSON (S.), HUMPHREY (J.), “Understanding the Complexities of Private Standards in Global Agri-Food Chains”, 2008, 20 p. Disponible sur :

<http://www.ids.ac.uk/files/dmfile/HensonHumphreyLeuvenOct08.pdf> (25.09.2012)

HENSON (S.), HUMPHREY (J.), « Les impacts de normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et les processus publics de normalisation », FAO/OMS, mai 2009, 56 p. Disponible sur :

<http://www.fao.org/docrep/012/i1132f/i1132f00.pdf> (25.09.2012)

HOWSE (R.), REGAN (D.), “The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy”, *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 249-289.

HUTTER (B.M.), “The Role of Non-State Actors in Regulation”, in SCHUPPERT (G. F.) (ed.), *Global Governance and the Role of Non-State Actors*, Nomos Publishers, Berlin, 2006, pp. 63-79. Egalement disponible sur :

<http://www2.lse.ac.uk/researchAndExpertise/units/CARR/pdf/DPs/Disspaper37.pdf>

(25.09.2012)

HUYSE (L.), PARMENTIER (S.), “Decoding Codes: the Dialogue between Consumers and Suppliers through Codes of Conduct in the European Community”, *Journal of Consumer Policy*, 1990, 13, p. 253.

ISLAM (R.), ZAMAN (M.K.), “Market Access for LDCs under the Hong Kong Ministerial of the WTO – Outcomes for Bangladesh”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 7/3, 2006, pp. 383-406.

JACKSON (J.H.), “The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1997, pp. 157-188.

JACKSON (J.H.), “Global Economics and International Economic Law”, *Journal of international economic law*, 1998, vol. 1, pp. 1-23.

JACKSON (J.H.), “Sovereignty Modern: A New Approach to an Outdated Concept”, *American Journal of International Law*, Vol. 97/4, 2003, pp. 782-802.

JACKSON (J.H.), “Comments on *Shrimp/Turtle* and the Product/Process Distinction”, *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 303-307.

JANSEN (B.), “The Limits of Unilateralism from a European Perspective”, *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11/2, p. 309-313.

JARROSSON (Ch.), « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », in Centre René-Jean Dupuy pour le Droit et le Développement (Alexandrie), Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI – Université de Bourgogne – CNRS), Bibliotheca Alexandrina, sous la direction d’Ahmed EL KOSHERI, *L’éthique dans les relations économiques internationales. En hommage à Philippe FOUCHARD*, Pedone, Paris, 2005, 264 p., pp. 185-206.

JAVIER DE LUCAS (F.), « Légitimité », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 343-345.

JEAMMAUD (A.), « Des concepts en jeu », in CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, pp. 47-72.

JOERGES (Ch.), “Integration durch Entrechtlichung. Ein Zwischenruf”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1/3, 2008, pp. 1-37.

Disponible sur : <http://www.ejls.eu/3/38DE.pdf> (25.09.2012)

JOSHI (M.) “Are Eco-Labels Consistent with World Trade Organisation Agreements?”, *Journal of World Trade*, Vol. 38/1, 2004, pp. 69-92.

JOSSELIN (J.-M.), MARCIANO (A.), « Taking Law and Economics Seriously. Commentaire sur l’ouvrage *Economie du droit* de Thierry KIRAT », *Revue internationale de droit économique*, 1999, pp. 295-302.

KEANE (S.), “Can a Consumer’s Right to Know Survive the WTO?: The Case of Food Labeling”, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2006, Vol. 16/1, pp. 291-332.

KESSEDJIAN (C.), « Remarques conclusives. Tentative de vade-mecum de la prise en compte de l’éthique dans le processus décisionnel », in Centre René-Jean Dupuy pour le Droit et le Développement (Alexandrie), Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI – Université de Bourgogne – CNRS), *Bibliotheca Alexandrina*, sous la direction d’Ahmed EL KOSHERI, *L’éthique dans les relations économiques internationales. En hommage à Philippe FOUCHARD*, Pedone, Paris, 2005, 264 p., pp.229-264.

KNAPP (S.), “Fair Trade at the Centre of Development”, in MACDONALD (K.), MARSHALL (Sh.) (eds.), *Fair Trade, Corporate Accountability and Beyond. Experiments in Globalizing Justice*, Ashgate, 2010, 406 p., pp. 37-56.

KOEBELE (M.), LAFORTUNE (G.), “Article 4 and Annex 3 TBT” in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, pp. 243-260.

KORINCK (J.), MELATOS (M.), RAU (M.-L.), “A Review of Methods for Quantifying the Trade Effects of Standards in the Agri-Food Sector”, *OECD Trade Policy Working Paper N°79*, 29 September 2008, TA/TC/CA/WP(2007)1/FINAL.

KOKOTT (J.), “Soft Law Standards Under Public International Law” (A Contribution on the Effects of the Transformation of International Law on the Sources of International Law), in NOBEL (P.) (ed.), *International Standards and the Law*, Staempfli Publishers, Bern, 2005 pp. 15-41.

KOMINDR (N.), “To Label or not to Label: Leveling the Trading Field”, in BROWN WEISS (E.), JACKSON (J.H.) (eds.), *Reconciling Environment and Trade*, Transnational Publishers Inc., New York, 2001, pp. 673-688.

KUDRYAVTSEV (A.), “Private Standardization and International Trade in Goods: Any WTO Law Implications for Domestic Regulation?”, Society of International Economic Law, Third Biennial Global Conference July 12-14 2012, Online Proceedings, *Working Paper n° 12/02*, 28 p., Disponible sur :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2082022&http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=gascoine+o%27connor+%22private+voluntary+standards%22&source=web&cd=13&ved=0CDYQFjACOAo&url=http%3A%2F%2Fpapers.ssrn.com%2Fsol3%2FDelivery.cfm%2FSSRN_ID2082022_code1035635.pdf%3Fabstractid%3D2082022%26mirid%3D1&ei=TwdsULaKMcGphAfsyIGgDg&usg=AFQjCNF7hZMlf2_oJjuJwnGBKLTHtwcWmA (04.10.2012)

LAMY (P.), « L'émergence des préférences collectives dans le champ de l'échange international : quelles implications pour la régulation de la mondialisation ? », Discours tenu lors de la Conférence « *Préférences collectives et Gouvernance mondiale : quel avenir pour le système commercial mondial ?* », Bruxelles, 15 septembre 2004, 15 p. Disponible sur :

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/september/tradoc_118930.pdf (25.09.2012)

LANDWEHR (O.), “Article 3 SPS”, in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, p. 413-427.

LANDWEHR (O.), “Article 4 SPS”, in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, pp. 428-434.

LANFRANCHI (M.-P.), « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l’OMC », in BROSSET (E.), TRUILHE-MARENGO (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006, pp. 187-198.

LASCOUMES (P.), « Les contrats de branche et d’entreprise en matière de protection de l’environnement en France. Un exemple de droit négocié », in MORAND (CH.-A.) (ed.), *L’Etat propulsif*, Publisud, Paris, 1992, pp. 221-235.

LASCOUMES (P.), « Effectivité », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 217-219.

LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), « Théories et pratiques de l’effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, vol. 2, pp. 127-150.

LASSERRE (G.), « Essai sur la notion d’intérêt général », *Les annales de l’économie collective*, n°1 / Mélanges factices 1-8, 58.088, 1967, 24 p.

LAVALLEE (S.), BARTENSTEIN (K.), « La régulation et l’harmonisation internationale des programmes d’écolabels sur les produits et les services », *Revue internationale de droit économique*, 2004, pp. 47-77.

LEBEN (Ch.), « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 35-39.

LEBEN (Ch.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39.

LEBEN (Ch.), « Entreprises multinationales et droit international économique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005/4, pp. 777-788.

LEE (G. C.-H.), "Private Food Standards and their Impacts on Developing Countries", European Commission, DG Trade Unit G2, 2006, 108 p.

Disponible sur :

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/november/tradoc_127969.pdf (25.09.2012)

LE MOIGNE (J.-L.), « Régulation », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 521-523.

LE ROY (E.), « Norme (en anthropologie du droit) », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 401-404.

LE ROY (E.), « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité. Généralité du phénomène et spécificité des ajustements », Séminaire international « *Le nuove ambizioni del sapere del giurista : l'antropologia giuridica e la traduttologia giuridica* », Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2008.

LEROY (Ch.), « La régulation : une ineptie juridique inadaptée à la mondialisation », *Le Cercle - Les Echos*, 14 décembre 2011. Disponible sur : <http://lecercle.lesechos.fr/entreprises-marches/finance-marches/finances/221141251/regulation-ineptie-juridique-inadaptee-a-mond> (25.09.2012)

LE TOURNEAU (Ph.) « ‘Bien faire l’homme’ : de la morale avant toute chose ! », in KRYNEN (J.) (dir.), *Le droit saisi par la morale*, Presses de l’Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, pp. 21-51.

LIU (P.), “Private Standards in International Trade: Issues, Opportunities and Long-Term Prospects”, in SARRIS (A.), MORRISON (J.), (ed.), *The Evolving Structure of World Agricultural Trade. Implications for Trade Policy and Trade Agreements*, FAO, Trade and Markets Division, Rome, 2009, pp. 205-235.

LIU (P.), “Private Standards in International Trade: Issues and Opportunities”, Paper presented at WTO’s workshop on environment-related private standards, certification and labeling requirements, Geneva, 9 July 2009, 22 p. Disponible sur : http://www.fao.org/fileadmin/templates/est/AG_MARKET_ANALYSIS/Standards/Private_standards_Trade_Liu_WTO_wkshp.pdf (25.09.2012)

LIU (P.), ANDERSEN (M.), PAZDERKA (C.), “Voluntary standards and certification for environmentally and socially responsible agricultural production and trade”, FAO Commodities and Trade Technical Paper 5, 2004, 67 p. Disponible sur : <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/007/y5763e/y5763e00.pdf> (25.09.2012)

LOUIS (G.), « Les signes officiels d’identification de la qualité et de l’origine des produits agricoles et alimentaires », *Rapport présenté au nom de la section de l’agriculture et de l’alimentation*, adopté par l’Avis du Conseil économique et social du 14 mars 2001, Paris, 2001, 210 p. Disponible sur : <http://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2001/01031404.pdf> (26.09.2012)

LUFF (D.), “An Overview of International Law of Sustainable Development and A Confrontation Between WTO Rules and Sustainable Development”, *Revue belge de droit international*, 1996/1, pp. 91-144.

LUHMANN (N.), « L’unité du système juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 163-188.

LUHMANN (N.), « Le droit comme système social », *Droit et société*, 1989/11-12, pp. 53-67.

MAERTENS (M.), SWINNEN (J.), “Food Standards, Trade and Development”, *Review of Business and Economics*, 2009/3, pp. 313-326.

MAISANI (P.), WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1994, vol. 27, pp. 443-464.

MALJEAN-DUBOIS (S.) « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir du commerce international des produits biotechnologiques », in BROSSET (E.), TRUILHE-MARENGO (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006, pp. 199-232.

MANN (H.), “Assessing the Impact of NAFTA on Environmental Law and Management Processes”, *First North American Symposium on Understanding the Linkages Between Trade and Environment*, Commission for Environmental Cooperation, October 2000, 33 p. Disponible sur : http://www.iisd.org/pdf/2001/trade_mann_final.pdf (25.09.2012)

MANN (H.), ROTHERHAM (T.), “Standards for Sustainable Trade: Overview of the Issues and Outline of the Project”, International Institute for Sustainable Development, 2002, 22p. Disponible sur : http://www.iisd.org/pdf/2002/trade_standards_background_paper1.pdf (26.09.2012)

MARCEAU (G.), TRACHTMAN (J.P.), “A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods: the Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement and the General Agreement on Tariffs and Trade”, in TRACHTMAN (J.P.), *The International Economic Law Revolution and the Right to Regulate*, Cameron May, London, 2007, pp. 73-160.

Egalement paru dans *Journal of World Trade*, Vol. 36, 2002, p. 811, et in BERMAN (G.A.) et MAVROIDIS (P. C) (eds.), *Trade and Human Health and Safety*, Cambridge University Press, 2005, p. 9.

MARTIN (G.J.), « Le risque, concept méconnu du droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 1990/2, pp. 173-203.

MASSIMI (J.-R.), « Ethique de l'entreprise ou commercialisation de l'éthique ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 37, 1992, pp. 178-182.

MASTOR (W.), « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin – La force d'Hercule et le talon d'Achille », in KRYNEN (J.) (Dir.), *Le droit saisi par la morale*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, pp. 309-332.

MATTEI (J.-F.), « L'éthique de la mondialisation », in *Mondialisation et éthique des échanges*, Actes du neuvième colloque d'éthique économique, Aix-en-Provence, 4 et 5 juillet 2002, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, collection « Ethique et déontologie », 2003, pp. 19-31.

MATTOO (A.), SINGH (H.V.), "Eco-labelling: Policy Considerations", *Kyklos*, Vol. 47/1, 1994, pp. 53-65.

MAYEDA (G.), "Developing Disharmony? The SPS and TBT Agreements and the Impact of Harmonization on Developing Countries", *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, 2004/4, pp. 737-764.

MBENGUE (M.M.), "The Rise of Private Voluntary Standards in International Trade: A Brief Survey of Current Developments", *Derecho del comercio internacional DeCITA*, vol. 11, 2009, pp. 422-428.

MBENGUE (M.M.), "Non-State Actors in International Environmental Law. A Rousseauist Perspective" in D'Aspremont (J.), (Ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Routledge, London/New York, 2011, 448 p., pp. 372-389.

MBENGUE (M.M.), “Private Standards and WTO Law”, ICTSD, *Bridges Trade BioRes Review*, vol. 5/1, April 2011, pp. 10-11.

Disponible sur : <http://ictsd.org/downloads/bioresreview/biores5-1.pdf> (25.09.2012)

MCLAUGHLIN (R.J.), “Sovereignty, Utility, and Fairness: Using U.S. Takings Law to Guide the Evolving Utilitarian Balancing Approach to Global Environmental Disputes in the WTO”, *Oregon Law Review*, 1999, vol. 78/4, p.855 s. Disponible sur : <http://law.uoregon.edu/org/olrold/archives/78/mcgloughlin.pdf> (25.09.2012)

MERLE (M.), « Le droit international et l’opinion publique », *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, t. 138 (1973), pp. 373-412.

MERRILL (R.), « Pluralisme et libéralisme : incompatibles ? », in « Le pluralisme », *Archives de philosophie du droit*, tome 49, Dalloz, Paris, 2005, pp. 123-136.

MIAILLE (M.), « Définir le droit », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 41-46.

MILLARD (E.), « Qu’est-ce qu’une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21 (dossier sur la normativité), janvier 2007, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-21/qu-est-ce-qu-une-norme-juridique.50552.html> (03.09.2012).

MORAND (CH.-A.), « Préface à l’Etat propulsif. Contribution à l’étude des instruments d’action de l’Etat » in CH.-A. MORAND (CH.-A.) (Ed.), *L’Etat propulsif*, Publisud, Paris, 1992.

MOTAAL (D.A.), “The ‘Multilateral Scientific Consensus’ and the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, Vol. 38/4, pp. 855-876.

MUÑOZ (R.), “Article 8 TBT” in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, pp. 298-302.

MURRAY (P.), “The International Environmental Management Standard, ISO 14000: a Non-Tariff Barrier or a Step to an Emerging Global Environmental Policy?”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 18/2, 1997, pp. 577-615.

MUWANGA (M.K.), KIRENGA (J.), “Development of East African Organic Products Standards: Unfolding Trading Opportunities Within and Outside the Region”, Presentation for the UNEP-UNCTAD CBTF Symposium on ‘Environmental Requirements and Market Access: Turning Challenges into Opportunities’, 3.10.2007, 2 p. Disponible sur :

http://www.unep-unctad.org/cbtf/events/geneva5/East%20Africa%20Organic%20Standards%20_%20Musa_Geoffrey_Geneva_031007.pdf (25.09.2012)

NERHOT (P.), « Le fait du droit », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 261-279.

NICOLAIDIS (K.), “Mutual Recognition of Regulatory Regimes”, in *Regulatory Reform and International Market Openness*, OECD Publications, 1996, 27 p.

Egalement *Jean Monnet Working Papers No. 7*, 1997, disponible sur :

<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/97/97-07.html> (25.09.2012)

NICOLAIDIS (K.), SHAFFER (G.), “Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, n° 3/4, 2005, pp. 263-317. Disponible sur :

<http://www.worldtradelaw.net/articles/shaffergovernance.pdf> (25.09.2012)

NKUEPO (H.J.), “African Countries and the New Generation of Non-Tariff Barriers: ‘Standard-Takers’, ‘Standard-Compliers’ and ‘Standard-Victims’”, *Article submitted on the WTO Discussion Forum ‘World Trade Report 2012’*, 15th March 2012. Disponible sur :

http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr12_forum_e/article_e.htm?art=5 (25.09.2012)

NOIVILLE (Ch.), Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce, *Journal de droit international*, 2000/2, pp. 263-297.

O'CONNOR (B.), "Regulating for Quality: A New Phenomenon", in O'CONNOR (B.) (ed.), *Agriculture in WTO Law*, CameronMay, London, 2005, pp. 253-289.

OPPETIT (B.), « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit*, t. 37, 1992, pp. 17-26.

ORTINO (F.), "From 'non-discrimination' to 'reasonableness' : a paradigm shift in international economic law ?", *Jean Monnet Working Paper N° 01/05*, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice, NYU School of Law, 2005, 59 p. Disponible sur :

<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/05/050101.pdf> (25.09.2012)

OST (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 133-162.

OST (F.), « L'auto-organisation écologique des entreprises : un jeu sans conflits et sans règles ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1991, n° 28, pp. 147-178.

OST (F.), « Validité », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 635-639.

PARNET (G.), SUPIOT (A.), « Normalisation », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 390-392.

PAUWELYN (J.), "Non-traditional Patterns of Global Regulation: Is the WTO Missing the Boat?", *Conference on Legal Patterns of Transnational Social Regulations and Trade*, Florence, 24-25 Septembre 2004. Disponible sur :

http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1311/ (25.09.2012)

PAUWELYN (J.), “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, pp. 535-578.

PEREZ PERDOMO (R.), « Système informel de droit », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 594-595.

PETEV (V.), « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », *Archives de philosophie du droit*, t. 49, 2005, pp. 13-20.

PIROVANO (A.), « Justice étatique, support de l’activité économique », *Revue Justices, Revue juridique de droit processuel*, 1995/1, p. 15.

PLESZKA (K.), GIZBERT-STUDNICKI (T.), « Le système du droit dans la dogmatique juridique », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 107-119.

POCAR (V.), « Norme (en sociologie juridique) », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 404-406.

PONTIER (J.M.), « La certification, outil de la modernité normative », *Rec. Dalloz-Sirey*, 21 nov. 1996, p. 355 s.

PREVOST (D.), “Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities”, *South African Yearbook of International Law (SAYIL)*, Vol. 33, 2008, pp. 1-37.

PREVOST (D.), “Sanitary, Phytosanitary and Technical Barriers to Trade in the Economic Partnership Agreements between the European Union and the ACP Countries”, *ICTSD Programme on EPAS and Regionalism*, Issue Paper n°6, August 2010, 98 p. Disponible sur: <http://ictsd.org/downloads/2011/12/sps-and-tbt-in-the-epas-between-the-eu-and-the-acp-countries.pdf> (08.10.2012)

PREVOST (D.), « Obstacles sanitaires, phytosanitaires et techniques au commerce dans les Accords de partenariat économique entre l'Union européenne et les pays ACP », International Center for Trade and Sustainable Development, *Programme sur les APE et le régionalisme, Document thématique n°9*, novembre 2010. Disponible sur :

<http://ictsd.org/downloads/2011/12/obstacles-sanitaires-phytosanitaires-et-techniques-au-commerce-dans-les-accords-de-partenariat-economique-entre-le28099union-europeenne-et-les-pays-acp.pdf> (25.09.2012)

RACINE (J.B.), « Normalisation, certification et droit de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, 1998/2, p. 147 s.

RAFFERTY (B.P.) “The Door Opens Slightly: Recent European Union Regulations on Genetically Modified Products and the Ongoing United States-European Union GM Product Dispute”, *The Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. XVI (2), Winter 2004, pp. 281-300.

RANCUREL (A.), « A propos de la nature juridique des normes du commerce équitable dans les relations Amérique Latine – Europe », *Perspectives internationales et européennes*, Institut du droit de la paix et du développement, Université de Nice, n°1, 2005, 9 p., <http://revel.unice.fr/pie/index.html?id=50> (25.09.2012)

RATNER (S.R.), “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, *The Yale Law Journal*, Vol. 111/3, 2001, pp. 443-545.

REBER (B.), « Le pluralisme moral » in *Le pluralisme*, *Archives de philosophie du droit*, tome 49, Dalloz, Paris, 2005, pp. 21-46.

REGE (V.), “GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries”, *Journal of World Trade*, Vol. 28/3, 1994, pp. 95-169.

RIGAUX (F.), « Le droit au singulier et au pluriel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1982/9, pp. 1-61.

RIGAUX (F.), VANDER ELST (R.), « Relations juridiques transnationales ou dialogue sur un autre droit », *Journal des tribunaux*, n°5200, 1982, pp. 230-234.

RIGAUX (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité internationale – Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1989-1, t. 213, pp. 9-407.

ROBACH (M.), « La vision du secteur privé sur les normes dites privées – quelques approches susceptibles de réduire les conflits actuels et futurs entre les normes publiques et privées », *document présenté à l'occasion de la 78^{ème} session générale de l'OIE*, mai 2010, OIE, 78 SG/9, 6 P. Disponible sur :

http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/FR_78_SG_9.pdf (25.09.2012)

RÖBEN (V.), “Article 13 SPS” in in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, pp. 538-544.

ROBERTS (M.T.), “The Compatibility of Private Standards With Multilateral Trade Rules: Legal Issues at Stake”, in SARRIS (A.), MORRISON (J.), (Ed.), *The Evolving Structure of World Agricultural Trade. Implications for Trade Policy and Trade Agreements*, FAO, Trade and Markets Division, Rome, 2009, pp. 253-287.

ROBERTSON (M.), “The Fairy Tale of US ‘Dolphin Safe’ Labelling: False Claims, Unintended Consequences”, ICTSD, *Dispute Settlement and Understanding Programme*, Vol.6/1, May 2012, 5 p. Disponible sur :

<http://ictsd.org/i/news/bioresreview/132205/> (25.09.2012)

ROGER (C.), « La qualité et la sécurité sanitaire des produits alimentaires : un des enjeux du Millenium Round de l'OMC », Institut national de la recherche agronomique (INRA), Département de recherche, Sciences sociales, agriculture et alimentation, espace et environnement, janvier 2000, 7 p. Disponible sur :

<http://www.inra.fr/sae2/comprendre/js/qualite.php> (25.09.2012)

ROHT-ARRIAZA (N.), “‘Soft Law’ in a ‘Hybrid’ Organization: The International Organization for Standardization”, in SHELTON (D.) (ed.) *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, pp. 263-281.

ROHT-ARRIAZA (N.), “Shifting the Point of Regulation: The International Organization for Standardization and Global Lawmaking on Trade and the Environment”, *Ecology Law Quarterly*, Vol. 22, 1995, p. 479 s.

ROMI (R.), « Environnement et santé : relations et interrelations dans la normativité européenne et internationale », in BROSSET (E.), TRUILHE-MARENGO (E.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006, pp. 81-89.

ROTHERHAM (T.), “The Quality Institutions: An Enabling Framework for International Trade”, International Institute for Sustainable Development, 2002, 7 p. Disponible sur :

http://www.iisd.org/pdf/2002/trade_quality_institutions.pdf (26.09.2012)

ROTHERHAM (T.), “Implementing Environmental, Health and Safety Standards, and Technical Regulations. The Developing Country Experience”, *Trade Knowledge Network Thematic Paper*, International Institute for Sustainable Development/International Centre for Trade and Sustainability, Geneva, January 2003, 30 p. Disponible sur :

http://www.iisd.org/tkn/pdf/tkn_standards.pdf (26.09.2012)

ROTHERHAM (T.), “Labelling for Environmental Purposes. A Review of the State of the Debate in the World Trade Organization”, *Trade Knowledge Network Thematic Paper*, International Institute for Sustainable Development/International Centre for Trade and Sustainability, Geneva, January 2003, 29 p. Disponible sur :

http://www.iisd.org/tkn/pdf/tkn_labelling.pdf (26.09.2012)

ROULAND (N.), « Pluralisme juridique (Théorie anthropologique) », ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 449-450.

ROYON (M.), « L'émergence de systèmes nationaux de normalisation-certification et leur connexion internationale » *Revue internationale de droit économique*, 1999/1, pp. 107-117.

RUIZ FABRI (H.), GREWE (C.), « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in GAUTRON (J.-C.) *et al.*, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p.189-206.

SAEZ (F.F.), « Repercusiones de las normas privadas en el comercio agroalimentario », *Revista del CEI (Centro de Economía Internacional)*, Número 14, Avril 2009, p. 93-116, <http://www.cei.gov.ar/revista/14/parte4c.pdf>

SANDS (Ph.), “‘Unilateralism’, Values, and International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 11/2, 2000, pp. 291-302.

SANETRA (C.), MARBÀN (R.M.), “The Answer to the Global Quality Challenge: A National Quality Infrastructure”, Physikalisch-Technische Bundesanstalt, Organization of American States, Systema Interamericano de Metrologia, 2007, 136 p. Disponible sur : http://www.ptb.de/de/org/q/q5/docs/OAS_EN07.pdf (08.10.2012)

SARRIS (A.) “Evolving Structure of World Agricultural Trade and Requirements for New World Trade Rules”, Expert Meeting on How to Feed the World in 2050, FAO, Economic and Social Development Department, Rome, June 24-26, 2009, 32 p. Disponible sur : <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/012/ak979e/ak979e00.pdf> (26.09.2012)

SCHEER (D.), « Standards écologiques et de qualité dans l'Union Européenne. Analyse des exigences de l'Union Européenne imposées aux produits importés du Maghreb », *Rapport final. Etude réalisée pour le compte de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)*, Institut für ökologische Wirtschaftsforschung

(Institut de recherche en économie écologique), Heidelberg, 2004, 44 p. Disponible sur :

http://www.ioew.de/uploads/tx_ukioewdb/FinalReport.pdf.

SCHUPPERT (G. F.) “The Changing Role of the State Reflected in the Growing Importance of Non-State Actors”, in SCHUPPERT (G. F.) (ed.), *Global Governance and the Role of Non-State Actors*, Nomos, Baden-Baden, 2006, 273 p., pp. 203-244.

SEVE (R.), « Introduction », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 1-10.

SHAFFER (G.C.), POLLACK (M.A.), “How Hard and Soft Law Interact in International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists”, *Working Paper n° 45/08, Proceedings of the Inaugural Conference*, Society of International Economic Law, Geneva, July 15-17, 2008, 68 p. Disponible sur :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156867 (26.09.2012)

SHELTON (D.), “Law, Non-Law and the Problem of ‘Soft Law’”, in SHELTON (D.) (ed.) *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, pp. 1-18.

SILVERGLADE (B.A.), “The Impact of International Trade Agreements on U.S. Food Safety and Labeling Standards”, *Food and Drug Law Journal*, Vol. 53, 1998, pp. 537-541.

SIMEON (M.), “Sanitary and Phytosanitary Measures and Food Safety: Challenges and Opportunities for Developing Countries”, *Revue scientifique technique*, Office international des épizooties (OIE), vol. 25/2, 2006, pp. 701-712. Disponible sur :

http://ec.europa.eu/food/international/organisations/sps/docs/oie_rst2006.pdf

(26.09.2012)

SLAUGHTER (A.-M.), BURKE-WHITE (W.), “The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 47/2, 2006, pp.327-352.

SMITH (G.), « Interactions entre normes publiques et privées dans la filière alimentaire », Editions OCDE, 2010, 43 p. Disponible sur :

<http://www.oecd.org/fr/echanges/echangesagricoles/evaluerlesmarchesagricoles/45013521.pdf> (26.09.2012)

SNYDER (F.), « Ethique, OMC et pluralisme juridique mondial : état des lieux et propositions », in *Mondialisation et éthique des échanges*, Actes du neuvième colloque d'éthique économique, Aix-en-Provence, 4 et 5 juillet 2002, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, collection « Ethique et déontologie », 2003, pp. 117-156.

SOREL (J.-M.), « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et *vice versa*) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et pluralisme. Actes du colloque de Caen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 73-99.

STANTON (G.H.), "Private (Commercial) Standards and the SPS Agreement", Remarks at *The Round Table on 'The Role of Standards in International Food Trade'*, The World Food Law Institute, September 24, 2007, 6 p. Disponible sur : <http://www.asil.org/pdfs/speechevent070924.pdf> (26.09.2012)

STANTON (G. H.), WOLFF (CH.), "Private voluntary standards and the World Trade Organisation (WTO) Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures", *Fresh Perspectives. Agrifood Standards and Pro-Poor Growth in Africa*, 2008, 2 p. Disponible sur : <http://www.agrifoodstandards.net/en/filemanager/active?fid=134> (26.09.2012)

STEVENS (C.), "Trade and the Environment: The PPMs Debate", in LANG (W.) (ed.), *Sustainable Development and International Law*, Graham & Trotman, London, 1995, pp.239-247.

STEWART (R.B.) "Introduction: Environmental Regulation in Multi-Jurisdictional Regimes", in REVESZ (R.L.) (ed.), *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development. The US, the EU and the International Community*, Cambridge University Press, 2000, 437 p., pp. 1-35.

STOLL (P.-T.), STRACK (L.), “Article 5 SPS” in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, pp. 435-467.

SUBEDI (S.), “Balancing International Trade with Environmental Protection: International Legal Aspects of Eco-Labels”, *Brooklyn Journal of International Law*, 1999, pp. 373-405.

SUEUR (J.-J.), « Droit économique et méthodologie du droit », in *Mélanges G. Farjat. Philosophie et droit et droit économique, quel dialogue ?*, Frison-Roche, Paris, 1999, 587 p., pp. 292-308.

SWINNEN (J.), MAERTENS (M.), “Standards, Trade and Developing Countries”, *Note prepared for the World Bank*, Trade and Research Departments for the Project on Adjustment Costs to Trade, June 2009, 12 p. Disponible sur:
http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/239054-1239120299171/5998577-1244842549684/6205205-1259868742627/6620468-1259868833400/Standards_Swinnen.pdf (26.09.2012)

SYKES (A.O.) “Domestic Regulation, Sovereignty and Scientific Evidence Requirements: A Pessimistic View”, in BERMAN (G.A.), MAVROIDIS (P.C.) (eds.), *Trade and Human Health and Safety*, Cambridge University Press, 2006, pp. 257-270.

TAMIOTTI (L.) “ Article 2 TBT” in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (Eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, pp. 210-234.

TAMIOTTI (L.), “ Article 3 TBT” in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), SEIBERT-FOHR (A.), (eds.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, pp. 235-242.

TERRE (D.), « Le pluralisme et le droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 49, 2005, pp. 69-83.

TERRE (F.), « Une pyramide », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 63-66.

TEUBNER (G.), “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, in TEUBNER (G.) (Ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney, 1997, 305 p., pp. 3-28.

TEUBNER (G.), « Les multiples corps du roi: l’auto-destruction de la hiérarchie du droit », in *Mélanges G. Farjat. Philosophie et droit et droit économique, quel dialogue ?*, Frison-Roche, Paris, 1999, 587 p., pp. 307-327.

TIETJE (Ch.), “Voluntary Eco-Labeling Programmes and the Question of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System”, *Journal of World Trade*, 1995, pp. 123-158.

TIMSIT (G.), « L’ordre juridique comme métaphore », *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 3-18.

TIMSIT (G.), « Système », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2003, 1649 p., pp. 1462-1465.

TRACHTMAN (J.P.), “Toward Open Recognition? Standardization and Regional Integration Under Article XXIV of GATT”, in TRACHTMAN (J.P.), *The International Economic Law Revolution and the Right to Regulate*, Cameron May, London, 2007, pp. 181-220 ; également *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, 2003, p. 459.

TROPER (M.) LOSCHAK (D.), JORI (M.), « Norme », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 399-401.

TROPER (M.), « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international », in *Réalités du droit international contemporain (Force obligatoire et*

sujets du droit), Actes des seconde et troisième rencontre de Reims, Centre d'étude des relations internationales, Faculté de droit de Reims, 1974, 278 p., pp. 41-55.

TROPER (M.), « Système juridique et Etat », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 29-44.

TROPER (M.), « Norme (Théorie du droit) », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 800 p., pp. 406-407.

TRUDEL (P.), « Les effets de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Vol. 19/2, 1989, pp. 247-286.

VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la Recherche Juridique*, 1993/2, pp. 573-58.

VANDERLINDEN (J.), « Réseaux, pyramide et pluralisme », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Vol. 49, 2002, pp. 11-36

VAN DER VALK (O.), VAN DER ROEST (J.), "National Benchmarking Against GlobalGAP. Case Studies of Good Agricultural Practices in Kenya, Malaysia, Mexico and Chile", Report 2008-079, LEI Wageningen, The Hague, April 2009, 67 p.

VAUCELLE (V.B.), « Normes et marché unique », *Revue des affaires européennes*, 1996/2, pp. 107-110.

VEDEL (G.), « Indéfinissable mais présent », *Droits*, vol. 11, 1990, pp. 67-71.

VEGGELAND (F.), "Trade Facilitation Through Equivalence and Mutual Recognition: The EU Model", Centre for Food Policy/Norwegian Agricultural Economics Research Institute, April 2006, 59 p.

VILLALPANDO (S.M.), “Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility May be Applied Within the WTO Dispute Settlement System”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 5/2, 2002, pp. 393, 420.

VITALIS (V.), “Private Voluntary Eco-labels: Trade Distorting, Discriminatory and Environmentally Disappointing”, *Background paper for the OECD Round Table on Sustainable Development* (6th December 2002), 18 p. Disponible sur : <http://www.oecd.org/sd-roundtable/publications/39362947.pdf> (26.09.2012)

VISSEREN-HAMAKERS (I.), PATTBERG (Ph.), “We Don’t See the Forest for the Trees: the Sustainability of Global Forest Certification is Unknown”, *Earth System Governance*, June 2011. Disponible sur : <http://www.ieg.earthsystemgovernance.org/news/2011-06-15/we-don%E2%80%99t-see-forest-trees-sustainability-global-forest-certification-unknown> (26.09.2012)

VOSSENAAR (J.R.), ZARRILLI (S.), “*Ecolabelling and International Trade*”, UNCTAD Discussion Paper, N° 70, October 1993.

WAELEBROECK (D.), « Harmonisation des règles et des normes techniques dans la CEE », *Cahiers de droit européen*, 1988, p. 243 s.

WASHINGTON (S.), ABABOUCHE (L.), “Private Standards and Certification in Fisheries and Aquaculture. Current Practice and Emerging Issues”, *FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper n° 553*, Rome, 2011, 181 p. Disponible sur : <http://www.fao.org/docrep/013/i1948e/i1948e.pdf> (26.09.2012)

WESSELLS (C.R.), COCHRANE (K.), DEERE (C.), WALLIS (P.), “Product certification and eco-labelling for fisheries sustainability”, *FAO Fisheries Technical Paper*, No.422, 2001, 83 p. Disponible sur : <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/005/y2789e/y2789e00.pdf> (26.09.2012)

WILKE (M.), “Tuna Labelling and the WTO: How Safe is ‘Dolphin-Safe’?”, *ICTSD, Dispute Settlement and Understanding Programme*, Vol. 6/2, June 2012, 4 p. Disponible sur : <http://ictsd.org/i/news/bioresreview/135695/> (26.09.2012)

WILKE (M.), SCHLOEMANN (H.), “Not-So-Voluntary Labelling in the WTO Tuna-Dolphin Dispute”, ICTSD, *Bridges Trade BioRes Review*, vol. 5/3, November 2011. Disponible sur : <http://ictsd.org/i/news/bioresreview/117757/> (26.09.2012)

WILL (M.), “GlobalGAP Smallholder Group Certification – Challenge and Opportunity for Smallholder Inclusion into Global Value Chains”, in VAN DER MEULEN (B.) (ed.), *Private Food Law. Governing Food Chains through Contract Law, Self-Regulation, Private Standards, Audits and Certification Schemes*, Wageningen Academic Publishers, 2011, 436 p., pp. 203-228.

WILL (M.), “Public Mandatory and Private Voluntary Standards: Challenge or Opportunity for Small-Scale Farmers’ Participation in Global Supply Chains?” in WUBBEN (E.F.M.) (ed.), *Institutions and Regulation for Economic Growth? Public Interests versus Private Incentives*, Edward Elgar, Cheltenham, UK / Northampton, USA, 2011, 218 p., pp. 113-147.

WILL (M.), “Standards in South-South Trade and Opportunities for Advancing the Sustainability Agenda”, *Background Document for the TSPN Conference ‘Standards in South-South Trade and Opportunities for Advancing the Sustainability Agenda’*, Washington DC, 30.Nov.-01 Dec.2011, Nov. 2011, 66 p. Disponible sur : <http://www.tradestandards.org/en/Article.299.aspx>

WILLEMS (S.), ROTH (E.), VAN ROEKEL (J.), “Changing European Public and Private Food Safety and Quality Requirements. Challenges for Developing Country Fresh Produce and Fish Exporters”, European Union Buyers Survey, *Agriculture and Rural Development Discussion Paper*, The World Bank, 2004, 52 p. Disponible sur : http://siteresources.worldbank.org/INTARD/Resources/EU_Paper_final.pdf (26.09.2012)

WILLKE (H.), « Diriger la société par le droit ? », in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 189-214.

WILLKE (H.), « Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes relationnels », in MORAND (CH.-A.) (Dir.), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, Paris, 1991, 252 p., pp. 65-94.

WILSON (J.S.), MANN (C.L.), OTSUKI (T.), „Trade Facilitation and Economic Development. Measuring the Impacts”, *Policy Research Working Paper 2988*, The World Bank, 2003, 43 p.

http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/04/11/000094946_03040104075221/Rendered/PDF/multi0page.pdf (26.09.2012)

WOLFF (CH.) et SCANNELL (M.), « Conséquences de la mise en œuvre des normes privées dans le commerce international des animaux et des produits d'origine animale », *Document publié à l'occasion de la 76^e session générale de l'OIE*, 76 SG/10, 2008, 12 p.

Disponible sur :

http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/normes_20priv_C3_A9es_fr.pdf (26.09.2012)

WOLFRUM (R.), “State Responsibility for Private Actors: an Old Problem of Renewed Relevance”, in RAGAZZI (M.) (Ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, pp. 423-434.

WOOLCOCK (S.), “Conclusions” in SAMPSON (G.), WOOLCOCK (S.), (eds.), *Regionalism, Multilateralism and Economic Integration*, United Nations University Press, 2003, 364 p., pp. 314-339.

WOUTERS (J.), GERAETS (D.), “Private Food Standards and the World Trade Organization: Some Legal Considerations”, Working Paper n° 82, March 2012, Leuven Centre for Global Governance Studies, 13 p. Disponible sur:

http://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp81-90/wp82.pdf (25.09.2012)

ZHANG (R.), “Can Regional Economic Integration be Reconciled with Environmental Protection in Developing Countries”? in KISS (A.), SHELTON (D.), ISHIBASHI (K.) (eds.), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003, 344 p., pp. 105-121.

ZHAO (Y.), “Overcoming ‘Green Barriers’: China’s First Five Years into the WTO”, *Journal of World Trade*, 2007/3, pp. 535-558.

ZOLLER (E.), « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l’Etat », *Archives de philosophie du droit*, t. 49, 2005, pp. 109-122.

IV. Documents et publications d’organismes internationaux

A. Commission du Codex Alimentarius

CAC, Programme mixte FAO/OMS sur les normes alimentaires, « Rapport », Trente-quatrième session, juillet 2011, REP11/CAC, 113 p. (spéc. p. 30s.).

B. Commission européenne

COMMISSION EUROPÉENNE, “Private Standards – Questionnaire related to JOB (08)/58 – Identifying Practical Actions for the SPS Committee”, *EC response*, D/430465, 22 July 2008.

COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur la qualité des produits agricoles*, publié le 15 octobre 2008, 24 p. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0641:fr:NOT> (26.09.2012)

C. Organisation des Nations Unies pour l’alimentation et l’agriculture

FAO, “Food Safety Certification”, 2006, 63 p. Disponible sur : <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/008/ag067e/ag067e00.pdf> (27.09.2012)

FAO, “Private Standards in the United States and European Union Markets for Fruit and Vegetables. Implications for Developing Countries”, *FAO Commodity Studies N°3*, 2007, 150 p. Disponible sur :

<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/010/a1245e/a1245e00.pdf> (27.09.2012)

FAO, OIE, World Bank, WHO, WTO, “Operating Rules of the Standards and Trade Development Facility”, STDF 139 rev.2, 48 p.

FAO, OIE, World Bank, WHO, WTO, “Operating Plan 2008-2009”, Standards and Trade Development Facility, STDF 198Rev.2, 14 p.

FAO, “Draft Report on a Global Survey on Private Standards, Codes of Conduct and Guidelines in the Livestock Sector”, Working Document, Animal Protection and Health Division, 2010, 24 p. Disponible sur :

http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/livestockgov/documents/Microsoft%20Word%20-%20FAO%20survey%20on%20Private%20voluntary%20standards.pdf

(27.09.2012)

FAO, “Private Standards and Certification in Fisheries and Aquaculture. Current Practice and Emerging Issues”, *FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper n° 553*, Rome, 2011, 181 p. Disponible sur :

<http://www.fao.org/docrep/013/i1948e/i1948e.pdf> (27.09.2012)

D. Deutsche Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ)

GIZ, “Harmonisation and Mutual Recognition of Regulations and Standards for Food Safety and Quality in Regional Economic Communities. The case of the East African Community (EAC) and the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA)”, 2012, 114 p. Disponible sur : <http://www.giz.de/Themen/en/SID-0D953E41-7B1FBA27/dokumente/giz2012-Food-safety-and-quality-standards-and-regulations.pdf> (27.09.2012)

E. International Centre for Trade and Sustainable Development

ICTSD, “SPS CTTE Considers Private Sector Standards”, *Bridges Weekly Trade News Digest*, vol. 9/24, 6th July 2005, pp. 4-5. Disponible sur :

<http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/6158/> (27.09.2012)

ICTSD, “Developing Countries Concerned About Private Sector Standards”, *Bridges Trade BioRes*, vol. 6/18, 20th October 2006, pp. 5-6. Disponible sur :

<http://ictsd.org/i/news/biores/60562/> (27.09.2012)

ICTSD, “Debate on Private Sector Standards Continues in SPS Committee”, *Bridges Trade BioRes*, vol. 7/13, 6th July 2007, pp. 6-7. Disponible sur :

<http://ictsd.org/i/news/biores/9123/> (27.09.2012)

ICTSD, “WTO: Work on Voluntary Standards to Continue”, *Bridges Trade BioRes*, vol. 7/19, 2nd November 2007, pp. 3-4. Disponible sur :

<http://ictsd.org/i/news/biores/9143/> (26.09.2012)

ICTSD, “SPS Committee Continues Private Standards Debate”, *Bridges Weekly Trade News Digest*, vol. 13/8, 4th March 2009, p. 12. Disponible sur :

<http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/42240/> (27.09.2012)

ICTSD, “Mixed Victory for Mexico as WTO Rules on ‘Dolphin Safe’ Labelling”, *Bridges Trade BioRes*, vol. 11/16, pp. 1-2. Disponible sur :

<http://ictsd.org/downloads/biores/biores11-16.pdf> (27.09.2012)

ICTSD, “Panel Rules US ‘Dolphin Safe’ Label Too Trade Restrictive”, *Bridges Weekly Trade News Digest*, vol. 15/31, 21st September 2011, pp. 3-5. Disponible sur :

<http://ictsd.org/downloads/bridgesweekly/bridgesweekly15-31.pdf> (27.09.2012)

ICTSD, “US, Mexico Appeal Dolphin-Safe Labelling WTO Dispute”, *Dispute Settlement and Understanding Programme*, Vol. 12/1, 23rd January 2012, 2 p.

Disponible sur : <http://ictsd.org/i/news/biores/123453/> (27.09.2012)

ICTSD, “Trans-Atlantic Deal on Organic Certification to Boost Trade: Officials”, *Bridges Trade BioRes*, vol. 12/4, 29th February 2012. Disponible sur :

<http://ictsd.org/i/news/biores/126824/> (27.09.2012)

ICTSD, “Disputes Roundup: Public Health Cases Move Forward at WTO”, *Dispute Settlement and Understanding Programme*, Vol.16/14, 11th April 2012, 3 p.

Disponible sur : <http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/130791/> (27.09.2012)

ICTSD, “WTO Appellate Body Confirms US Country of Origin Label Illegal”, *Dispute Settlement and Understanding Programme*, Vol. 16/26, 4th July 2012, 3 p.

Disponible sur : <http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/137566/> (27.09.2012)

F. Organisation internationale de normalisation

ISO, “Manuel ISONET”, Genève, 2e édition, 1998, 126. Disponible sur :

<http://www.wssn.net/WSSN/RefDocs/man98f.pdf> (27.09.2012)

ISO, “ISONET Guide”, Genève, 4^{ème} édition 2002, 51 p. Disponible sur :

http://www.wssn.net/WSSN/RefDocs/ISONET_Guide_2002.pdf (27.09.2012)

ISO, “International Standards and Private Standards”, Geneva, 2010, 12 p. Disponible

sur : http://www.iso.org/iso/private_standards.pdf (27.09.2012)

G. International Trade Center

ITC, « Les entreprises et les négociations de l’OMC sur la facilitation des échanges », article technique, 2005, 75 p.

ITC, “The Impacts of Private Standards on Global Value Chains”, Technical Paper, *Literature Review Series on the Impacts of Private Standards – Part I*, February

2011, 42 p. Disponible sur :

http://www.standardsmap.org/uploadedFiles/Common/Content/standards_Map/publications/New%20Standards%20Impact%20Value%20Chain%20final%2015June_v2.pdf

(27.09.2012)

ITC, *Rapport annuel 2011*, ITC/AG(XLVI)/243, Genève, avril 2012, 95 p. Disponible sur :

<http://www.intracen.org/uploadedFiles/ANNUAL%20REPORT%202011%20FRENC H%20for%20web.pdf> (27.09.2012)

ITC (INTERNATIONAL TRADE CENTER), “The Impacts of Private Standards on Producers in Developing Countries”, Technical Paper, *Literature Review Series on the Impacts of Private Standards – Part II*, July 2011, 39 p. Disponible sur :

http://www.standardsmap.org/uploadedFiles/Common/Content/standards_Map/publications/ITC_Standards%20Impacts%20on%20Producer%20Level_v2.pdf (27.09.2012)

ITC (INTERNATIONAL TRADE CENTER), “The Interplay of Public and Private Standards”, Technical Paper, *Literature Review Series on the Impacts of Private Standards – Part III*, March 2012, 52 p. Disponible sur :

<http://www.standardsmap.org/Literature-Review-Part-III/> (27.09.2012)

H. International Task Force on Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture

ITF, “Cooperation in Conformity Assessment for Certification Decisions and Import Approvals – DRAFT”, October 2007, 16 p.

ITF, “Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture”, Vol. 4, Background Papers of the International Task Force on Harmonization and Equivalence in Organic Agriculture, 2008, 254 p.

ITF, “Summary Report 2003-2008”, September 2008, 21 p. Disponible sur :

http://r0.unctad.org/trade_env/itf-organic/meetings/itf8/ITF_Summary_Report_081216db_%20final.pdf (27.09.2012)

I. Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE)

OCDE, “Eco-Labeling Actual Effects of Selected Programmes”, OCDE/GD(97)105, Paris, 1997, 81 p. Disponible sur :

[http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=ocde/gd\(97\)105](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=ocde/gd(97)105) (27.09.2012)

OCDE, « Réforme de la réglementation et normalisation internationale », TD/TC/WP(98)36/FINAL, Groupe de travail du Comité des échanges, 1999, 44 p. Disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/echanges/beneficesdelaliberalisationdesechanges/1955317.pdf> (27.09.2012)

OCDE, “Domestic Regulation in a Multilateral Context: A Right, an Obligation, a Necessity?”, *Submission by Civil Society Organizations*, Fourth Informal Consultation Between the OECD Trade Committee and Civil Society Organisations, TD/TC/CSO/RD(2002)11, Paris, 28 octobre 2002, 3 p. Disponible sur : [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TD/TC/CSO/RD\(2002\)11&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TD/TC/CSO/RD(2002)11&docLanguage=En) (27.09.2012)

OCDE, « Interactions entre normes publiques et normes privées dans la filière alimentaire », Direction de l'alimentation, de l'agriculture et des pêcheries, Comité de l'agriculture, Groupe de travail des politiques et marchés agricoles, AGR/CA/APM(2006)21/FINAL, 12 février 2009, 43 p. Disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/tad/echangesagricoles/45013521.pdf> (27.09.2012)

OCDE, “Aid-for-Trade Case Story: The East African Products Standard”, *Submission by the United Nations Environmental Programme*, 30 p. Disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/11/62/47719232.pdf> (27.09.2012)

OCDE, “Aid-for-Trade Case Study: UNCTAD. International Partnership for Sustainable Development: Promoting Production and Trade of Organic Agricultural Products in East Africa”, 6 p. Disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/11/36/47718557.pdf> (27.09.2012)

J. Organisation mondiale de la santé animale

OIE, « Implication des normes privées dans le commerce international des animaux et des produits d'origine animale », Résolution N° XXXII, 29 mai 2008, 2 p. Disponible sur :

http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/fr_resolution_20n_C2_B0_20XXXII_2008.pdf (27.09.2012)

OIE, « Groupe ad hoc sur les normes privées et le commerce international des animaux et des produits qui en sont issus », juin 2009, 22 p. Disponible sur :

<http://www.oie.int/doc/ged/D6503.PDF> (27.09.2012)

OIE, « Rapport final – Questionnaire de l’OIE sur les normes privées », *Note de synthèse*, 2010, 3 p. Disponible sur :

http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/fr_note_20de_20synth_C3_A8se.pdf (27.09.2012)

OIE, « Rôles des normes publiques et privées en santé animale et en bien-être animal », Projet de résolution n° 26, 78 SG/RF, mai 2010, 2 p. Disponible sur :

http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/FR_ESO_2010_PS.pdf (27.09.2012)

OIE, « Rapport de la réunion sur les normes privées », 10 septembre 2010, 10 p. Disponible sur :

http://www.oie.int/fileadmin/Home/fr/Internationa_Standard_Setting/docs/pdf/FR-Private_standards_Sept_2010.pdf (27.09.2012)

K. Organization of American States

OAS, “Trade Facilitation, Labeling and Certification for Agriculture and Forests”, Prepared by the OAS Office for Sustainable Development and Environment for the OAS-IICA Experts’ Workshop on Sustainable Agriculture, Forestry and Tourism, San Jose, California, November 2nd 2005, 6 p. Disponible sur :

<http://www.oas.org/dsd/MinisterialMeeting/Documents/Theme3/Tradefacilitation.pdf> (08.10.2012)

L. Organisation mondiale du commerce

1. Déclaration ministérielle

OMC, Déclaration ministérielle de Doha, 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1.

2. Communiqués

OMC, « Les normes privées présentent à la fois des avantages et des inconvénients, constate le Comité », 28 février et 1^{er} mars 2007. Disponible sur :

http://www.wto.org/french/news_f/news07_f/sps_28feb_1march07_f.htm

(27.09.2012)

OMC, « Réunion d'information informelle conjointe CNUCED/OMC sur les normes privées », Evènements, 25 juin 2007. Disponible sur :

http://www.wto.org/french/tratop_f/sps_f/private_standards_june07_f/private_standards_june07_f.htm (27.09.2012)

OMC, « Les travaux sur les normes privées en matière de sécurité sanitaire des produits alimentaires et de santé abordent une nouvelle phase », 25 et 26 février 2009.

Disponible sur : http://www.wto.org/french/news_f/news09_f/sps_25feb09_f.htm

(25.09.2012)

OMC, « Premières mesures vers des normes privées en matière de sécurité sanitaire des produits alimentaires, de santé des animaux et de protection des végétaux », 30 et 31 mars 2011. Disponible sur :

http://www.wto.org/french/news_f/news11_f/sps_30mar11_f.htm (27.09.2012)

OMC, « Le recours accru aux mesures réglementaires pose de nouveaux défis à l'OMC », Communiqué de presse, 16 juillet 2012. Disponible sur :

http://www.wto.org/french/news_f/pres12_f/pr667_f.htm (27.09.2012)

3. Comité OTC

OMC, Comité OTC, « Historique des négociations sur le champ d'application de l'accord sur les obstacles techniques au commerce du point de vue des prescriptions en matière d'étiquetage, des normes dont le respect est volontaire et des procédés et méthodes de production ne se rapportant pas aux caractéristiques des produits », *Note du Secrétariat*, G/TBT/W/11, 1995.

OMC, Comité OTC, « Deuxième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce », Annexe 4, *Décision du Comité sur les principes devant régir l'élaboration de normes, guides et recommandations internationaux en rapport avec les articles 2 et 5 et l'Annexe 3 de l'Accord*, G/TBT/9, 13 novembre 2000.

4. Comité SPS

OMC, Comité SPS, *Examen du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord SPS*, G/SPS/36, Juillet 2005.

OMC, Comité SPS, « Les normes privées et l'Accord SPS », Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/746, 24 janvier 2007.

OMC, Comité SPS, « Communication de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) à la réunion du Comité SPS – 28 février et 1^{er} mars 2007 », G/SPS/GEN/750, 16 février 2007.

OMC, Comité SPS, « Typologie des normes mondiales », Communication présentée par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), G/SPS/GEN/760, 26 février 2007.

OMC, Comité SPS, « Les normes du secteur privé et les exportations de fruits et légumes frais des pays en développement », Communication de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), G/SPS/GEN/761, 26 février 2007.

OMC, Comité SPS, « Normes volontaires privées et accès aux marchés des pays en développement : résultats préliminaires », Communication de l'OCDE, G/SPS/GEN/763, 27 février 2007.

OMC, Comité SPS, « Rapport présenté par le Commonwealth des Bahamas au Comité SPS de l'OMC sur les normes privées et l'Accord SPS : l'expérience des Bahamas », Communication des Bahamas, G/SPS/GEN/764, 28 février 2007.

OMC, Comité SPS, « Normes industrielles privées », Communication de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, G/SPS/GEN/766, 28 février 2007.

OMC, Comité SPS, « Les normes privées et commerciales » Communication faite par l'Équateur lors de la réunion des 27 et 28 juin 2007, G/SPS/GEN/792, 5 juillet 2007.

OMC, Comité SPS, « Les normes volontaires privées dans le cadre de l'OMC », Communication du Royaume-Uni, G/SPS/GEN/802, 9 octobre 2007.

OMC, Comité SPS, « Considérations relatives aux normes privées en matière de santé animale, de sécurité sanitaire des aliments et de bien-être des animaux », Communication de l'Organisation mondiale de la santé animale (OIE), G/SPS/GEN/822, 25 février 2008.

OMC, Comité SPS, « Normes privées », Déclaration de l'Uruguay à la réunion des 2 et 3 avril 2008, G/SPS/GEN/843, 21 mai 2008.

OMC, Comité SPS, « Mandat du Groupe de travail sur les normes privées », Proposition présentée par l'Uruguay, G/SPS/W/225, 18 juin 2008.

OMC, Comité SPS, “Report of the STDF Information Session on Private Standards”, Note by the Secretariat, G/SPS/R/50, 26 June 2008.

OMC, Comité SPS, “Private Standards – Identifying Practical Measures for the SPS Committee”, JOB(08)/58, 3 July 2008.

OMC, Comité SPS, « Documents et autres renseignements concernant les normes privées », Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/865, 11 juillet 2008.

OMC, Comité SPS, « Rapport de la séance d'information sur les normes privées organisée par le FANDC (26 juin 2008) », Note du Secrétariat, G/SPS/R/50, 24 juillet 2008.

OMC, Comité SPS, « Normes privées – identification de mesures concrètes à prendre par le Comité SPS – Résumé des réponses », Note du Secrétariat, G/SPS/W/230, 25 Septembre 2008.

OMC, Comité SPS, “Private standards and practical actions for the SPS Committee - Compilations of responses to the questionnaire”, JOB(08)/97, 25 September 2008.

OMC, Comité SPS, « Questionnaire sur les normes privées liées aux mesures SPS », Note du Secrétariat, G/SPS/W/232, 8 décembre 2008.

OMC, Comité SPS, « Recherche et chercheurs dans le domaine des normes privées », Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/891, 8 décembre 2008.

OMC, Comité SPS, « Normes privées et commerciales », Déclaration faite à la réunion des 25 et 26 février 2009, Belize, G/SPS/GEN/911, 16 mars 2009.

OMC, Comité SPS, « Troisième examen de l’Accord SPS de l’OMC », Proposition présentée par l’Inde, G/SPS/W/236, 17 avril 2009.

OMC, Comité SPS, « Effets des normes privées liées aux mesures SPS – Rapport descriptif », Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/932, 15 juin 2009.

OMC, Comité SPS, « Troisième examen de l’Accord SPS – Lignes directrices relatives à la mise en œuvre de l’article 13 de l’Accord SPS », Communication présentée par le MERCOSUR, (Argentine, Brésil, Paraguay, Uruguay), G/SPS/W/245, 15 septembre 2009.

OMC, Comité SPS, « Cadre juridique de l’OMC pour les normes privées », Communication du MERCOSUR (Argentine, Brésil, Paraguay, Uruguay), G/SPS/W/246, 30 septembre 2009.

OMC, Comité SPS, « Les normes volontaires », Communication de la Suisse, G/SPS/GEN/967, 20 octobre 2009.

OMC, Comité SPS, « Actions possibles du Comité SPS en ce qui concerne les normes SPS privées », Note du Secrétariat, G/SPS/W/247, 20 octobre 2009.

OMC, Comité SPS, « Effets des normes privées liées aux mesures SPS – Compilation des réponses », Note du Secrétariat – Révision, G/SPS/GEN/932/Rev.1, 10 décembre 2009.

OMC, Comité SPS, « Normes privées », Déclaration du MERCOSUR (Argentine, Brésil, Paraguay, Uruguay), G/SPS/W/249, 23 décembre 2009.

OMC, Comité SPS, « Examen du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord SPS », Projet de rapport du Comité, G/SPS/W/237/Rev.2, 1^{er} mars 2010 (spécialement pp. 25-28).

OMC, Comité SPS, « Actions possibles du Comité SPS en ce qui concerne les normes SPS privées », Note du Secrétariat – Révision, G/SPS/GEN/247/Rev.1, 5 mars 2010.

OMC, Comité SPS, « Actions possibles du Comité SPS en ce qui concerne les normes SPS privées », Note du Secrétariat – Révision, G/SPS/GEN/247/Rev.2, 15 juin 2010.

OMC, Comité SPS, « Actions possibles du Comité SPS en ce qui concerne les normes privées liées aux mesures SPS », Note du Secrétariat – Révision, G/SPS/W/247/Rev.3, 11 octobre 2010.

OMC, Comité SPS, « Rapport du Groupe de travail spécial des normes SPS privées au Comité SPS », G/SPS/W/256, 3 mars 2011.

OMC, Comité SPS, « Actions relatives aux normes SPS privées », Décision du Comité, G/SPS/55, 6 avril 2011.

OMC, Comité SPS, « Propositions de révision de l'action numéro six du rapport du Groupe de travail spécial des normes SPS privées au Comité SPS (G/SPS/W/256) », G/SPS/W/261, 20 juin 2011.

OMC, Comité SPS, « Proposition de définition pratique des normes privées liées aux mesures SPS », Note du Secrétariat, G/SPS/W/265, 6 mars 2012.

OMC, Comité SPS, « Proposition de définition pratique des normes privées liées aux mesures SPS », Note du Secrétariat – Révision, G/SPS/W/265/Rev.1, 26 juin 2012.

5. Autres documents

OMC, “Joint UNCTAD/WTO Informal Information Session on Private Standards”, Revision, JOB(07)/89/rev.1, 15 June 2007.

6. Rapport sur le commerce mondial

OMC, « Analyse des liens entre le commerce, les normes commerciales et l’OMC », *Rapport sur le commerce mondial 2005*, Genève, 2005, 363 p.

OMC, « Commerce et politiques publiques : gros plan sur les mesures non tarifaires au XXI^e siècle », *Rapport sur le commerce mondial 2012*, Genève, 2012, 248 p.

M. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

UNCTAD, “Proliferation of new-generation Regional Trade Agreements”. Disponible sur : <http://archive.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4194&lang=1> (27.09.2012)

UNCTAD, “Agreed Recommendations for the UNCTAD Secretariat”, TD/B/COM.1/L.26, Trade and Development Board, 7 février 2003.

UNCTAD CTF, “Report of the Workshop”, *Workshop on Environmental Requirements and Market Access for Developing Countries: How to Turn Challenges into Opportunities?*, Wrap-up workshop of the UK-DFID-funded UNCTAD Project "Building Capacity for Improved Policy Making and Negotiation on Key Trade and Environment Issues" and 2006 Annual Session of UNCTAD's Consultative Task Force on Environmental Requirements and Market Access for Developing Countries, Geneva 3-4 July 2006, 38 p.

UNCTAD, “Challenges and Opportunities Arising from Private Standards on Food Safety and Environment for Exporters of Fresh Fruit and Vegetables in Asia: Experiences of Malaysia, Thailand and Viet Nam”, 01/01/08, UNCTAD/DITC/TED/2007/6, 114 p.

UNCTAD, « Rapport de la réunion d’experts pluriannuelle sur la coopération internationale: coopération Sud-Sud et intégration régionale, sur sa deuxième Session », TD/B/C.II/MEM.2/6, 18 janvier 2010.

UNCTAD, *Economic Development in Africa Report 2010 – South-South Cooperation: Africa and the New Forms of Development Partnership*, UNCTAD/ALDC/AFRICA/2010, 2010, 116 p. Disponible sur : http://unctad.org/en/docs/aldcafrica2010_en.pdf (27.09.2012).

N. Programme des Nations Unies pour l’environnement

UNEP, ARSCP (African Roundtable on Sustainable Consumption and Production), “Ecolabelling As a Potential Marketing Tool for African Products (An Overview of Opportunities and Challenges)”, Nairobi, 2007, 36 p. Disponible sur : <http://www.unep.org/roa/docs/pdf/Eco-labelling-Brochure.pdf> (27.09.2012)

UNEP-UNCTAD CBTF, “Organic Agriculture and Food Security in Africa”, Geneva, 2008, 60 p. Disponible sur: http://www.unep.ch/etb/publications/insideCBTF_OA_2008.pdf (08.10.2012)

UNEP, ITC, ICTSD, “Trade and Environment Briefings: Sustainability Standards for Consumer Goods”, *Policy Brief 8*, June 2012, 4 p. Disponible sur : <http://ictsd.org/downloads/2012/06/sustainability-standards-for-consumer-goods1.pdf> (27.09.2012)

UNEP, ITC, ICTSD, “Green Economy and Trade Opportunities. Fisheries”, DRAFT, 15 June 2012, 9 p. Disponible sur : http://ictsd.org/downloads/2012/06/fisheries-get-formatted_v2.pdf (27.09.2012)

UNEP, ITC, ICTSD, “Green Economy and Trade Opportunities. Manufacturing”, DRAFT, 15 June 2012, 10 p. Disponible sur :

http://ictsd.org/downloads/2012/06/manufacturing-get-formatted_v3.pdf (27.09.2012)

UNEP, ITC, ICTSD, “Green Economy and Trade Opportunities. Executive Summary”, DRAFT, 18 June 2012, 8 p. Disponible sur :

http://ictsd.org/downloads/2012/06/executive-summary-green-economy-and-trade-opportunities_v5_web.pdf (27.09.2012)

O. Organisation des Nations Unies pour le Développement industriel

UNIDO, « Accréditation – Certification – Normalisation-Métrologie – Promotion de la qualité. Contribution à l'étude du droit lié à la qualité dans l'espace UEMOA », UNIDO, Vienne 2005, 62 p.

UNIDO, “First Expert Group Meeting on Private Standards, Vienna, 8-9 May 2008. Meeting Report”, 2008, 12 p. Disponible sur :

http://www.unido.org/fileadmin/media/documents/pdf/TCB/UNIDO_EGM_Report.pdf (27.09.2012)

UNIDO, “Making Private Standards Work for You. A Guide to Private Standards in the Garments, Footwear and Furniture sectors”, Vienna, 2010, 74 p. Disponible sur :

http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Uploads/Documents/UNIDO_%20Guidelines_web.pdf (27.09.2012)

P. Banque mondiale

WORLD BANK, “Standards and Global Trade: A Voice for Africa”, Washington, 2003, 54 p. Disponible sur :

http://www.unido.org/fileadmin/import/12960_WorldBank_StandardsGlobalTrade_voiceForAfrica.pdf (27.09.2012)

WORLD BANK, “Food Safety and Agricultural Health Standards: Challenges and Opportunities for Developing Country Exports”, *Report N° 31207*, Poverty Reduction

and Economic Management Trade Unit and Agriculture and Rural Development Department, January 10, 2005, 142 p. Disponible sur :

http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/Topics/Standards/standards_challenges_synthesisreport.pdf (27.09.2012)

WORLD BANK, “Agriculture for Development”, *World Development Report 2008*, The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2007, 365 p. Disponible sur :

http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2008/Resources/WDR_00_book.pdf (27.09.2012)

V. Documents d’organismes normalisateurs privés

GFSI, “Accreditation Standards: Review and Decision from the GFSI Board”, 2nd November 2009, 2 p.

GFSI, “Guidance Document”, Sixth Edition, January 2011, 138 p.

GFSI, “Enhancing Food Safety Through Third Party Certification”, March 2011, 28 p.

GlobalGAP, « Modalités Générales – Système raisonné de culture et d’élevage », Version 3.1 novembre 2009, 41 p.

IFOAM, “Development of a Regional Organic Agriculture Standard” in East Africa 2005-2007”, *Launching the East African Organic Standard and Mark*, Dar-Es-Salam, Tanzania, 28 May-1st June 2007, 28 p.

IFOAM, “Organic Guarantee System (OGS) 2010 Revision”, Electronic Membership Vote, 18th July 2010, 9 p.

IFOAM, “Regional Cooperation for Organic Standards and Certification Capacity in East Africa – OSEA Phase II November 2010 to December 2013”, Public Information March 2011, 13 p.

ISEAL, “Setting Social and Environmental Standards v5.0 – ISEAL Code of Good Practice”, June 2010, 16 p. Voir aussi Annexe 4.

ISEAL, “Assessing the Impacts of Social and Environmental Standards Systems v1.0 – ISEAL Impacts Code of Good Practice”, November 2010, 23 p.

ISEAL, “Code of Good Practice for Assuring Conformance with Social and Environmental Standards – DRAFT for approval”, September 2012, 38 p.

VI. Jurisprudence

A. Organe de règlement des différends de l’OMC

CE – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones)*, Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 1998.

Australie – *Mesures visant les importations de saumon*, Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS18/AB/R, 1998.

Etats-Unis – *Prohibition à l’importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette*, Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS58/AB/R, 2001.

CE – *Mesures affectant l’amiante et les produits en contenant*, Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS135/AB/R, 2001.

Etats-Unis – *Réexamen à l’extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon (Etats-Unis – Acier au carbone)*, Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS244/AB/R, 2003.

CE – *Mesures affectant l’approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (CE – Biotech)*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 2006.

Etats-Unis – *Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS381/R, 2011 et Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS381/AB/R, 2012.

B. Groupes spéciaux du GATT

Italie — *Mesures discriminatoires appliquées à l'importation de machines agricoles* (BISD 7S/60), 1958.

Canada – *Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger*, BISD 30S/140, 1984.

Etats-Unis – *Restrictions à l'importation de thon* (affaire « Thon I »), BISD/39S/155, DS21/R, 1991.

Etats-Unis – *Taxes sur les automobiles*, DS31/R, 1994.

C. Autres juridictions

CIJ (Cour internationale de justice), *Affaire Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond*, CIJ Recueil 1986, p. 14.

TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), *Affaire IT-94-1, Le procureur c. Tadić* (1999), I.L.R., vol. 38, p. 1518.

Table des annexes

ANNEXE 1. CLASSIFICATIONS POSSIBLES DES NORMES PRIVEES

1. *Classifications établies sur la base de celle adoptée par l'OMC*

OMC, Comité SPS, « Les normes privées et l'Accord SPS », Note du Secrétariat, G/SPS/GEN/746, 24 janvier 2007, p. 2.

Tableau 1. Exemples de normes privées

Systèmes propres à des entreprises	Systèmes collectifs nationaux	Systèmes collectifs internationaux
Nature's Choice de Tesco Filière Qualité de Carrefour	Assured Food Standards British Retail Consortium Global Standard - Food QS Qualitat Sicherheit Label Rouge Food and Drink Federation/British Retail Consortium Technical Standard for the Supply of Identity Preserved Non-Genetically Modified Food Ingredients and Product	EurepGAP International Food Standard Global Food Safety Initiative (Initiative mondiale sur la sécurité des aliments) ISO 22000: Systèmes de management de la sécurité des denrées alimentaires Safe Quality Food (SQF) 1000 et 2000 ISO 22005: Traçabilité dans la chaîne alimentaire

S. HENSON, J. HUMPHREY, « Les impacts de normes privées de sécurité sanitaire des aliments sur la chaîne alimentaire et les processus publics de normalisation », FAO/OMS, mai 2009, 56 p, p. 4.

Figure 1: Exemples de normes privées dans les chaînes agroalimentaires

Normes d'entreprises individuelles	Normes collectives nationales	Normes collectives internationales
<ul style="list-style-type: none"> • Nature's Choice (Tesco) • Filières Qualité (Carrefour) – version appliquée dans de nombreux pays • Field-to-Fork (Marks & Spencer) • Filière Contrôlée (Auchan) – version appliquée dans de nombreux pays • P.Q.C. (Percorso Qualità Conad) • Albert Heijn BV: AH Excellent 	<ul style="list-style-type: none"> • Assured Food Standards (UK) • British Retail Consortium Global Standard • Freedom Food (UK) • Qualitat Sicherheit (QS) • Assured Combinable Crops Scheme (UK) • Farm Assured British Beef and Lamb • Sachsens Ahrenwort • Sachsen Qualitatsslammfleisch • QC Emilia Romagna • Stichting Streekproduction Vlaams Brabant 	<ul style="list-style-type: none"> • GlobalGAP • International Food Standard • Safe Quality Food (SQF) 1000/ 2000 • Marine Stewardship Council (MSC) • Forest Stewardship Council (FSC)

Source: d'après OMC (2007a), avec certains exemples tirés d'Aragrande *et al.* (2005)

A. KUDRYAVTSEV, "Private Standardization and International Trade in Goods: Any WTO Law Implications for Domestic Regulation?", Society of International Economic Law, Third Biennial Global Conference July 12-14 2012, Online Proceedings, Working Paper n° 12/02, 28 p., pp. 9-10.

Figure 1: Classification and examples of private-sector standards based on types of standard-setting entities.

Individual Company Private-Sector Standards	Collective Private-Sector Standards		
	National	Regional	International
<input type="checkbox"/> Ahold's labeling schemes and standards for food safety; <input type="checkbox"/> Aldi consumer quality insurance; <input type="checkbox"/> Tesco Natures	<input type="checkbox"/> Assured Food Standards (UK); <input type="checkbox"/> British Retail Consortium Global Standard; <input type="checkbox"/> Freedom Food (UK);	<input type="checkbox"/> EUREPGAP (predecessor of GLOBALGAP); <input type="checkbox"/> Nordic Swan; <input type="checkbox"/> RugMark - 'Goodweave' labeling (North	<input type="checkbox"/> GLOBALGAP; <input type="checkbox"/> International Food Standard (IFS); <input type="checkbox"/> Safe Quality Food (SQF) 1000/ 2000; <input type="checkbox"/> Fairtrade Labeling Organizations (FLO);

Choice; <input type="checkbox"/> Marks & Spencer 'Air Freighted' labeling <input type="checkbox"/> Carrefour Filières Qualité; <input type="checkbox"/> Starbucks C.A.F.E. Practices; <input type="checkbox"/> Auchan Filière Controllée; <input type="checkbox"/> P.Q.C. (Percorso Qualità Conad).	<input type="checkbox"/> Qualitat Sicherheit (QS); <input type="checkbox"/> Assured Combinable Crops Scheme (UK); <input type="checkbox"/> Farm Assured British Beef and Lamb; <input type="checkbox"/> CCF - Choose Cruelty Free - (Australia) <input type="checkbox"/> Sachsens Ahrenwort; <input type="checkbox"/> Sachsen Qualitatsslammfleisch; <input type="checkbox"/> QC Emilia Romagna	America); <input type="checkbox"/> SFI - Sustainable Forest Initiative (North America).	<input type="checkbox"/> Marine Stewardship Council (MSC); <input type="checkbox"/> Forest Stewardship Council (FSC); <input type="checkbox"/> Programme for the Endorsement of Forest Certification (PEFC); <input type="checkbox"/> Rainforest Alliance
---	---	---	---

2. Autres classifications

Classification des normes alimentaires par G. SMITH, « Interactions entre normes publiques et privées dans la filière alimentaire », Editions OCDE, 2010, 43 p., p. 14.

Tableau 1. Classification des normes alimentaires

Dimension	Classification
Buts	<i>Qualité</i> : Règlements qui fournissent la différenciation de produits lorsqu'ils sont bruts ou lorsqu'ils sont transformés, non directement liés à la santé et à la sécurité alimentaire
Caractéristiques	<i>Caractéristiques de produit brut</i> : Règlements qui visent les aspects matériels de l'aliment. <i>Caractéristiques de transformation</i> : règlements qui visent à définir les étapes par lesquelles un produit alimentaire est produit, traité ou distribué
Ampleur	<i>Verticale</i> : Règlements spécifiques à un produit unique, voire étroitement lié, dans une ou plusieurs étapes de la chaîne de commercialisation <i>Horizontale</i> : Règlements appliqués entre des produits non nécessairement très liés
Etendue	<i>Uniforme</i> : Règlements qui s'appliquent également aux produits d'origine domestique et étrangère <i>Spécifique</i> : Règlements qui s'appliquent seulement aux produits importés, souvent seulement de certaines origines

Source : d'après Josling, T., Roberts, D., et Orden, D., (2004), Food Regulation and Trade Towards a Safe and Open Global System, Institute of International Economics, Washington, DC, p. 18.

ANNEXE 2. COMPARAISON ENTRE NORMES PUBLIQUES ET NORMES PRIVEES

Classification des normes alimentaires par G. SMITH, « Interactions entre normes publiques et privées dans la filière alimentaire », Editions OCDE, 2010, 43 p., p. 16.

Encadré 2. Tableau 1. Comparaison des normes

Type de norme	Origine	Fonction	Conformité	Contrôle/vérification
Réglementation publique	Mise en œuvre par l'État	Protection du consommateur, prévention des fraudes	Obligatoire	Certification et inspections officielles
Norme publique/privée	Résultat d'un consensus entre représentants publics et privés du secteur	Mécanisme général du type HACCP	Volontaire	Conformité certifiée par première, seconde ou tierce partie
Norme privée	Créée par une entreprise, à usage interne, ou par un groupe de producteurs et reconnue par l'État	Norme élaborée en fonction des dispositions publiques en vigueur ou d'un produit particulier et du procédé de production correspondant	Volontaire	Conformité garantie par des contrôles internes ou certifiée par un organisme indépendant ou un service public
Norme privée propriétaire	Créée par une entreprise de distribution, de restauration ou de production alimentaire pour coordonner et maîtriser les approvisionnements	Régit les relations entre un acheteur et des fournisseurs privés	Volontaire mais entrant généralement dans des relations contractuelles	Conformité assurée par un audit de seconde partie ou par la certification d'un organisme indépendant

Source : Valceschini, E., et Saulis, L. (2005), Articulation entre réglementation, normalisation et référentiels privés dans les industries agroalimentaires. Rapport final, rapport d'une étude financée par le ministère de l'Agriculture et de la Pêche – Direction des Politiques Économique et Internationale (référence MAP 05 D1 05 01).



Plus spécifiquement sur l'étiquetage des aliments, G. SMITH, « Interactions entre normes publiques et privées dans la filière alimentaire », Editions OCDE, 2010, 43 p., p. 15.

Tableau 2. Rôles privés et publics dans l'étiquetage sur la qualité des aliments

Rôle	Régime1	Régime 2	Régime 3	Régime 4
Statut légal:	Volontaire	Volontaire	Obligatoire	Obligatoire
Norme fixée par :	Secteur privé	Gouvernement	Gouvernement	Gouvernement
Caractéristique:	Transformation	Brut	Transformation	Brut
Réalisation:	Adoption de pratique de production	Reformulation produit	Ségrégation et Préservation de l'identité	Reformulation produit
Évaluation de conformité				
Accréditation:	Secteur privé			
Certification:	Secteur privé			
Évaluation:		Secteur privé		Secteur privé
Documentation:			Privé	
Inspection/audit:		Gouvernement	Gouvernement	Gouvernement
Exécution légale:	Privée et Gouvernement	Gouvernement	Gouvernement	Gouvernement
Exemples:	Indications Géographiques	Identités des normes	Pays d'origine étiquettes	Des Étiquette contenu alimentaire

Source : d'après Josling, T., Roberts, D., et Orden, D., (2004), Food Regulation and Trade, *op. cit.*, p. 131.

ANNEXE 3. CODE IWAY (IKEA)

IWAY Standard

Introduction

Guiding principles

At IKEA we recognise that our business has an impact on social and environmental issues, in particular people's working conditions, as well as the environment, both locally and globally.

We also strongly believe that we can do good business while being a good business. This is a pre-condition to our future growth, a growth that will be achieved along with suppliers that share the same vision and ambition.

Our guiding principals when working with these issues are:

What is in the best interest of the child?

What is in the best interest of the worker?

What is in the best interest of the environment?

Through these principles we continue to follow our sustainability direction; "the IKEA business shall have an overall positive impact on people and the environment".

The fundamentals

The IKEA Way on Purchasing Products, Materials and Services (IWAY) is the IKEA supplier Code of Conduct. It comprises the IKEA minimum requirements relating to the Environment and Social & Working Conditions (including Child Labour).

IWAY is based on the eight core conventions defined in the Fundamental Principles of Rights at Work, ILO declaration June 1998, the Rio Declaration on Sustainable Development 1992, The UN Johannesburg Summit on Sustainable Development and the Ten Principles of the UN Global Compact 2000.

IKEA recognises the fundamental principles of Human Rights, as defined by the "Universal Declaration of Human Rights" (United Nations 1948) and adheres to UN decisions regarding trade boycotts and embargoes.

Legal compliance and IKEA requirements

The IKEA supplier shall always comply with the most demanding requirements whether they are relevant applicable laws or IKEA IWAY specific requirements.

Should the IKEA requirement be in violation with national laws or regulation, the law shall always be complied with and prevail. In such cases, the supplier shall immediately inform IKEA.

Confidentiality

IWAY and all of its activities are dependent upon co-operation, mutual trust and respect between the supplier and IKEA. All observations, discussions and written information received from the supplier are to be treated confidentially by IKEA, its employees and any third party organisations appointed by IKEA.

Business ethics

The values of trust, integrity and honesty are at the foundation of IWAY and are keys to its sustainable implementation. It is on this basis that we begin the relationships and through continued respect of these values that it will grow.

It is important that all IKEA co-workers and external business partners understand the IKEA position on corruption and its prevention. This has been established in the IKEA Corruption Prevention Policy and The IKEA Rules on Prevention of Corruption and communicated in the IKEA Way of Doing Business and the vendor letter which shall be signed by all business partners.

Definitions

The term "IKEA Supplier" in this document refers to any company, corporation or individual supplying and/or delivering products, components, materials or services to the IKEA Group of companies. This definition is applicable to all IWAY related documents.

The term "Worker" in this document includes own hired workers as well as on-site temporary workers, piece rate workers, contracted workers, trainees and workers on trial or probation.

IWAY Standard - General Section

- 1. Start-up Requirements, IWAY Musts**
 - 2. General Conditions**
 - 3. Environment – Air, Noise, Water and Ground**
 - 4. Chemicals**
 - 5. Hazardous and Non-Hazardous Waste**
 - 6. Fire Prevention**
 - 7. Worker Health & Safety**
 - 8. Housing Facilities**
 - 9. Wages, Benefits and Working Hours**
 - 10. Child Labour**
 - 11. Forced & Bonded Labour**
 - 12. Discrimination**
 - 13. Freedom of Association**
 - 14. Harassment, Abuse and Disciplinary Actions**
- References**

1. Start-up requirements (IWAY Must)

The requirements in this chapter, Chapter 1, must be complied with before signing a business contract. Additional start-up requirements may also be included in specific IWAY sections regarding Forestry etc.

1.1 Prevention of child labour

IKEA does not accept child labour. All measures to prevent child labour shall be implemented taking into account the best interests of the child.

IKEA suppliers shall not make use of child labour and take the appropriate measures to ensure that no child labour occurs at their own place of production or operations or at their sub-contractors' place(s) of production or operations.

The IKEA supplier shall abide by the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989), and comply with all relevant national and international laws, regulations and provisions applicable in their country of production or operations.

The IKEA supplier shall obtain documentation to legally prove the date of birth for all their workers.

A Labour force register carrying all such records shall be maintained by the IKEA supplier.

All IKEA suppliers are obliged to keep IKEA informed at all times about all places of production or operations, including their sub-contractors where production or operations for IKEA takes place.

Clarifications:

Child labour is defined as work performed by children, which interferes with a child's right to healthy growth and development and denies him or her the right to quality education.

According to ILO Minimum Age Convention no. 138 (1973), a child is defined as any person less than fifteen years of age, unless local minimum age law stipulates a higher age for work or mandatory schooling, in which case the higher age would apply. If the local minimum working age is set at fourteen years of age in accordance with exceptions for developing countries, the lower age will apply.

1.2 Forced and bonded labour

The IKEA supplier shall not make use of forced, prison, bonded or involuntary labour.

Clarifications:

- Forced labour is understood as all work or service that a person is compelled to carry out under any threat of punishment or confiscation of any personal belongings, such as ID card, passport etc., and for which work the person has not offered him/herself voluntarily.
- Bonded labour is understood as labour not only physically bonded, but also bonded by financial debts, loans or deposits.
- The IKEA supplier shall not:
 - Use any prison workers.
 - Use any military personnel employed as part of their active service.
 - Require any deposits.
 - Withhold wages, ID cards, passports, or other personal belongings.
 - Delay payments of workers' salary more than one month on a regular basis.
- The IKEA supplier shall allow its workers to freely leave the factory premises when their work shifts end.
- If employment contracts are terminated according to agreed notice time, the IKEA supplier shall not make any salary deductions for workers who leave.
- If guest workers or temporary labour are employed on a contractual basis, such workers shall never be required to remain employed against their own will for any period beyond the agreed time of the contract. The IKEA supplier shall pay all commissions and other fees to the recruitment agency in connection with their employment.
- IKEA supplier's loans to workers shall not exceed the amount of three month's salary.

1.3 Severe Environmental pollution

The IKEA supplier shall prevent severe environmental pollution.

Clarifications:

Severe Environmental Pollution is to be understood as pollution that is likely to spread widely from the site and where the effects will be very difficult or expensive to correct.

Examples:

There is a direct discharge of untreated wastewater from production processes. Example: surface treatment, tanning, dyeing and printing processes etc.

The emissions from industrial on-site boiler or kiln are not within the legal standard or a legally required emissions permit does not exist.

1.4 Severe safety hazards

The IKEA supplier shall prevent workers from exposure to severe safety hazards. .

Clarifications:

Severe workers safety hazards are to be understood as safety hazards that are likely to pose an immediate risk to the workers' life or permanent injury.

Examples:

Fire fighting equipment is to a critical extent unavailable, ineffective or malfunctioning.

There is only one emergency exit for workplaces larger than 250 m² or where highly flammable or explosive materials are used.

There is a dormitory located in buildings where flammable, explosive or highly toxic materials are used or stored.

In dormitories with more than one floor there is only one available emergency exit (legal exceptions excluded).

Appropriate safety guards are not in place for dangerous processes such as: sawing, pressing, metal surface treatment and conveyor systems etc.

1.5 Records on working hours and wages.

The IKEA supplier shall maintain a transparent and reliable system for records on working hour and wages.

Clarifications:

It shall be easy to follow all steps in the calculation of the workers wages and working hours.

The records shall include all workers and reflect the reality of the operations.

1.6 Workers' accident insurances.

The IKEA supplier shall provide accident insurance covering medical treatment for work related accidents to all workers.

Clarifications:

The insurance shall, as a minimum, cover the costs for medical treatment connected to work related accidents. Should stricter legal demands or local agreements (e.g. with the Workers Union) exist, these demands apply.

2. General Conditions

2.1 IWAY Compliance Commitment

The IKEA supplier shall acknowledge and accept the IWAY requirements by signing the IWAY Compliance Commitment document.

2.2 IWAY Responsibility

The IKEA supplier shall appoint one or several persons who shall have defined responsibilities and the authority to ensure compliance with requirements relating to the environmental, social and working condition requirements as specified in this document.

The responsible person(s) shall have the necessary competence and knowledge about issues related to his/her area of responsibility and type of business.

Clarifications:

The names, responsibilities and positions shall be identifiable. A job description is not required.

These responsibilities may be included in existing Health, Safety, Environmental and Human Resource positions.

2.3 IWAY communication to sub-suppliers

The IKEA supplier shall communicate the IWAY requirements to its suppliers, involved in production or operations for IKEA. The IKEA supplier shall ensure that its suppliers have signed a document where they acknowledge and accept the requirements.

Clarifications:

Requirements do not need to be communicated to partners that e.g. provide electricity, fuel, office material or other services that are not connected to production or that provide production equipment e.g. machinery or tools.

2.4 IWAY communication to workers

The IKEA supplier shall communicate the IWAY requirements to all its workers.

Clarifications:

The complete IKEA requirements shall be made available in a place where all workers have access e.g. on notice boards, in a file or on an internal web-site in a language understood by the workers.

In addition to the above, a simplified version of the IWAY requirements may also be communicated through posters or during introductory training.

2.5 Internal IWAY audits

The IKEA supplier shall at least once every 12 months perform an internal IWAY audit. The results from the audits and any corrective actions shall be documented, and on request provided to IKEA.

Clarifications:

The internal IWAY audits can be included in other internal review processes providing that the intentions of all IWAY requirements are covered.

If, during the course of an IKEA conducted IWAY audit, several deviations that obviously existed at the time of the internal audit are identified, the supplier internal audit procedure shall be improved.

2.6 Update of laws and regulations

The IKEA supplier shall have a routine in place that ensures they are continuously updated with applicable laws and regulations relating to the requirements included in IWAY.

Clarifications:

The routine can be explained through examples etc. with references to sources of update information and recent changes that have occurred. Example: The IKEA supplier can demonstrate an internet based service that is used.

3. Environment

3.1 Environmental classification, reporting and inspections

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws and regulations relating to environmental protection including environmental classification, reporting, and inspections by authorities. The required corrective actions from such inspections shall be documented and completed within the set time frame.

Clarifications:

If the IKEA supplier is legally required to be inspected, but no inspection has been carried out, the IKEA supplier shall as a minimum send the relevant authority a written request to be inspected.

3.2 Outdoor Air pollution

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws and regulations relating to emissions to the air and, if required, obtain the necessary permits and test reports.

Clarifications:

A permit stating that the IKEA supplier is complying with laws and regulations relating to emissions to the air is not necessarily enough. Should other indications of excess emissions such as a strong smell or dark smoke etc. be found during an audit, verifying tests might be required.

3.3 Outdoor Noise pollution

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws and regulations relating to noise pollution and, if required, obtain the necessary permits and test reports.

Clarifications:

A permit stating that the IKEA supplier is in compliance with laws and regulations relating to noise pollution is not necessarily enough. Should high noise levels be found during an audit, verifying tests might be required.

3.4 Ground and Water pollution

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws and regulations relating to discharges to ground and water and, if required, obtain the necessary permits and test reports.

Effluent treatment plants (ETPs) shall be properly operated and maintained and be appropriate for the type of effluents generated from the operations. Staff operating the ETP must have the appropriate competence.

Clarifications:

A permit stating that the IKEA supplier is in compliance with laws and regulations relating to water discharge is not necessarily enough. Should the waste water not appear properly treated, verifying tests might be required.

3.5 Ground contamination

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws and regulations regarding ground contamination. The IKEA supplier shall investigate and assess the possible risks of ground contamination, due to previous or ongoing activities on the site.

Clarifications:

Ground contamination does not always require extensive cleanup. This shall be decided in dialogue with the relevant authorities and IKEA.

3.6 Energy Reduction

The IKEA supplier shall measure and record energy consumption for all buildings and processes. Targets for reductions shall be set annually.

3.7 Reduction of Other Environmental Impacts

The IKEA supplier shall have practical plans in place to reduce the environmental impact from the production and operations.

Clarifications:

The plans shall be in writing and include measurable goals and time frames.

The plans shall reflect the current environmental impacts from the production and operations.

Environmental impacts could include: use of raw materials, water usage, waste, use of chemicals etc.

4. Chemicals

Definition

By chemicals we mean chemical substances and products including but not limited to: lubricant oil, diesel, glue, lacquer, solvents, paints, dyes, hardeners, stains, waxes, acids, salts, additives, gases etc. These requirements apply to all chemicals in buildings where IKEA products are produced and areas where chemicals used in the production, operation or maintenance of IKEA products are stored..

4.1 Legal compliance

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws and classification regulations relating to purchasing, storage, handling, use and transportation of chemicals. The requirements stipulated in 4.1 - 4.6 are applicable for all chemicals used in production, operations and maintenance.

The IKEA supplier shall have a valid permit for chemicals that are legally restricted or controlled. The IKEA supplier shall demonstrate compliance with those permits.

4.2 List of chemicals with valid MSDS's

The IKEA supplier shall establish and maintain an updated list of all chemicals, including the name of the chemical product, the purpose/area of use and a reference to an MSDS used in production, operations and maintenance.

Clarifications:

- In offices where only common cleaning chemicals and office materials are used a list is not required
- An MSDS shall always be obtained from the supplier/manufacturer of all chemical products. Exceptions:
 1. For pure chemical substances (i.e. which have a CAS number) MSDS from public sources, e.g. the internet, can be used
 2. For some other chemical products with minor and well-known risks we can accept that an MSDS is not provided, or that an MSDS for an equivalent mixture is used. The following categories are included in this exception: Gasoline, Diesel, Grease and Lubricant oils with only non-hazardous additives and white glue not used in the IKEA article.
- The exception regarding MSDS is not valid for any chemicals which remain in the final IKEA product.

4.3 Procedure for chemicals

The IKEA supplier shall have documented procedures for the purchasing, storage, handling and use of chemicals.

Clarifications:

In offices where only common cleaning chemicals and office materials are used a documented procedure is not required.

For certain types of operations with a limited use of low risk chemicals, clear safety instructions to the workers can replace the requirement of a documented procedure (e.g. sewing machine oil, lubricants, diesel oil, grease, white glue).

4.4 Competence and training

The IKEA supplier shall ensure that workers that purchase, store, handle and use chemicals have the right competence and are adequately trained before starting work. Records of the training shall be kept by the IKEA supplier including names of participants, dates of the training and an overview of the training content.

Clarifications:

MSDS safety information shall be used when developing training material and include the hazards of the chemical, danger symbols, how it shall be handled (stored, mixed, applied etc), protective and first aid measures.

Introductory training shall include relevant information on chemicals to be used during daily work. The training shall be given before the start of work.

For certain types of operations with a limited use of low risk chemicals clear safety instructions to the workers can replace the requirement on training/records (e.g. sewing machine oil, lubricants, diesel oil, grease, white glue).

4.5 Storage, handling and transportation of chemicals

The IKEA supplier shall store, handle and transport chemicals in a way that prevents emissions to air, ground and water, prevent risks of ignition/explosion and ensure workers health and safety.

Applicable information regarding the risks and safe handling of chemical compounds and substances shall be displayed at storage areas and in operations areas where the chemical is used.

Clarifications:

- The information can be either the MSDS itself or specific instructions for safe handling and use (taken from the MSDS). The information shall be in a language understood by the workers.
- Containment of liquid chemicals shall be able to hold the volume of the largest barrel/tank.
Indoor and outdoor chemical storage facilities shall have a floor with a hard surface.
- Chemical containers shall be protected from sunlight, rain and snow. Unopened chemical containers and tanks can be stored outdoor without rain protection as long as this does not lead to corrosion of the containers.
- Storage tanks equal to or larger than 1.5 m³, as well as all underground storage tanks, shall be inspected for corrosion and other damage either according to a legally defined inspection procedure involving certified inspection bodies, or at least once every five years. For above-ground storage tanks an internal and external inspection shall be made. For underground tanks a pressure test shall be made.

4.6 Labelling of chemicals

The IKEA supplier shall ensure all containers of chemicals, including temporary containers, are properly labelled with appropriate danger symbols and chemical names to ensure that the contents are known and the potential risk minimised.

Clarifications:

Examples of symbols to be used are including but not limited to: Flammable, Explosive, Oxidizing, Irritating, Corrosive, Harmful, Toxic and Dangerous for the environment.

5. Hazardous and Non-Hazardous Waste

5.1 Legal compliance

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws & regulations relating to handling, storage, transportation, recycling and disposing of hazardous and non-hazardous waste, and if required obtain the necessary permits and demonstrate compliance with those permits.

5.2 List of waste

The IKEA supplier shall establish and maintain a list of hazardous and non-hazardous waste in order to monitor the type and quantity that is generated. The list shall clearly show which type of waste is hazardous and which is not, and be continuously updated.

Clarifications:

The quantity specified in the list may be estimated as long as it can be clearly described how the estimation has been done.

When classifying hazardous waste refer to local legislation and the IKEA Hazardous Waste Guidelines.

In offices where only common cleaning chemicals and office materials are used a list is not required.

Empty barrels, containers etc. with residue that is dry and not containing heavy metals or similar hazardous substances may be considered as non hazardous waste if in accordance with MSDS and local legislation.

5.3 Procedure for waste

The IKEA supplier shall establish a procedure for the handling, storing, transportation and disposal of hazardous waste that prevents harmful emissions to air, ground and water, prevent risks of ignition/explosion and ensure workers health and safety.

5.4 Competence and training

The IKEA supplier shall ensure that workers handling hazardous waste have the right competence and are adequately trained. Records of training shall be kept by the IKEA supplier.

Clarifications:

- If only non-hazardous waste is generated, or the only hazardous waste is light tubes, batteries, printing cartridges etc. in annually small quantities, the training can be replaced by a simple instruction.
- The training shall include:
 - Risks involved in the handling of hazardous waste.
 - Handling instructions for hazardous waste, including emergency provisions in case of an accident.
 - Relevant MSDS information.
 - Information about danger symbols.
- The records shall include a description of the content and the date of the training and the names of the participants.

5.5 Storage, handling and transportation of waste

The IKEA supplier shall store, handle and transport waste in a way that prevents contamination to air, ground and water, ensure workers health and safety and facilitates recycling when possible.

Clarifications:

Different categories of hazardous waste shall not be mixed.

Hazardous waste and non-hazardous waste shall be kept separate.

Areas for sorting and/or storage of waste shall be marked and barrels/containers properly labelled.

Safety information from MSDS shall be used when developing handling instructions for hazardous waste originating from chemical products.

The site shall give a good impression, hazardous and non-hazardous waste of any kind shall not be stored in disorder.

5.6 Licensed contractors

The IKEA supplier shall ensure that their contractors for transport, storage and final disposal of hazardous waste are licensed according to applicable legislation.

Clarifications:

The IKEA supplier shall have copies of its waste contractors' licences.

If appropriate licensed contractors, transport companies or end disposal companies do not exist, the IKEA supplier shall ensure that the hazardous waste is kept in storage until appropriate final disposal can be assured.

Should the transport company and the end-disposal company not be the same, licenses from both are required.

Empty barrels, containers etc. that are returned to the supplier for refill are not considered waste, therefore no licence is needed unless legally required.

5.7 Incineration / landfill on site

Hazardous waste shall not be land-filled or incinerated on-site.

If non-hazardous waste is land filled or incinerated on-site all relevant legal requirements shall be fulfilled.

6. Fire Prevention

6.1 Fire classification, reporting and inspections.

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws and regulations relating to fire protection including fire classification, reporting, and inspections by the fire authorities. The required corrective actions from such inspections shall be documented and completed within the set timeframe.

Clarifications:

If there is a legal requirement to be inspected, but no inspection has been carried out, the IKEA supplier shall as a minimum send the relevant authority a written request to be inspected.

6.2 Fires

The IKEA supplier shall document any fires and serious incidents that can cause a fire, including corrective and preventive actions. If required by law, a report shall be sent to the authorities.

6.3 Competence and training

The IKEA supplier shall have an adequate number of workers trained to use the fire fighting equipment in each work area, covering all shifts. Records of the training shall be kept by the IKEA supplier including names of participants, dates of the training and an overview of the training content.

All workers shall be made aware of basic safety issues before starting work through introductory training.

Clarifications:

Introductory training shall at a minimum include the proper procedure for evacuation, location and activation of the emergency alarm.

6.4 Fire fighting equipment

The IKEA supplier shall have the appropriate fire fighting equipment. Placement and maximum distance between fire extinguishers shall comply with applicable laws and regulations and/or specific approvals from the fire authorities.

The fire fighting equipment shall be easily accessible and identifiable, also from a distance. It shall be maintained, kept unlocked and inspected at least every 12 months.

Clarifications:

The IKEA supplier shall have an internal review process to check that fire fighting equipment is functioning with documented maintenance records and/or stickers/tags placed on the equipment.

6.5 Escape routes and emergency exits.

Emergency exits and routes shall ensure a fast and safe evacuation of all workers. The IKEA supplier shall, as a minimum, have two independent emergency exits per working area and ensure all emergency exits and access routes are free from obstruction.

All emergency exits and routes shall be marked with luminescent or illuminated signs and shall be visible from the main aisles.

Clarifications:

Emergency exits shall open outwards unless exceptions are specifically stated under local legislation.

Sliding doors shall be easily opened in an emergency or shall be equipped with an encased, built-in exit door.

It can be acceptable to have an emergency exit locked, if the key is easily accessible, is next to the exit and in a clearly marked container.

It can be acceptable for rooms to have only one exit if the number of workers, the size of the room, the level of risk and the arrangement of the workplace allows all workers to evacuate quickly and safely during an emergency.

6.6 Evacuation alarm

The IKEA supplier shall have an independent and functioning evacuation alarm with continuous sound to notify all workers about an emergency situation and to ensure a fast and safe evacuation of the IKEA supplier's facility(s).

The alarm shall be able to be manually activated and shall after activation evoke a continuous signal by itself. The alarm button shall be clearly marked and function also during power-outages.

Clarifications:

The decision for determining a proper and suitable evacuation alarm is based upon; the IKEA supplier's field of business, the size of the workplace as well as the extent and ease that the workplace can be evacuated and the risk that a fire will spread to adjoining buildings.

In noisy environments the sound signal could be complemented by a light signal. The signal shall be possible to hear or observe in all areas at risk.

6.7 Evacuation drills

The IKEA supplier shall perform evacuation drills at least once in every 12 months. These drills shall involve all shifts and departments and as many workers as possible. In case of an evacuation, the IKEA supplier shall ensure that designated persons are responsible for performing a head count to ensure all workers have evacuated the building.

Records of evacuation drills shall be maintained.

Clarifications:

Information about evacuation shall be covered in introductory training.

Minimum requirements of recorded information:

- 1) The time it took to evacuate.
- 2) Date of drill.
- 3) The results of the drill and any corrective actions needed.

7. Worker Health & Safety

7.1 Health & Safety classification, reporting and inspections

The IKEA supplier shall ensure compliance with applicable laws & regulations relating to health and safety issues including classification, work place risk analysis, reporting and inspections by authorities. The required corrective actions from such inspections shall be documented and completed within the set timeframe.

Clarifications:

If there is a legal requirement to be inspected, but no inspection has been carried out, the IKEA supplier shall as a minimum send the relevant authority a written request to be inspected.

Should there be an exemption from authorities, this shall be in writing and if required include a plan for improvement.

7.2 Accidents and incidents

The IKEA supplier shall maintain records of work incidents and accidents including corrective actions.

If required by law the accidents shall be reported to the authorities.

Clarifications:

An incident is an event in the workplace that could have caused an accident.

7.3 Health & safety training

Workers shall be given the necessary and adequate safety training before operating machines, equipment or carrying out potentially hazardous operations. Records of the training shall be kept by the IKEA supplier including names of participants, dates of the training and an overview of the training content.

Clarifications:

If there is a legal requirement on special competence or a specific training/license for a working task, the IKEA supplier shall secure that this is complied with.

Introductory training shall include relevant information on health and safety aspects of daily work. The training shall be given before the start of work.

7.4 Machine safety devices

The IKEA supplier shall ensure all machines and other equipment used in production and operations are equipped with the necessary and required safety devices in order to prevent work injuries.

Clarifications:

Machines and other equipment marked with CE-labels or similar and that have not been tampered or modified are to be considered as fulfilling the IWAY requirement on machine safety devices

7.5 Safety instructions

If there is a risk for health or risk of injuries, the IKEA supplier shall ensure that safety instructions and/or warning signs are clearly and visibly posted at designated work area(s), in close proximity to machines and other equipment, and at entrances to such area(s) where such machine(s) or equipment are used.

Clarifications:

Risks and hazards can either be described in the form of figurative signs or described in a written instruction or procedure in a language understood by the workers.

7.6 Safety hazards

The IKEA supplier shall ensure that other hazards in the workplace of an immediate nature are avoided.

Clarifications:

- Examples of other occupational hazards of an immediate character include but not limited to:
 - Severely damaged staircases.
 - Dangerous electrical wires or ungrounded machines.
 - Holes in the floor.
 - Unsafe storage of gas or similar extremely flammable products.
 - Gas-tubes standing loose on the floor and without collars around the valve.
 - Open containers with hazardous chemicals which easily splash into the work environment.
 - Unsafe storage of goods.

7.7 Personal protective equipment

The IKEA supplier shall, free of charge, provide the appropriate Personal Protective Equipment (PPE) and specific protective clothing to all workers and visitors in any harmful or potentially risky work area(s). The IKEA supplier shall ensure the PPE is available, maintained and used.

Clarifications:

PPE is to be as understood protective equipment for head, eyes, hands, feet, hearing, body and breathing.

The IKEA supplier shall strive to reduce the need of PPE by reducing noise levels, improve machine safety, use safe work procedures and improve air quality.

Areas where PPE is needed shall be clearly marked (e.g. symbol for helmet, ear protection, gloves, mask, goggles, boots etc.).

7.8 First aid equipment

First aid equipment shall be adequately stocked and available to workers during all shifts. The extent of the first aid equipment shall be based upon the size of the facility, the extent of the activities performed as well as the potential risk of injury. Each floor and each building shall have at least one first-aid box placed in a designated area which is clearly marked.

Clarifications:

It can be acceptable to have first aid boxes locked, if the key is easily accessible to all, is next to the box and in a clearly marked container.

7.9 First aid trained persons

The IKEA supplier shall have at least one first aid trained worker present during working hours covering all shifts. First aid trainers shall be certified trainers, doctors or nurses.

7.10 Internal air quality

The IKEA supplier shall comply with all relevant and applicable laws, legislation and regulations relating to internal air quality (fumes, solvents, particles and appropriate ventilation).

Clarifications:

If there is an uncertainty regarding the internal air quality, tests might be required.

7.11 Temperature

The IKEA supplier shall comply with all applicable laws and regulations relating to temperature levels in the workplace.

Clarifications:

In tropical or sub-tropical areas, the outside temperature is acceptable as the workplace temperature, provided there's a roof that provides shade and protection from sunlight. Fans shall be used to ease the heat.

7.12 Workplace noise

The IKEA supplier shall comply with all applicable laws and regulations relating to noise levels in the workplace.

Clarifications:

If there is an uncertainty regarding the workplace noise levels, tests might be required.

7.13 Workplace light

The IKEA supplier shall comply with all applicable laws and regulations relating to lighting levels.

Clarifications:

If there is an uncertainty regarding the workplace light levels, tests might be required.

7.14 Drinking water

The IKEA supplier shall provide clean drinking water to all workers. Clean drinking water shall be provided, free of charge and within a reasonable distance of the work area(s). Water dispensers shall be appropriately maintained.

7.15 Hygiene

The IKEA supplier shall ensure an adequate number of washing and toilet facilities are available for both men and women, and ensure they are appropriately maintained.

Clarifications:

Washing and toilet facilities shall be clean and in good condition.

7.16 Canteens – food services

All areas where food service is provided or consumed shall meet local sanitation and hygiene regulations.

Clarifications:

If there is a legal requirement to be inspected, but no inspection has been carried out, the IKEA supplier shall as a minimum send the relevant authority a written request to be inspected.

Canteen facilities shall be clean and in good condition.

7.17 Health and Safety Committee

The IKEA supplier shall have a Health & Safety Committee working to reduce the number of incidents and accidents and increase workers involvement in improving their working environment.

Clarifications:

The Health & Safety Committee shall include workers as well as management, with at least 50% participation of workers. It shall have regularly scheduled meetings at least once every quarter. The results of the meetings shall be documented and made available for all workers.

The Health and Safety committee can be replaced by a similar process or routine that secures dialogue between workers and management on improving Health and Safety issues in the workplace.

For companies consisting of offices only and with less than 50 workers in place, a health and safety committee is not required.

8. Housing Facilities

8.1 Requirements for housing

The IKEA supplier shall comply with relevant legal requirements for housing facilities.

The IKEA supplier shall also ensure reasonable living space, cleanliness, privacy, quietness, safety, personal hygiene and access to drinking water. The infrastructure of the buildings shall ensure the personal safety of the residents.

Requirement on Fire Safety for Housing Facilities are the same as per section 6 in this document.

Clarifications:

No restrictions shall be applied which interfere with the worker's right to leave the housing facility during their free time.

Workers, for whom accommodation is provided, shall be provided with their own individual bed/mattress or sleeping mat.

Separate accommodations, toilets and washing facilities shall be available for men and women respectively.

9. Wages, Benefits and Working Hours

9.1 Contracts

Workers at the IKEA supplier shall be employed according to applicable laws and regulations and there shall be a contract (offer or appointment letter) written accordingly. The IKEA supplier shall, prior to employment, provide written information to the workers regarding wages and the terms of employment.

Clarifications:

A written contract shall contain everything specified in local legislation, and as a minimum the following:

name of employer, name of worker, birth date, position, salary, working hours, overtime compensation, benefits and notice time.

Information about working hours, overtime compensation, benefits and notice time can instead be described in a Workers Handbook or similar.

9.2 Payrolls and attendance records

The IKEA supplier shall maintain payroll and attendance records relating to the documented payment of wages and working hours for each worker.

Clarifications:

The attendance records and payrolls shall be made available during the course of an IWAY Audit.

9.3 Working hours and overtime

The IKEA supplier shall not require their workers to work more than sixty (60) hours per week on a regularly scheduled basis, including overtime. Working time shall not exceed the legal limit. Overtime hours shall be on a voluntary basis.

Clarifications:

IKEA can, under certain circumstances well defined in the local legislation and/or agreed with local trade union, accept that overtime hours may be mandatory and decided by the management of the supplier.

9.4 Wages

The IKEA supplier shall pay wages to its workers, including compensation for overtime, and working hours in accordance to legal requirements.

Clarifications:

Workers shall receive details of wages on pay-slips, including information regarding overtime hours and any legal or agreed deductions.

Pay-slips could be replaced by other methods of informing the worker, e.g. letting the worker sign a paper containing the above stated information when receiving the payment. Records of the payment details shall be kept by the IKEA supplier for at least 3 years.

Deductions shall never exceed 20% of the wage and shall never result in a wage paid out that is below the legal minimum wage.

Wage advances paid out shall never exceed the amount of three months' wages.

9.5 Overtime compensation.

Workers shall be compensated for all overtime hours worked according to the legal requirements.

9.6 Regular payments

Wages shall be paid at regular intervals and on time with respect to work performed, according to local legislation.

Clarifications:

The IKEA supplier shall not withhold workers' salary.
Wages shall be paid at least monthly.

9.7 One day off in seven

Workers shall have at least one day off in seven.

Clarifications:

One day off in seven is defined as 24 consecutive hours, not one calendar day.

9.8 Leaves

Workers shall have time off from their job according to applicable legislation, local traditions and standards (e.g. sick/medical leave, annual/earned leave, maternity leave, national holidays etc.).

9.9 Breaks

The IKEA supplier shall provide its workers with appropriate time off for meals and breaks.

Clarifications:

At least one break per day and shift shall be 30 minutes or more, if not otherwise agreed in writing between the IKEA supplier and the workers (e.g. through an agreement with the local union or workers representatives).

9.10 Benefits

The IKEA supplier shall provide its workers with all legally mandated benefits to which they are entitled.

Clarifications:

These legally mandated benefits could be medical insurance, social insurance, pensions etc.

10. Prevention of Child Labour

10.1 Prevention of child labour

IKEA does not accept child labour. All measures to prevent child labour shall be implemented taking into account the best interests of the child.

The IKEA supplier shall not make use of child labour and take the appropriate measures to ensure that no child labour occurs at their own place of production or operations or at their sub-contractors' place(s) of production or operations.

The IKEA supplier shall abide by the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989), and comply with all relevant national and international laws, regulations and provisions applicable in their country of production or operations.

The IKEA supplier shall obtain documentation to legally prove the date of birth for all their workers. A Labour force register carrying all such records shall be maintained by the IKEA supplier.

The IKEA supplier is obliged to keep IKEA informed at all times about all places of production or operations, including their sub-contractors where production or operations for IKEA takes place.

Clarifications:

Child labour is defined as work performed by children, which interferes with a child's right to healthy growth and development and denies him or her the right to quality education.

According to ILO Minimum Age Convention no. 138 (1973), a child is defined as any person less than fifteen years of age, unless local minimum age law stipulates a higher age for work or mandatory schooling, in which case the higher age would apply. If the local minimum working age is set at fourteen years of age in accordance with exceptions for developing countries, the lower age will apply.

If child labour is found in any place of production or operations, IKEA will require the IKEA supplier to implement immediately a corrective and preventive action plan. The action plan shall take the child's best interests into consideration, i.e. family and social situation and level of education. Care shall be taken not merely to move child labour from one supplier's workplace to another, but to enable more viable and sustainable alternatives for the children.

10.2 Young workers

IKEA supports the legal employment of young workers.

The IKEA supplier shall protect young persons of legal working age, until the age of 18, from any type of employment or work which by its nature or circumstances in which it is carried out, is likely to jeopardise their health, safety or morals.

The IKEA supplier shall ensure that young workers are treated according to law. This includes measures to avoid hazardous jobs and night shifts and to ensure minimum wages.

Clarifications:

In accordance with the UN Convention on the Rights of the Child, 1989, IKEA believes that young workers have a right to work as long as all requirements in International Conventions and local laws are met.

11. Forced and Bonded Labour

11.1 Forced and Bonded Labour The IKEA supplier shall not make use of forced, prison, bonded or involuntary labour.

Clarifications:

- Forced labour is understood as all work or service that a person is compelled to carry out under any threat of punishment or confiscation of any personal belongings, such as ID card, passport etc., and for which work the said person has not offered him/herself voluntarily.
- Bonded labour is understood as labour not only physically bonded, but also bonded by financial debts, loans or deposits.
- The IKEA supplier shall:
 - Not use any prison workers.
 - Not use any military personnel employed as part of their active service.
 - Not require any deposits.
 - Not withhold wages, ID cards, passports, or other personal belongings.
 - Not delay payments of workers' salary more than one month on a regular basis.
- The IKEA supplier shall allow its workers to freely leave the factory premises when their work shifts end.
- If employment contracts are terminated according to agreed notice time, the IKEA supplier shall not make any salary deductions for workers who leave.
- If guest workers or temporary labour are employed on a contractual basis, such workers shall never be required to remain employed against their own will, for any period beyond the agreed time of the contract. The IKEA supplier shall pay all commissions and other fees to the recruitment agency in connection with their employment.
- IKEA supplier's loans to workers shall not exceed the amount of three month's salary.

12. Discrimination

12.1 Discrimination The IKEA supplier shall not discriminate with regards to workers based on race, religion, beliefs, gender, marital or maternal status, age, political affiliation, national origin, disability, sexual orientation or any other basis.

Clarifications:

The IKEA supplier shall, as a general principle, base decisions relating to hiring, salary, fringe benefits, promotion, termination on workers individual skills and ability to do the job.

13. Freedom of Association

13.1 Freedom of association

The IKEA supplier shall ensure that workers are not prevented from associating freely.

13.2 Collective bargaining

The IKEA supplier shall not prevent workers from exercising collective bargaining activities.

Clarifications:

Collective bargaining is defined as negotiations between employer and worker representatives (freely and independently chosen by the workers).

14. Harassment, Abuse and Disciplinary Actions

14.1 Punishments and appeal

The IKEA supplier shall not engage in or support the use of corporal punishment, threats of violence or other forms of mental or physical coercion. The IKEA supplier shall not make use of public warning and punishment systems.

Clarifications:

Reprimands for breach of duty or misconduct shall be a private matter between the employer and the worker and/or his/her representative.

The worker at the IKEA supplier shall have the right to appeal reprimands/disciplinary actions/dismissal. These appeals shall be recorded.

14.2 Harassment and Abuse

The IKEA supplier shall not engage, support or allow any form of harassment or abuse in the workplace

Clarifications:

Harassment can be any offensive act, comment or display that humiliates, insults or causes embarrassment, or any act of intimidation or threat. This includes but is not limited to:

Serious or repeated rude, degrading or offensive remarks.

Displaying sexist, racist or other offensive pictures, posters.

Threats, intimidation or retaliation.

International References

- R 1 The Universal Declaration of Human Rights (UN 1948)
- R 2 Convention on the Rights of the Child (UN 1989).
- R 3 Minimum Age Convention and Worst Forms of Child Labour Conventions (ILO Conventions 138 and 182).
- R 4 Fundamental Principles and Rights at Work (ILO 1998).
- R 5 Forced Labour Convention and Abolition of Forced Labour Conventions (ILO Conventions 29 and 105).
- R 6 Equal Remuneration Convention and Discrimination (Employment and Occupation) Convention (ILO Conventions 100 and 111).
- R 7 Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, Right to Organise and Collective Bargain Convention (ILO Conventions 87 and 98).
- R 8 Occupational Safety and Health Convention (ILO Convention 155).
- R 9 The Ten Principles of the UN Global Compact Framework (UN 2000).
- R10 The Rio Declaration on Environment and Development (UN 1992).
- R11 The Johannesburg UN World Summit on Sustainable Development (UN 2002).

IKEA References

- R12 The IKEA Way on Purchasing Home Furnishing Products.
- R13 The IKEA Way on Distributing Home Furnishing Products
- R14 The IKEA Way on Purchasing Materials and Services.
- R15 The IKEA Way on Purchasing Food.
- R16 The IKEA Way on Preventing Child Labour
- R17 Rules on Prevention of Corruption

Source: http://www.ikea.com/ms/fr_FR/media/About_IKEA/rapports/IWAY_STD_V4.pdf

(08.10.2012)

ANNEXE 4. ISEAL STANDARD-SETTING CODE

Setting Social and Environmental Standards v5.0

ISEAL Code of Good Practice

Contents

- 4.1 Complying with the Standard-Setting Code*
- 4.2 Standard-Setting Procedures*
- 4.3 Records*
- 4.4 Resolving Complaints*
- 5. Standards Development 6
 - 5.1 Terms of Reference*
 - 5.2 Public Summary*
 - 5.3 Stakeholder Mapping*
 - 5.4 Work Programme*
 - 5.5 Balance of Interests*
 - 5.6 Public Consultation*
 - 5.7 Meaningful Opportunities to Contribute*
 - 5.8 Taking Comments into Account*
 - 5.9 Decision-Making*
 - 5.10 Availability of Standards*
 - 5.11 Review and Revision of Standards*
- 6. Standards' Structure and Content 13
 - 6.1 Objectives*
 - 6.2 Structure*
 - 6.3 Content*
 - 6.4 Adding Value*
 - 6.5 Standards Interpretation*
 - 6.6 Consistency Between Standards*

Foreword

The ISEAL Alliance is an international nonprofit organisation that codifies best practice for the design and implementation of social and environmental standards systems

ISEAL shapes the context in which social and environmental standards systems operate by defining what good practice looks like for the sector and by influencing how external stakeholders consider and engage with credible standards systems. ISEAL Alliance members are leading organisations in social and environmental standard setting and certification, and are committed to compliance with ISEAL Codes of Good Practice. Further information about the ISEAL Alliance and its membership is available at www.isealliance.org.

ISEAL works from the premise that voluntary standards systems that are effective and accessible can bring about significant positive social, environmental and economic impacts. The continuing strong growth in size and scope of voluntary standards systems is an indication of the influential role that these systems can play in bringing about positive change on a global scale. However, it also highlights the pressing need for a broadly shared understanding of good operating practices for the movement as a whole.

Since 2004, ISEAL has been facilitating international consultations to determine what good practice should look like for voluntary standards systems. Through this work, we aim to maintain an evolving suite of credibility tools that support the effective implementation of voluntary standards systems. Various Codes of Good Practice each contribute in part to that goal. This currently includes Codes of Good Practice in final and draft form focused on standard-setting procedures, measuring impacts of standards systems, and verification practices.

June 2010

Code Review Process

Subsequent to the first revision of the ISEAL Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards (the Standard-Setting Code), the public review and revision process will take place every four years

The next review is scheduled for 2013. This process is managed by the ISEAL Stakeholder Council and includes the following steps :

- » Establishment of a Steering Group to undertake the revision;
- » A public consultation period of 60 days, incorporating comments previously received;
- » Synopsis of how comments were addressed and proposal on revision prepared by the Steering Group;
- » A second consultation period of 30 or 60 days, where outstanding issues exist;
- » Synopsis of how the additional comments were addressed and proposal for a second revision prepared by the Steering Group;
- » Recommendation by the ISEAL Stakeholder Council whether to approve proposed revision, with or without amendments, based on the results of the consultation;
- » Decision whether to approve the Code taken by the ISEAL Board and based on the quality of the process followed; and
- » One year transition period for compliant standard-setting organisations.

The ISEAL Alliance welcomes comments on the Standard-Setting Code at any time. Comments will be incorporated into the next review process. Please submit comments by mail or email to the address below, using the comment submission form that is available on the ISEAL Alliance website. All enquiries and comment submissions related to the Standard-Setting Code can be made through the following central focal point:

ISEAL Alliance

info@isealalliance.org
www.isealalliance.org/codes
The Wenlock Centre
50-52 Wharf Road
London N1 7EU
United Kingdom

Introduction

The ISEAL Alliance facilitated the development of the Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards as a means to evaluate and strengthen the process for setting voluntary standards

The Standard-Setting Code is intended primarily for application to standards that fulfil social, environmental and economic policy objectives.

By adhering to procedures that constitute good practices for setting standards, standard-setting organisations help to ensure that the application of their standard results in measurable progress towards their social and environmental objectives, without creating unnecessary barriers to international trade. In addition, the Standard-Setting Code can serve as a minimum bar against which to measure processes to develop voluntary standards. The intention of the Standard-Setting Code is not to promote the development of an ever increasing number of standards initiatives, but to improve consistency between, standards, enhancing their effectiveness.

Standard-setting practices should be based on relevant international normative documents, where appropriate. The normative documents from which this Standard-Setting Code draws are ISO/IEC Guide 59 Code of good practice for standardization, and the WTO Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement Annex 3 Code of good practice for the preparation, adoption and application of standards. The need for a Standard-Setting Code was based on an assessment of these documents and definition of additional standard-setting practices not covered by these documents that are unique to social and environmental standard-setting. Where the criteria in these

two normative documents are not appropriate or relevant to social and environmental standards, they have been excluded. Excerpts from the TBT Second Triennial Review Annex 4, Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 and Annex 3 of the Agreement have also been incorporated where appropriate.

The ISEAL Standard-Setting Code incorporates guidance that provides supplemental information to the Code criteria as well as interpretation of key terminology and phrases in the criteria. The guidance is an integral non-binding supplement to the Standard-Setting Code and should be taken into account when undertaking standards development. It is included here primarily as a capacity building tool for organisations that are applying the Standard-Setting Code. The guidance is interspersed in italics between the Code criteria.

1. Scope

1.1 This Standard-Setting Code specifies general requirements for transparent and accountable preparation, adoption and revision of standards that address social and environmental practices.

1.2 This Standard-Setting Code applies to all standards that promote improvement in social and environmental practices and that are operating at the international, regional, national or sub-national level.

In the context of this Standard-Setting Code, the term social is defined broadly to include issues of economic viability. Where a standardsetting organisation develops standards that do not address social and environmental practices, such as certification methodologies, logo licensing, pricing, traceability etc., these do not fall within the scope of this Code. However, technical specifications that address social or environmental practices do fall within the scope of this Code. This Standard-Setting Code has been developed to fill a void in existing guidance to standardsetting organisations. While most productrelated standards are adequately addressed by the TBT Agreement Annex 3 and ISO Guide 59, these reference documents are not relevant in their entirety to social and environmental standards, which are covered by this Code. This Code is meant to complement and coexist with these two normative documents. To the extent that the TBT Agreement Annex 3 is relevant, it is recommended that standardsetting organisations comply with its criteria.

2. Referenced Publications

ISO/IEC Guide 2:2004. Standardization and related activities - General vocabulary.

ISO/IEC Guide 59:1994. Code of good practice for standardization.

WTO Agreement on Technical Barriers

to Trade (TBT) Annex 3: Code of good practice for the preparation, adoption and application of standards.
WTO Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) Second Triennial Review Annex 4: Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with Relation to Articles 2, 5 and Annex 3 of the Agreement

3. Definitions

The definitions of ISO/IEC Guide 2:2004 apply to this Code with the following exceptions and additions.

3.1 Consensus: General agreement, characterised by the absence of sustained opposition to substantial issues by any important part of the concerned interests.

NOTE – Consensus should be the result of a process seeking to take into account the views of interested parties, particularly those directly affected, and to reconcile any conflicting arguments. It need not imply unanimity - (based on ISO/IEC Guide 2:2004).

3.2 Interested party: Any person or group concerned with or directly affected by a standard.

3.3 Standard: Document that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory.

NOTE - It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method - (based on Annex 1 of the WTO TBT Agreement).

4. General Provisions

4.1 Complying with the Standard-Setting Code

4.1.1 This Code shall only be adopted in its entirety.
NGOs

Code means that the process by which a standard is developed is transparent and effective. Compliance is voluntary for standard-setting organisations that are not members of the ISEAL Alliance.

4.1.2 Claims of compliance with the Standard-Setting Code shall only be made by standard-setting organisations that have been externally evaluated to be in full compliance with the Code.

Limiting claims of compliance to externally evaluated standard-setting organisations will help to avoid a situation where standardsetting organisations apply criteria in an ad hoc manner that suits them. External evaluation refers here to organisations that have been assessed through the independent evaluation mechanisms established by ISEAL.

4.2 Standard-Setting Procedures

4.2.1 Documented procedures for the process under which each standard is developed or reviewed shall form the basis of the standard-setting process.

Standard-setting procedures guide the standard-setting organisation and help to build stakeholder confidence and commitment to the standard-setting process.

4.2.2 These procedures shall be made available to interested parties, who shall be provided opportunities to comment on the procedures. Procedures shall be made available at least through the organisation's website

4.2.3 A standard-setting organisation shall conduct a regular review of its standard-setting procedures, taking comments into account.

4.3 Records

4.3.1 Records of standards development activities shall be prepared and maintained by the standard-setting organisation and shall be made available to interested parties upon request. Standard-setting organisations shall at least make available through their website a list of records available for review on request, or shall make the records themselves available on the website. *However extensive the consultation process, standard-setting organisations*

Compliance with the Standard-Setting

will benefit from transparency as a guiding principle. Transparency of the standardsetting process is one of the key contributing factors to the credibility of the process.

4.3.2 A standard-setting organisation shall keep on file documentation of the standard development process, associated policies and procedures, lists of stakeholders contacted and the interested parties involved at each stage of the process, comments received and a synopsis of how those comments were taken into account, and all draft and final versions of the standard.

Given the variation in scale of different stakeholder consultation processes, records of who was involved in the process, how decisions were made, etc. are important factors for stakeholders to determine the legitimacy of the process.

4.3.3 Records shall be kept for a minimum of five years.

4.4 Resolving Complaints

4.4.1 Standard-setting organisations shall have in place a complaints resolution mechanism for the impartial handling of procedural complaints. Interested parties shall have access to this complaints resolution mechanism.

4.4.2 Standard-setting organisations shall make impartial and documented efforts to resolve complaints, based on their publicly documented complaints resolution mechanism. Decisions taken on complaints shall be disclosed at least to the affected parties.

The two elements of complaints resolution that make it credible are that it is impartial and that it is documented. Impartial means that it is based on a consistent procedure that does not favour one party over another. A documented effort means that the decision-making process and resulting decision are written down and made available to all those who request them. A distinction between substantive and procedural complaints is necessary to avoid frivolous complaints. Substantive complaints relate to the content of the standard and should be dealt with through the standard development or revision process. Procedural complaints relate to the way in which the standard was developed. These can include complaints about the process for deciding on the content of the standard, but not about the content of the standard itself.

5. Standards Development

5.1 Terms of Reference

5.1.1 Upon commencement of any new standard development activity, the standard-setting organisation shall develop terms of reference (ToRs), which shall include the following elements:

- » A justification of the need for the standard, including an assessment of whether the proposed standard will meet an expressed need; documentation of what other standards exist or are in the process of development which meet all or part of the expressed need; and an assessment of how broadly the final standard is intended to be applied.
- » Clear objectives that the standard seeks to achieve, in particular those objectives that focus on social, environmental and/or economic aspects; and
- » An assessment of risks in implementing the standard and how to mitigate for these, including identification of factors that could have a negative impact on the ability of the standard to achieve its objectives; unintended consequences that could arise from its implementation; and possible corrective actions that could be taken to address these potential risks.

A needs justification study for the standard is a very important first step to avoid the development of redundant standards. The level or complexity of the needs assessment required should be based on the breadth or scope of the new standard or proposed revision. For example, a needs justification may not be necessary for a minor standard revision, but a review of other existing standards would be necessary where an increase in scope is envisaged. The standard-setting organisation should work to refine the objectives of the standard at an early stage, as this will make it easier to identify which different interest groups will be impacted by the standard. Relevant interest sectors need to be defined by the standardsetting organisation and can include but are not limited to: producers, consumers, traders,retailers, unions, NGOs, indigenous groups, governments, local authorities, international organisations, researchers and academic bodies. Inspection and certification bodies should be included to help to ensure the practicability and auditability of the end result. The standard-setting organisation also needs to be proactive in identifying and involving disadvantaged groups (see criterion 5.7).

5.1.2 For a standards revision process, the standard-setting organisation shall update the terms of reference.

5.2 Public Summary

5.2.1 At the outset of a standard development or revision process, the standard-setting organisation shall make publicly available a summary of the process that shall include:

- » Contact information and information on how to contribute to the consultation;
- » Summary of the terms of reference for the standard (5.1), including the proposed scope, objectives, rationale and justification of the need for the standard;
- » Steps in the standard-setting process, including timelines and clearly identified opportunities for contributing; and
- » Decision-making procedures, including how decisions are made and who makes them.

Standard-setting processes are often complex and time-consuming. The case needs to be made to interested parties at the outset of a standard-setting process what the potential benefits and implications of the standard will be, as well as the expected timeframe for completion, so that stakeholders can make an informed assessment of the value of participating. It is also important to clarify stakeholders' expectations at the outset of the process; otherwise this could hinder the acceptability of the final outcome. Making the summary publicly available means that it should be available at least in electronic form and should be posted on the organisation's website.

5.2.2 Interested parties shall be given the opportunity to comment on the public summary for the proposed standard and, in particular, on the terms of reference. Standardsetting organisations shall define a reasonable timeframe in which interested parties have the opportunity to submit comments, and shall have a process for considering those comments.

Giving interested parties an opportunity to comment on the public summary requires both that they are notified of the opportunity and that they have adequate mechanisms and timeframes to comment. Some of the actions that constitute appropriate notification include, but are not limited to email notices, prominent posting to websites, and notices in the organisation's publications. Mechanisms to comment include submission of comments through a wiki, by email, blog, fax, mail or teleconference, and/or through workshops and other face-to-face gatherings.

5.3 Stakeholder Mapping

5.3.1 The standard-setting organisation shall carry out a stakeholder mapping exercise or shall update an existing stakeholder map at the beginning of a standard development or revision process to identify major interest sectors and key interested parties, based on the standard's objectives. The mapping exercise shall include defining which interest sectors are relevant and why, and, for each sector, what are likely to be the key issues, who are the key stakeholders, and what means of communication will best reach them.

Mapping of interest sectors and interested parties provides a base of stakeholders with whom to engage in standards development, helps to determine whether a balance of interested parties is being reached, and ensures their positions are considered in decisionmaking on the standard. For international standards development, national contacts can help to provide information about national-level stakeholders. A stakeholder database can make it easier to maintain records of who has been contacted and who contributes to the consultation.

5.3.2 Key stakeholders shall be proactively approached to contribute to the consultation. *A standard-setting organisation that fails to gain the input of key stakeholders should reassess the need for the standard or the means of encouraging participation.*

5.3.3 Standard-setting organisations shall set stakeholder participation goals during this mapping so that there are clear participation targets and success criteria.

The aim of setting stakeholder participation goals is not primarily to provide a benchmark for successful scale of engagement but rather to provide a basis for comparison and for improvement over time.

5.4 Work Programme

5.4.1 A standard-setting organisation that is actively engaged in a standard development or revision process shall make a work programme publicly available and shall update it at least every six months. The work programme shall contain:

- » The standard-setting organisation's name and address;
- » A contact point;
- » The standards it is currently preparing, amending or revising;

- » The standards that it has adopted in the preceding period; and
- » For each standard listed in the work programme, a brief description of the scope of the standard, including the objectives and rationale for the standard.

A standard is under preparation from the moment a decision has been taken to prepare it until that standard has been adopted.

Standardsetting organisations are expected to prepare work programmes only when they are engaged in a standard development or revision process. Making the work programme publicly available means that it should be available at least in electronic form and should be posted on the organisation's website. Standard-setting organisations are encouraged to provide information on recent standard developments to relevant international clearing house mechanisms on environmental and health requirements, such as WTO National Enquiry Points.

5.5 Balance of Interests

5.5.1 Standard-setting organisations shall ensure that participation in standards consultation is open to all interested parties and that participation and decision-making reflects a balance of interests among interested parties in the subject matter and in the geographic scope to which the standard applies.

It is important to recognize that there are a number of equally valid approaches to participation and voting that arrive at a balance of interests. Standard-setting organisations should consider the following factors when seeking to achieve a balance of interests: a balance of sectors including those indirectly affected, geographic representation, gender, ecosystem representation, the scale of the facilities, and different types of organisations.

5.5.2 When identifying interested parties, standardsetting organisations shall include those stakeholders with an expertise relevant to the subject matter of the standard, those that are materially affected by the standard and those that could influence the implementation of the standard. The standard-setting organisation shall ensure that materially affected parties make up a meaningful segment of the participants.

Materially affected parties are those that will be directly impacted by the application of the standard. Ideally, the standard-setting organisation should support the participation of materially affected parties that have

relevant expertise in the subject matter of the standard. However, if this is not the case, the standard-setting organisation should identify other participants with relevant expertise.

5.5.3 Where a standard-setting organisation limits decision-making to members, membership criteria and application procedures shall be transparent and non-discriminatory.

For those standard-setting organisations that are membership-based, the emphasis should be on ensuring that all parties that are interested in applying for membership are afforded objective and transparent treatment, based on the membership criteria and application procedures.

Transparency means that the decision-making process and the justification for a decision on a membership application are made available to the applicant and are based on clear criteria and application procedures. Membership-based organisations can avoid discrimination against any applicants for membership by basing decisions only on the membership criteria and by not charging excessive fees for membership.

5.6 Public Consultation

5.6.1 The public consultation phase for standards development or revision shall include at least two rounds of comment submissions by interested parties, where necessary.

The extent of the consultation process should be determined by both the scope of the revision and the end use of the standard. For example, administrative and non-substantive changes to a standard can be made at the discretion of the standard-setting organisation without need of a consultation or formal revision process. A second round is necessary when substantive, unresolved issues persist after the first round. It is difficult to predict in advance whether a second round of consultation will be necessary so all consultation processes should initially anticipate two rounds of consultation. Assuming adequate outreach has taken place in the first round, one round of comments may be sufficient in the following circumstances (not an exhaustive list):

- » Where there are no objections raised or substantial comments received in that round;*
- » Adequate outreach has taken place in the first round, resulting in a balanced participation of interested parties and where stakeholder participation goals have been met;*
- » Where a balloting system is in place to resolve outstanding issues, negative ballots without comments should not*

require resolution and re-balloting;

» Where urgent problems of safety, health or environment arise or threaten to arise;

» Where necessary to meet rapid changes in the marketplace; and

» Where there are no additional issues that could be highlighted in a second consultation round, such as terms and definitions or implementation rules.

Where the number of rounds of comments or duration of the comment period is reduced, the standard-setting organisation should give consideration to the impact this may have on buy-in to the standard and acceptance by interested parties.

5.6.2 Each round shall include a period of at least 60 days for the submission of comments. However, this period may be shortened where justified in writing by the standard-setting organisation. In such cases, the comment period shall still be no less than 30 days and justification for any reduction shall be included in the public summary of the consultation process.

The length of consultation periods should take into account any translation requirements, including translating standards requirements into locally relevant terms, means of transmission to the interested parties and the return of their comments, and the methods used to communicate with interested parties. Where those methods include field testing or workshops, these should be planned in advance so as to coincide with the consultation period. Standard-setting organisations are encouraged to increase the comment period if required by these circumstances. It is useful to recognise that there is a law of diminishing returns on the number of new issues raised through comment submissions. While it is important that key stakeholder groups have ample opportunities to comment, the rate at which new issues for consideration are raised diminishes as more comments are received. The standard-setting organisation should feel comfortable that they have been made aware of most of the major issues, as well as hearing from most major stakeholder groups, without expending excessive energy to ensure submission of every last comment.

5.7 Meaningful Opportunities to Contribute

5.7.1 Interested parties shall be provided with meaningful opportunities to contribute to the development or revision of a standard. Where discussions or decisions happen between a balanced group of stakeholders, the standard-setting organisation should have a procedure in place to ensure that interested parties have an equal opportunity to be part of that group.

A meaningful opportunity means that an interested party is provided with an opportunity to submit comments at each stage of the standard development or revision process, and that those comments are duly considered by the standard-setting organisation, as per criterion 5.8 and its guidance. Giving interested parties an equal opportunity to participate in a group means that there are no criteria or circumstances that preclude consideration of expressions of interest from any interested parties. It does not mean that all parties must be included.

5.7.2 Standard-setting organisations shall identify parties who will be directly affected by the standard and those that are not adequately represented and proactively seek their contributions.

Parties that will be directly affected by the implementation of a standard are the most important stakeholders in the standardsetting process. As such, it is important that standard-setting organisations take a proactive role in supporting these stakeholders to participate. Identification of these parties at an early stage in the standard development process is important for encouraging full participation. Strategies for seeking comments include, but are not limited to targeted email, phone, fax or mail solicitation, workshops, pilot testing and face-to-face meetings.

5.7.3 Constraints on disadvantaged groups to participate effectively in standards development and revision shall be addressed in the standards development process.

Standardsetting organisations shall seek to include in their financial planning, funds to enable participation of disadvantaged groups that will be directly affected by the implementation of the standard. However, given that this is not always possible, the standard-setting organisation shall also look to other means by which to facilitate their participation.

Standard-setting organisations should consider how the influence of disadvantaged groups can be increased, even if their participation rates cannot. Particular attention should be paid to the needs of developing countries and small and medium-sized enterprises, identifying these interest sectors in the mapping process, where relevant. Interested parties in developing countries often face additional hurdles to participation in the standard development process, including lack of expertise, lack of appropriate translations, knowledge of the existence of the standard,

funds and infrastructure. These constraints should be considered by the standardsetting organisation, with the objective of ensuring their meaningful participation. Funding constraints are often a primary cause of low participation. Where this cannot be addressed directly, strategies can include identifying and communicating with materially-affected stakeholders at the beginning of the standard development process, ensuring that developing country stakeholders can make their comments from afar, and notifying organisations or other mechanisms that spread information about standards. Technical cooperation, capacity building and pilot testing in the field can also play an important role in enhancing the effective participation of disadvantaged groups.

5.8 Taking Comments into Account

5.8.1 The standard-setting organisation shall take into account all comments and input received during the period for commenting.

Comments received by the standard-setting organisation should be considered on an objective basis. Input will be received in a variety of formats (from written comments, teleconferences and wikis to workshops and pilot tests). Adequate care needs to be taken to weight these various types of inputs equally. Taking a comment into account means that it is considered in the revision of the standard and a justification given if the issue area that the comment addresses is not to be incorporated. Common practice is to link comments to the criterion to which they relate and then to respond on each criterion.

5.8.2 The standard-setting organisation shall compile comments received according to the issues raised and shall prepare a written synopsis of how each material issue has been addressed in the standard revision.

A written synopsis should contain at least a summary of input related to each criterion and a response as to how the issues raised were addressed.

5.8.3 This synopsis shall be made publicly available and shall be sent to all parties that submitted comments. Standard-setting organisations shall consider the extent to which they can make the original comments publicly available in addition to the synopsis. *Public availability of the synopsis means that, at minimum, it is posted to the website of the standard-setting organisation and a notice of its availability is distributed to interested parties by email. Considerations need to be made for notifying those interested parties*

who do not have access to email or internet.

5.9 Decision-Making

5.9.1 The standard-setting process shall strive for consensus on the content of the standard among a balance of interested parties. The standard-setting organisation shall define criteria to determine when alternative decisionmaking procedures should come into effect. In these cases, where standards are approved by vote, standard-setting organisations shall define in advance, decision-making thresholds that are considered to achieve consensus.

The range and diversity of interested parties related to social and environmental standards makes the likelihood of reaching true consensus very low. It is acceptable to work towards consensus but to have a fall-back mechanism for making decisions should consensus not be reached on a given issue. It is important that the standard-setting organisation has a documented decision-making procedure in cases where voting is required, and makes an explicit effort to inform interested parties of this procedure before the start of the standard development or revision process, through their public summary. Criteria for determining when to consider moving to a vote could include that decision-makers who are not in agreement provide alternative solutions and, if these are not accepted by the majority, nor is a compromise reached, then alternative decision-making could come into effect.

5.9.2 The standard-setting organisation shall establish and document procedures to guide decisionmaking, including defining thresholds for voting that would be consistent with consensus. These procedures shall seek to ensure that no significant interest group can dominate nor be dominated in the decision-making process.

While there are many equally valid forms of decision-making, the most important factor to consider is whether stakeholders have confidence in the decision-making process. This is a question both of empowerment and representation. For a decision-making process to be manageable, some form of representation of interest sectors is required. It is the responsibility of the standard-setting organisation to ensure that sectors are identified and balanced in their participation in the decision-making process. While some memberbased organisations devolve decision-making to their full membership, it is possible for a balance to be fulfilled or partially fulfilled

by Boards of Directors or by Committees of the standardsetting organisation. In either case, the emphasis needs to be on full transparency in the decision-making process, regardless of which group of stakeholders is making the decision.

Additionally, best practice is that decisions should be informed by the opinions of stakeholders who have commented during the consultation process as to whether they are satisfied with the final version of the standard. This can be achieved by circulating the final document to those who have commented and sharing their opinions with the decisionmaking body, to inform their decision-making. It is often the case that some stakeholders are better organised, more familiar with the process, and more cohesive. As a result, they are able to propose motions, lobby effectively and drive the decision-making process. Those who are empowered to bring forward the issues for decision are in a much more influential position than those who are not. It is also often the case that those stakeholders who have been engaged in a standard-setting process for a long period of time exert an influence beyond the stakeholder interests they represent. Many committees and decision-making bodies rely on self-nomination processes from within the existing group of stakeholders. Standard-setting organizations need to be aware of this issue, particularly for self-nomination processes, as it can be difficult for a new stakeholder to gain influence. Capacity building of stakeholders can address these balance of power issues to some extent.

5.9.3 The standard-setting organisation shall make public any decisions on the content of the standard as well as a summary of deliberations in arriving at the decision.

5.10 Availability of Standards

5.10.1 All approved standards shall be published promptly.

5.10.2 All draft and final standards shall be placed promptly in the public domain and shall be made available for free in electronic format. *The Standard-Setting Code recognises that International standards hold a special distinction among standards, given their explicit prioritisation in the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade. Annex 3 of the TBT Agreement states that "Where international standards exist or their completion is imminent, the standardising body shall use them, or the relevant parts of them, as a basis for the standards it develops..." (Provision F) Given that international standards should be used as references for the development of national and regional standards, it is important that they are*

placed in the public domain and are available without cost. National and regional standards that focus on social and environmental issues should also be placed in the public domain as they are in the public interest and public good. Placing all standards in the public domain makes them accessible to interested parties and to other standard-setting organisations. This will also facilitate assessments of the need for new standards and will avoid redundancy. While it is important to make draft standards publicly available during the drafting or revision process, standard-setting organisations can subsequently remove these drafts in the interests of clarity, once newer versions become available, assuming the drafts would still be available on request.

5.10.3 Hard copies of public summaries, standards and other related materials shall be made available upon request at as low a cost as possible, and covering only reasonable administrative costs.

Administrative costs for hard copies could include printing and shipping costs and any billing costs, as well as staff time associated with coordination of this function. Costs should reflect the real costs of processing and delivery and the lowest cost required to recoup the expenses of the standardsetting organisation associated with the development of the standard.

5.10.4 Upon request, standard-setting organizations shall provide, within their means, translations of draft and final versions of their standards.

5.10.5 All documents shall include on their cover page the official language(s) of the standards system and a note that, in the case of inconsistency between versions, reference shall default to the official language version.

5.11 Review and Revision of Standards

5.11.1 A process to receive comments and requests for clarification shall be established and maintained upon publication of the initial standard. The standard-setting organisation shall identify at least one focal point for standards-related enquiries and for submission of comments, with contact information made publicly available.

Contact information should be included on all documentation associated with the standard and the standard development process. It should also be included on the website and the public summary.

5.11.2 A standard shall be reviewed at least every five years and the planned date of the

subsequent review shall be made publicly available and included in the standard. Proposals for revisions or clarifications can be submitted by interested parties at any time and shall be documented and considered by the standard-setting organisation in the subsequent review process.

Having a statement on the standard about when comments will next be considered avoids the need for the standard-setting organisation to inform each stakeholder that submits comments how their comment will be addressed. It may also be useful to include on the website and with distribution of the standard, a separate policy that outlines the steps that will be taken in the comment review and standards revision process. Additional good practice is to include access to the complaints procedure along with the draft standard.

5.11.3 Standards shall be reviewed for continued relevance and for effectiveness in meeting their stated objectives and, if necessary, revised in a timely manner. The review process shall consider whether a need continues to exist for the standard and whether external circumstances have changed to the point of requiring changes in the standard. Continued relevance of the standard shall also be assessed through results of monitoring and evaluation activities, as per guidelines in the ISEAL Impacts Code.

The decision on whether to revise the standard should be based on the results of the review process, which incorporates comments received to date. If any significant changes are proposed or the scope or focus of the standard needs to change, a revision process should be instigated.

5.11.4 The process for undertaking any substantive or non-administrative revisions shall be similar to that for initial standards development, following criteria in section 5.

5.11.5 The date of a revision or reaffirmation of a standard shall be noted in the standard along with a transition period by which the revised standard will come into effect. The standard-setting organisation shall inform its stakeholders of the revised standard and transition period, in particular certification bodies and, where feasible, certified enterprises.

6. Standards' Structure and Content

6.1 Objectives

6.1.1 The social, environmental and/or economic objectives of a standard shall be clearly and explicitly specified in the standard (as required in 5.1).

Clear objectives are the basis on which many of the other aspects of a standards system builds. Clear objectives can underpin a logical standard structure and contribute to an effective monitoring and evaluation program; they show how a standard contributes to established international high-level goals, such as the Millennium Development Goals, and allow for comparison with other standards; they ensure that the standard content is directly relevant, thereby avoiding barriers to trade; and they provide a reference point for reviewing progress in implementation and for assessing continued relevance of the standard. While the objectives of a standard are defined in the terms of reference at the outset of the standard-setting process, it is important that the standard-setting organisation keeps in mind the need for the standard to meet these objectives as the standard is being developed or revised. This is especially important during the decisionmaking process. Approval of a standard should be dependent on a strong likelihood that the standard will achieve its intended social, environmental and / or economic objectives.

6.1.2 Standards shall be no more traderestrictive than necessary to fulfil the legitimate objectives of the standard.

Among the types of objectives that can be considered legitimate are environmental protection, human health or safety, animal or plant life or health, labour and social welfare, and cultural considerations. The standardsetting organisation is ultimately responsible for determining whether an objective is legitimate and should look to the types of objectives being used by other standardsetting organisations in its determination.

6.2 Structure

6.2.1 The structure of a standard shall form a logical framework such that all the requirements clearly contribute to the achievement of the standards' objectives. Standard-setting organisations shall develop statements of intent for each principle that define the principle's aims, and that provide a link between the criteria and the relevant principle.

There is a logical framework to all good standards that allows for a direct link to be made between what is required in practice

and the objectives that the standard seeks to achieve. This framework follows naturally from the objectives in a logical sequence of increasing detail and specificity. A common approach to a logical framework is to develop a standards hierarchy that links the objectives to required practices through principles, criteria, indicators and verifiers. Principles are fundamental statements about a desired outcome. They often provide greater detail about the Objectives. Criteria are the conditions that need to be met in order to achieve a Principle. Criteria add meaning and operability to a principle without themselves being direct measures of performance. Indicators are then the measurable states which allow the assessment of whether or not associated criteria are being met. Indicators convey a single, meaningful message or piece of information. Finally, the means of verification define the type of information or observations that are used to demonstrate that the required indicator state is being realised. Verifiers provide specific details that reflect a desired condition of an indicator. Verifiable criteria can be checked for compliance through an audit process. It will often be the case, particularly at the international level, that standards for consultation consist only of principles and criteria. Indicators and verifiers are then developed at the implementation level. The definition of indicators and verifiers is important as it requires that standards not only indicate what they measure (criteria), but also how the criteria are measured (indicators) and where the line is drawn between what is acceptable and what is not acceptable practice (verifiers). Statements of intent serve the dual purpose of promoting a common understanding among stakeholders of what the principle seeks to achieve, and greater consistency in implementation of the standard.

6.2.2 Standards shall be structured to allow for monitoring and evaluation of progress toward achieving the standard's objectives.

During the standard drafting stage, standardsetting organisations should consider whether and how compliance with each criteria can be ascertained. Clear links between the stated objectives of a standard and its criteria make it easier to show how compliance with the standard contributes to its intended positive social and environmental impacts, and that the criteria are not causing unnecessary barriers to trade. Standard-setting organisations are encouraged to review the logical framework of their objectives, principles, criteria, indicators and verifiers to ensure consistency and clarity in making the links between these levels.

6.3 Content

6.3.1 Standards shall avoid language and structure that may create ambiguities in their interpretation.

All standards should be structured and use language to support consistent interpretation. The basis for consistent interpretation is criteria that are clear, objective and verifiable. Clear criteria do not create ambiguities in language. Objective criteria do not favour any one type of production or interest group. Standard-setting organisations should be aware especially of biases that favour local conditions, to the exclusion of, or discrimination against conditions in other geographic areas.

6.3.2 Standards shall be expressed in terms of process, management and performance criteria, rather than design or descriptive characteristics. Standards shall not favour a particular technology or patented item.

Process criteria address the way in which a product is produced or a service delivered. Management criteria relate to the way in which an enterprise is managed to ensure consistent, quality results over time. Performance criteria focus on the actual practices that are required. All of these types of criteria should be outcome-based so as to avoid being prescriptive. Standards can include one or more of these types of criteria. Design and descriptive criteria should also be avoided because they tend to be prescriptive.

6.3.3 Standards shall attribute or cite all original intellectual sources of content.

6.3.4 Administrative requirements relating to conformity assessment and marks of conformity shall be presented separately from technical, process or management requirements.

Requirements that may facilitate conformity assessment but that do not directly contribute to the achievement of the stated objective, such as onerous documentation requirements, should be avoided.

6.4 Adding Value

6.4.1 In defining the content of a standard, the standard-setting organisation shall seek to complement and build on relevant regulatory requirements and to take account of market needs, as well as scientific and technological developments. The standard shall require practices that meet or exceed existing regulatory requirements and that reflect a defined market need and shall clearly indicate

the references it makes to existing national law and / or international regulations.

The emphasis of this criterion is to ensure the relevance and complementarity of a given standard. It is the responsibility of the standardsetting organisation to determine whether a scientific or technological development is relevant to the standard and supports the objectives of the standard. This can occur during the standard development or review process by ensuring the participation of technically qualified stakeholders in the consultation process. This is often achieved through technical advisory bodies or working groups that rework the technical aspects of a draft standard before it goes to broader stakeholder review.

6.5 Standards Interpretation

6.5.1 International standards shall be used as the basis for corresponding national or regional standards, except where they would be ineffective or inappropriate. National or regional standards shall be as consistent as possible with relevant international standards and at least as stringent.

Criteria for assessing whether international standards are ineffective or inappropriate for use as the basis for corresponding national or regional standards can include fundamental climatic, geographic or technological factors, local economic conditions, regulatory conditions (including where local law is stricter than the standard), cultural factors, and special considerations for nascent industries. International standards can be designed either to be interpreted and applied directly at the local level or as the basis for the development of corresponding national or regional standards. It is important for the standard-setting organisation to take into account local and regional differences in technological capacity, economic, social and ecological realities, and, where relevant, traditional knowledge.

6.5.2 Where international standards are to be adapted for application at the national or regional level, the standard-setting organisation shall develop interpretive guidance or related policies and procedures for how to take into account local economic, social, environmental and regulatory conditions. *While it is necessary to account for local variations, the goal of a standard-setting organisation should be to ensure that performance requirements are consistent irrespective of where the standard is applied. Standard-setting organisations should develop guidance documents or equivalent materials*

that provide additional information about the interpretation and application of the standard. Having a guidance document means that it can be updated on a more frequent basis than the standard, as new situations arise for which interpretation is necessary or where decisions to harmonise interpretations are made. Guidance documents for how to take local conditions into account do not fall within the scope of the ISEAL Standard-Setting Code.

6.5.3 Where national or regional standards are to be developed, they shall be developed through a multi-stakeholder process and shall consist of a locally applicable interpretation of the international standard.

Good practice is to develop a generic, consistent set of indicators at the international level that can be interpreted locally. The national or regional process should then develop guidance on the local interpretation of those indicators that can be used both by enterprises seeking to meet the standard and by evaluators of compliance (auditors). National or regional processes to interpret the international standard can also apply any guidance documents (6.5.2) to determine how to take local conditions into account.

6.6 Consistency Between Standards

6.6.1 With a view to consistency between standards, a standard-setting organisation shall inform organisations that have developed related

or similar international standards of the proposal to develop a new standard or revise an existing standard, and shall encourage their participation in its development.

Standard-setting organisations should have identified related or similar standards in the initial needs justification exercise. This identification exercise should also occur during each review of the standard. Related or similar standards are those that have overlapping content and shared objectives (they can be considered to be philosophically aligned). Involving the organisations that set these standards in the standard development or revision process will help to ensure consistency between standards and harmonisation where feasible.

There is a potential for significant costs associated with active participation in a standard development process. Standardsetting organisations that develop or expand the scope of their standards into areas already covered by other standard-setting organisations should seek to incorporate into their financial planning the potential costs of engaging those other standardsetting organisations in their process.

6.6.2 Standard-setting organisations shall document and justify the extent to which they are engaging with related standardsetting organisations in discussions on consistency and reducing overlaps.

Source:

http://www.isealalliance.org/sites/default/files/Standard-Setting%20Code%20v5.0_0.pdf (08.10.2012)

ANNEXE 5. FLO « STANDARD COMMERCIAL DU COMMERCE INTERNATIONAL FAIRTRADE », VERSION DU 01.05.2011.

Standard commercial du Commerce Equitable Fairtrade

Version actuelle : 01.05.2011

Ce document remplace la version précédente du : 15.08.2009

Prochaine révision prévue : 2016

Introduction

Objectif

Le Commerce Equitable Fairtrade (appelé ci-dessous Fairtrade) constitue une véritable stratégie d'atténuation de la pauvreté et de promotion du développement durable. Son objectif est de créer des opportunités pour les producteurs et les travailleurs qui se sont trouvés économiquement désavantagés ou marginalisés par le système commercial conventionnel. Si un accès équitable aux marchés, et sous de meilleures conditions commerciales, peut aider certains producteurs à dépasser leurs limites au développement, alors ils peuvent rejoindre le système Fairtrade.

Les opérateurs commerciaux peuvent rejoindre Fairtrade s'ils s'engagent à soutenir les objectifs de Fairtrade. Ces standards doivent être considérés comme les critères minimum à appliquer aux opérateurs commerciaux pour la démonstration de leur engagement dans Fairtrade.

Références

Fairtrade International exige en outre que les opérateurs respectent systématiquement la législation nationale concernant les sujets dont fait l'objet ce Standard lorsque la législation en question dispose d'critères plus élevées celui-ci. La même règle est appliquée aux pratiques régionales et propres au secteur.

Mode d'emploi du Standard

Le Standard Générique Commercial Fairtrade comporte quatre chapitres : les critères généraux, le Commerce, la Production ainsi que les Activités commerciales et le développement.

- Le chapitre des critères généraux donne la définition des critères relatifs à la certification, ainsi qu'à la labellisation et le conditionnement de produits finis et non finis.
- Le chapitre sur le Commerce définit les critères relatifs aux pratiques commerciales.
- Le chapitre sur la Production s'applique exclusivement aux critères propres au produit.
- Le chapitre sur les Activités commerciales et le développement a pour objectif de rendre plus visible encore la vision unique qu'a Fairtrade du développement.

Il y a dans chaque chapitre et chaque partie du Standard :

- L'**objectif et la portée** qui proposent une description de l'intention visée et de la portée de l'application du chapitre ou de la partie en question ;
- Les **critères** spécifiant les règles à observer. Tous les critères doivent être remplis dès le début. L'entreprise fera l'objet d'un audit au regard de ces critères ; et
- Les **recommandations** qui aideront l'entreprise à interpréter les critères. Ces recommandations peuvent indiquer les meilleures pratiques ainsi qu'émettre des suggestions et des exemples sur la façon de se conformer à un critère. Elles peuvent en outre fournir des explications supplémentaires sur le critère à l'aide du raisonnement et/ou de l'intention qui sous-tendent le critère. L'entreprise ne fera pas l'objet d'un audit au regard des recommandations.

Portée

Les critères décrites dans ce document s'appliquent à tous les opérateurs qui commercialisent des produits certifiés. Tout opérateur achetant ou vendant des produits certifiés, et ceci jusqu'au point où le produit certifié est sous sa forme finale d'emballage pour le consommateur, doivent être en

conformité avec ce Standard. Tous les payeurs Fairtrade (opérateurs responsables du paiement du prix Fairtrade) et les convoyeurs (opérateurs qui reçoivent ou transfèrent le prix Fairtrade), doivent être en conformité avec ce Standard.

En général, ce Standard ne s'applique pas aux Organisations de Petits Producteurs ni aux Producteurs sous Contrat, puisque les règles commerciales qu'ils doivent observer sont comprises dans les Standards Génériques pour les Organisations de Petits Producteurs et les Standards Génériques pour les Producteurs sous Contrat. Il est important pour ces groupes de savoir que les acheteurs doivent être en conformité avec ce Standard lorsqu'ils achètent des produits Fairtrade. Nous encourageons les Organisations de Petits Producteurs et les Producteurs sous Contrat à prendre connaissance de ces règles afin d'être en position favorable lors de négociations d'opérations Fairtrade.

Les Organisations de Petits Producteurs et les Producteurs sous Contrat qui commercialisent les produits d'autres organisations certifiées sont considérés comme des opérateurs commerciaux et doivent être en conformité avec les critères du Standard Générique Commercial Fairtrade présents dans ce document.

Les Organisations de Petits Producteurs et les Producteurs sous Contrat qui vendent des produits finaux Fairtrade aux consommateurs et ceux qui vendent des produits ou des ingrédients composés doivent être en conformité avec les règles spécifiques sur la Labellisation, le Conditionnement et la Composition des produits au sein du Standard Générique Commercial Fairtrade présentes dans ce document.

Pour les Organisations dépendant d'une main d'oeuvre salariée, ce Standard est applicable à condition que le Standard Générique Commercial Fairtrade en vigueur pour les organisations dépendant d'une main d'oeuvre salariée soit respecté et qu'un Standard de Produit existe pour le produit certifié.

Fairtrade International publie aussi des Standards Produits, qui complètent et ajoutent des critères spécifiques à ce Standard Générique Commercial Fairtrade. Les critères applicables pour chaque produit doivent aussi être respectés et doivent être lus conjointement avec ce Standard. Pour certains produits, des exceptions à certains critères spécifiques de ce Standard ont été définis dans les Standards Produits correspondants. Hormis ces exceptions explicites, le Standard Générique Commercial Fairtrade supplante les Standards Produits.

Les Prix Minimum Fairtrade et les Primes Fairtrade pour chaque produit sont publiés séparément des Standards de Produit. Les payeurs et convoyeurs du Fairtrade doivent se référer au site Internet de Fairtrade International pour plus d'informations sur les divers niveaux de prix et de primes, et s'assurer qu'ils les appliquent. Les producteurs doivent eux aussi s'assurer qu'ils sont informés du niveau des prix et des primes Fairtrade pour leurs produits.

Définitions

Les définitions de tous les mots clés utilisés dans ces standards sont données en Annexe 1 de ce standard.

Application

Lors d'une inspection ou d'une décision de certification, l'organisme de certification suivra de près la formulation exacte des standards ainsi que les objectifs et les conseils donnés.

Les **critères de conformité** techniques des standards sont développés par l'organisme de certification. S'il y a un doute sur le fait qu'une organisation ait correctement appliqué un standard ou non, l'organisme de certification fera son évaluation en fonction des objectifs décrits dans ces standards.

Validité

La première version du Standard Générique Commercial Fairtrade est entrée en vigueur le 16 février 2009. Depuis le 1^{er} juillet 2011, une version modifiée du Standard Générique Commercial Fairtrade est entrée en vigueur suite à son approbation par les organismes respectifs d'établissement des Standards. Cette version remplace toutes les versions précédentes.

Les opérateurs qui ont été certifiés avant le 1^{er} juillet 2011 poursuivront leur cycle habituel de certification. En revanche, ils disposeront de périodes de transition pour la mise en conformité avec les nouvelles critères. Les nouvelles critères sont notifiées dans ce Standard par l'appellation

« Nouveau 2011 ».

Suivi des modifications

Fairtrade International est susceptible de modifier les Standards Fairtrade, comme cela est expliqué dans les Procédures Opérationnelles Standardisées de Fairtrade International. Pour cela voir : http://www.fairtrade.net/setting_the_standards.html. Les critères des Standards Fairtrade peuvent être ajoutés, supprimés ou modifiés. Si vous êtes certifié Fairtrade, vous devez consulter régulièrement le site Internet de Fairtrade International pour toute modification apportée aux Standards.

La certification Fairtrade garantit la conformité avec les Standards Fairtrade. Les modifications apportées aux Standards Fairtrade peuvent changer les critères propres en vue de la certification Fairtrade. Si une entreprise souhaite être certifiée ou l'est déjà, elle doit consulter régulièrement les critères de conformité et les politiques en matière de certification sur le site Internet de l'organisme de certification à l'adresse <http://www.flo-cert.net>.

1. Critères générales

Objectif et portée

Tous les opérateurs en possession de produits certifiés Fairtrade et/ou manipulant le prix et la prime du Fairtrade font l'objet d'un audit et d'une certification.

Ce chapitre 1 s'applique au titulaire de certificat.

1.1 Certification

Objectif et portée

Cette partie définit les critères relatifs à la certification.

Cette partie 1.1 s'applique au titulaire de certificat.

1.1.1 Tous les opérateurs seront soumis à un audit et une certification afin d'évaluer leur conformité à ces critères.

Recommandations : Les opérateurs seront soumis à une procédure d'audit déterminée par l'organisme de certification afin d'évaluer leur conformité avec ces critères.

Les entités supplémentaires seront considérées comme constituant des établissements supplémentaires de l'opérateur. Ils pourront, eux aussi, être soumis à un audit, à la discrétion de l'organisme de certification. Quand un opérateur commence à travailler avec une nouvelle entité, l'opérateur doit confirmer avec cette entité supplémentaire que l'audit peut avoir lieu si elle est exigée par l'organisme de certification.

Les audits des entités supplémentaires seront entrepris sur la base d'une évaluation des risques de non conformité avec le Standard commercial. Quand l'opérateur peut fournir des informations, des documents, ou des plans de réduction des risques associés à leurs entités supplémentaires, celles-ci seront utiles pour aider à la catégorisation des risques de non conformité des entités supplémentaires.

1.1.2 Sauf contre-indication dans les Standards de Produits, les producteurs peuvent vendre les produits qui ont été stockés au maximum une année avant que la certification ait été initialement acquise.

Recommandations : Ce critère concerne les produits récoltés avant que le producteur ne soit certifié. Ceci s'applique aussi aux produits non agricoles qui sont maintenus en stock.

Cela signifie qu'un producteur obtenant la certification peut commencer à vendre des produits récemment récoltés ou stockés sans avoir à attendre la prochaine récolte ou production.

Les critères de traçabilité s'appliqueront à ces produits.

1.1.3 Les produits Fairtrade proviennent exclusivement d'opérateurs Fairtrade.

1.1.4 Les produits Fairtrade qui ne sont pas conditionnés pour la vente auprès des consommateurs sont vendus uniquement aux opérateurs Fairtrade, soit certifiés par FLO-CERT, soit agréés par une

initiative de labellisation Fairtrade.

1.1.5 Tous les opérateurs doivent nommer une personne qui sera le contact officiel pour tout ce qui est lié à Fairtrade.

Recommandations : Tous les opérateurs doivent nommer une personne de contact clé (un Délégué Fairtrade) au sein de leur organisation. Le Délégué Fairtrade sera la personne de contact principale pour les questions de certification et d'audit. Elle ou il s'assurera que l'opérateur respecte tous les critères de certification et informera l'organisme de certification de l'actualisation des coordonnées et autres informations utiles.

1.2 Utilisation de la marque déposée Fairtrade

Objectif et portée

Cette partie définit les critères relatifs à la labellisation et au conditionnement des produits finis et non finis.

Cette partie 1.2 s'applique au titulaire de certificat.

1.2.1 Produits agréés: les opérateurs peuvent utiliser la Marque de Certification FAIRTRADE sur un produit fini seulement si un contrat de licence valide a été signé avec une initiative de labellisation ou avec Fairtrade International. Ou, dans le cas où la fabrication du produit final est sous-traitée, s'il existe un contrat de licence valide entre le propriétaire de la marque et une initiative de labellisation ou Fairtrade International. Aucune mention « Fairtrade », « Fairtrade International », « Standards Fairtrade », « certification Fairtrade », « Prix minimum Fairtrade », « Prime Fairtrade », « FLO », « FLO-CERT » ou « MAX HAVELAAR » ne peut être apposée sur l'emballage du produit à moins qu'il ne comporte également la Marque de Certification FAIRTRADE.

1.2.2 Approbation des maquettes pour les produits finis : toutes les maquettes (pour l'emballage, la promotion, etc.) comportant la Marque de Certification FAIRTRADE doivent être approuvées par écrit, avant leur utilisation, par l'organisation (Initiative de labellisation ou Fairtrade International) délivrant le contrat de Licence, connue sous le nom d'organisme mère de labellisation (« Home LI »). Le titulaire doit soumettre toutes les maquettes concernées au département correspondant de l'organisme mère de labellisation afin de garantir que la Marque de Certification FAIRTRADE est utilisée en vertu des lignes directrices établies. L'utilisation de la Marque de Certification FAIRTRADE doit être en conformité avec les « Conseils d'utilisation des marques de fabrique » appropriés.

1.2.3 (Nouveau 2011) Approbation des maquettes promotionnelles pour les produits non finis : les maquettes promotionnelles (par exemple les brochures, les sites web, les emballages en gros...) comportant la Marque de Certification FAIRTRADE utilisées par les opérateurs en vue de promouvoir les produits non finis doivent être approuvées par écrit par Fairtrade International avant leur utilisation. L'utilisation de la Marque de Certification FAIRTRADE doit être en conformité avec les « Conseils d'utilisation des marques de fabrique » appropriés.

2. Commerce

Objectif et portée

Ce chapitre souligne les critères à observer lors de la vente de produits Fairtrade.

Ce chapitre inclut également les critères pour les produits et les ingrédients composés (les produits composés de plusieurs éléments).

Ce chapitre 2 s'applique au produit Fairtrade.

2.1 Traçabilité

Objectif et portée

L'objectif de Fairtrade est d'assurer que les produits labellisés Fairtrade puissent être retracés jusqu'aux producteurs. Ce critère du Standard exige des opérateurs la séparation physique des produits issus du Fairtrade de ceux qui ne le sont pas, et l'assurance que les produits sont identifiables en tant que Fairtrade tout au long de la chaîne d'approvisionnement.

Il existe quatre catégories de produits pour lesquelles l'application de la traçabilité physique nuit à l'objectif de maximiser les bénéfices des producteurs : le cacao, la canne à sucre, le jus de fruits et le thé. Pour ces produits, la traçabilité physique est recommandée mais n'est pas obligatoire. Les opérateurs ne disposant pas de la traçabilité physique devront avoir pour objectif d'utiliser les ingrédients certifiés (produits source) pour la transformation en produit Fairtrade (produit final). Les opérateurs de cacao, de canne à sucre, de jus de fruits et de thé capables de traçabilité physique doivent s'assurer qu'ils se sont approvisionnés en ingrédients certifiés auprès d'un opérateur répondant aux critères de traçabilité physique.

La méthode permettant de démontrer la traçabilité physique est à la discrétion de l'opérateur. Les critères de justificatifs de traçabilité sont obligatoires pour toutes les catégories de produits. Les documents relatifs au produit certifié doivent permettre à l'organisme de certification de retracer le produit Fairtrade jusqu'à son fournisseur Fairtrade.

Pour des raisons juridiques, les déclarations et messages autorisés pour les produits disposant ou non de la traçabilité physique sont différents. Seules les chaînes d'approvisionnement ayant été contrôlées avec succès en matière de critères de traçabilité physique peuvent utiliser les déclarations et messages dans ce sens.

Cette partie 2.1 s'applique au produit Fairtrade.

Critères concernant les justificatifs de traçabilité : Cette partie s'applique à tous les opérateurs.

2.1.1 Les acheteurs et les vendeurs doivent identifier de façon claire tous les produits qui sont certifiés Fairtrade dans tous les documents relatifs à l'achat et à la vente (par exemple les factures, les bordereaux de livraison et les bons de commande).

Recommandations : Les justificatifs de traçabilité des produits Fairtrade sont obligatoires pour tous les opérateurs. Tous les opérateurs doivent s'assurer qu'ils sont à même, ainsi que l'organisme de certification, d'y retrouver :

- Le nom et l'identifiant FLO du vendeur et de l'acheteur des produits certifiés ainsi que les dates de la transaction
- Les quantités ainsi que la forme physique des produits négociés (achat et vente)
- Le paiement du prix Fairtrade et de la Prime Fairtrade et du préfinancement (le cas échéant).

2.1.2 Les opérateurs doivent tenir registre de tous les opérations comptables, le traitement et les ventes de produits Fairtrade. Les archives doivent permettre à l'organisme de certification de remonter la piste de toutes les produits certifiées vers les ingrédients certifiés.

Recommandations : Tous les opérateurs garantiront qu'ils seront en mesure, tout comme l'organisme de certification, de retracer les modifications effectuées ainsi que les recettes et les rendements de ces étapes.

Critère relatifs à la traçabilité physique :

Cette partie s'applique à tous les opérateurs à l'exception des opérateurs de cacao, de canne à sucre, de jus de fruits et de thé sans traçabilité physique

2.1.3 Les produits issus de Fairtrade seront séparés physiquement des autres produits à tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement.

Recommandations : La traçabilité physique, bien que recommandée, n'est pas obligatoire pour le cacao, la canne à sucre, le jus de fruits et le thé. La traçabilité physique est obligatoire pour tous les autres produits Fairtrade. Une période de transition est applicable jusqu'au 1^{er} mai 2011 au plus tard (soit deux ans après que le Standard générique commercial Fairtrade a été mis en application).

2.1.4 Les produits issus de Fairtrade seront identifiés en tant que tels à tous les stades de la production (par ex. le stockage, le transport, la transformation, le conditionnement, la labellisation et la manutention) ainsi que dans tous les dossiers et documents concernés.

2.1.5 Le cacao, la canne à sucre, le thé et le jus de fruits Fairtrade doivent être issus d'un opérateur Fairtrade certifié avec succès au niveau de ces trois critères de traçabilité physique. Quand ils sont achetés, ces produits doivent être identifiés comme des produits Fairtrade ayant la traçabilité physique.

Recommandations : En raison de certains opérateurs de cacao, de canne à sucre, de jus de fruits et de thé ne disposant pas de la traçabilité physique en place pour les produits Fairtrade, les opérateurs faisant le commerce de ces catégories de produits qui souhaitent mettre en application la traçabilité physique devront s'approvisionner en ingrédients auprès d'opérateurs qui ont obtenu leur certification en matière de critères de traçabilité physique.

2.1.6 Les produits Fairtrade, à la vente, seront distinctement identifiés en tant que Fairtrade.

Recommandations : Le produit physique doit être identifiable en tant que Fairtrade. La méthode d'identification reste à la discrétion de l'opérateur, mais doit être vérifiable (par ex. grâce à l'identifiant FLO ou la mention « FLO/Fairtrade » figurant sur l'emballage et la documentation).

2.1.7 Lorsque des produits composés Fairtrade mélangent à la fois des ingrédients physiquement traçables et non traçables, les ingrédients physiquement traçables Fairtrade seront en conformité avec les critères de traçabilité physique. Si, pour des raisons techniques, cela s'avère impossible, les opérateurs feront une demande d'exception auprès de leur organisme de certification.

Recommandations : Certains produits composés Fairtrade mélangent des ingrédients physiquement traçables et non traçables, ce qui provoque dans certains cas la perte de la traçabilité physique pour certains, voire pour tous les ingrédients. Dans ces cas spécifiques, les opérateurs doivent prouver que la traçabilité est perdue pour des raisons techniques. Seuls les ingrédients ayant été contrôlés dans cette partie avec succès en matière de critères de traçabilité physique seront autorisés à communiquer des déclarations et des messages pour les produits disposant d'une traçabilité physique.

Critère relatifs au bilan de masse :

Cette partie s'applique aux opérateurs de cacao, de canne à sucre, de jus de fruits et de thé sans traçabilité physique.

2.1.8 La quantité d'extraits (produits finaux) vendue en Fairtrade doit être équivalente à la quantité d'intrants issus du Fairtrade en considérant les rendements de transformation et toutes les pertes.

Recommandations : Par pertes on entend toutes les diminutions de poids que le produit peut subir de son achat (intrant) à sa vente (extrait), par exemple pendant le stockage, le reconditionnement, la transformation, le transport, etc.

2.1.9 Les opérateurs doivent s'assurer que les intrants Fairtrade (les produits approvisionnés) sont achetés avant la vente des produits Fairtrade (produit final).

2.1.10 Les intrants Fairtrade seront livrés et traités sur le site même où les produits Fairtrade sont transformés (Bilan de masse sur un site).

2.1.11 Les intrants Fairtrade seront du même type et de la même qualité que les intrants utilisés pour transformer la production Fairtrade (semblable pour semblable).

Recommandations : Les ingrédients certifiés devront être du même type et de la même qualité que ceux utilisés dans la transformation des produits Fairtrade. Par exemple, si un opérateur vend du chocolat Fairtrade à base de cacao de haute qualité, l'ingrédient Fairtrade acheté ne pourra pas être constitué de fèves de cacao de basse qualité ; si un opérateur vend du sucre biologique Fairtrade, l'ingrédient acheté ne pourra pas être constitué de sucre non biologique Fairtrade; enfin si un opérateur vend du thé vert Fairtrade, l'ingrédient acheté ne pourra pas être du thé noir Fairtrade.

2.1.12 Les opérateurs de canne à sucre peuvent transformer la canne à sucre Fairtrade sur les lieux qui approvisionnent également en sucre de betterave. Les opérateurs doivent s'assurer que les produits issus exclusivement du sucre de betterave ne sont pas vendus en tant que Fairtrade.

Recommandations : Les unités de transformation s'approvisionnant en sucre de betterave peuvent transformer des produits certifiés contenant de la canne à sucre Fairtrade.. Les opérateurs devront avoir pour objectif de maximiser l'utilisation de la canne à sucre Fairtrade dans le produit final certifié.

2.1.13 Jusqu'au 31 décembre 2015, tous les opérateurs de canne à sucre et de cacao peuvent employer le bilan de masse groupé pour une période maximale de deux années. A l'issue de ces deux années, l'opérateur doit disposer du bilan de masse sur un site. Pour les opérateurs disposant

d'ores et déjà du bilan de masse au niveau du groupe, cette période de deux années commence le 1^{er} mars 2011. Les opérateurs souhaitant utiliser le bilan de masse au niveau du groupe doivent prévenir l'organisme de certification de cette pratique avant de la mettre en oeuvre et devront indiquer les sites concernés ainsi que les produits et les volumes transformés sur ces sites. Tous les sites de transformation de produits Fairtrade feront l'objet d'une procédure de vérification annuelle.

Recommandations : Fairtrade fait la distinction entre deux sortes de pratiques de bilan de masse :

- Le bilan de masse sur un site, qui fait l'objet d'une vérification par site : les intrants Fairtrade doivent provenir et être transformés sur le site de production. Les opérateurs doivent essayer tant que possible d'utiliser des intrants certifiés pour la production Fairtrade.
- Le bilan de masse groupé qui se vérifie par groupe de sites de production : les intrants Fairtrade n'ont pas besoin de provenir de la même usine qui les transforme en produit Fairtrade.

À moyen terme, le but du Fairtrade est d'obtenir le bilan de masse sur un site et, sur le long terme, la traçabilité physique de tous les produits. En conséquence, il est prévu de supprimer progressivement le bilan de masse au niveau du groupe en décembre 2015. Une étude sur le bilan de masse au niveau du groupe sera lancée en 2013. Les résultats décideront de la meilleure approche pour supprimer progressivement le bilan de masse au niveau du groupe d'ici la fin de l'année 2015. Jusqu'à cette date, les opérateurs de cacao et de sucre sont autorisés à mettre en application le bilan de masse au niveau du groupe pour une période maximale de deux années. Cette période de deux ans n'est pas renouvelable.

2.2 Composition des produits

Objectif et portée

La labellisation de produits alimentaires composés avec la certification Fairtrade vise à fournir le maximum de bénéfices aux producteurs. Cela signifie que le produit doit contenir le plus possible de produits certifiés Fairtrade.

Les critères de cette partie s'appliquent à tous les produits alimentaires composés et aux ingrédients alimentaires composés certifiés et/ou agréés après juin 2011. Les produits précédemment certifiés et/ou agréés selon les Conseils d'utilisation pour la labellisation Fairtrade des produits alimentaires composés doivent opérer la transition vers ces critères dans les deux années qui suivent juin 2011.

Cette partie 2.2 s'applique au produit Fairtrade.

2.2.1 Les ingrédients alimentaires composés et les produits alimentaires composés doivent contenir autant d'ingrédients certifiés que possible.

Recommandations : « Doivent contenir autant d'ingrédients certifiés que possible » inclut :

- Les ingrédients composés (les ingrédients composés de plusieurs éléments, par exemple les pépites de chocolat)
- Les produits dérivés (un ingrédient dérivé d'un composant unique, par exemple la lécithine de soja)

Une *Liste des Ingrédients Fairtrade* régulièrement mise à jour sera publiée sur le site Internet de Fairtrade International.

2.2.2 Les produits alimentaires composés doivent contenir au moins 20% de contenu issu du Fairtrade. Les pourcentages utilisés pour calculer la concentration d'ingrédients Fairtrade dans un produit alimentaire composé seront exprimés grâce aux unités de mesure suivantes :

Produits comportant ≤50% d'eau ou de produit laitier ajouté

- Le poids/volume normal de(s) l'ingrédient(s) Fairtrade en proportion au poids/volume total de tous les ingrédients premiers avant la transformation. L'unité de mesure utilisée pour calculer le pourcentage doit être la même unité de mesure que celle utilisée sur le paquet. Cette catégorie de produit inclut les jus de fruits frais mais pas les jus de fruits concentrés.

Produits comportant >50% d'eau ou de produit laitier ajouté

- La même chose que précédemment, sans tenir compte de l'eau/produit laitier ajouté.

Recommandations : Ce critère s'applique uniquement aux produits alimentaires composés (produit prêt à consommer composé de plus d'un ingrédient) et pas aux ingrédients alimentaires composés (ingrédient fait de plusieurs composés et non destiné à l'achat par le consommateur).

2.2.3 La déclaration du pourcentage minimum de contenu certifié Fairtrade doit obligatoirement figurer au dos du paquet, à moins que cela ne soit en contradiction avec les lois nationales.

Recommandations : Il est de la responsabilité du titulaire de licence de garantir que le conditionnement des produits est en conformité avec toutes les lois applicables en matière de labellisation dans la juridiction de la ou les régions où le produit est vendu.

2.2.4 Des exceptions pour l'utilisation d'un ingrédient non certifié à la place d'un ingrédient certifié peuvent être octroyées pour une période définie et pour un maximum de deux années. A l'issue de ce laps de temps, l'opérateur doit fournir la preuve que les ingrédients Fairtrade sont désormais utilisés ou alors l'entreprise doit soumettre une nouvelle demande d'exception. Le contenu total en Fairtrade du produit composé doit néanmoins atteindre le seuil minimum de 20%.

Recommandations : Pour faire une demande d'exception, les opérateurs qui transforment des produits alimentaires composés doivent se référer à leur initiative de labellisation Fairtrade et les opérateurs qui transforment des ingrédients alimentaires composés doivent se référer à leur organisme de certification Fairtrade. Une demande d'exception ne garantit pas de son obtention. Dans les conditions d'exception, et afin de garantir un bénéfice aux producteurs Fairtrade, les opérateurs peuvent être appelés à fournir un paiement (par exemple de prime Fairtrade) aux producteurs Fairtrade d'un montant équivalent au volume anticipé d'origine Fairtrade. Les points suivants donnent les conditions générales et les raisons en vertu desquelles les opérateurs peuvent faire une demande d'exception :

Les exceptions de Type I sont accordées par l'initiative de labellisation ou par l'organisme de certification, sur la base des lignes directrices données par le Comité des Exceptions. Les raisons suivantes sont applicables :

Pénurie d'approvisionnement

- L'approvisionnement en ingrédients certifiés est provisoirement impossible pour des raisons indépendantes de la volonté du fabricant ou du transformateur, par exemple la sécheresse, un désastre naturel, des grèves, la guerre ou autres raisons semblables.

Qualité insuffisante

- La qualité des ingrédients Fairtrade disponibles pose des problèmes techniques insurmontables.

Nouveau Standard

- Lorsqu'un nouveau Standard de Produit est publié, une exception de deux années est automatiquement accordée à tous les opérateurs titulaires d'un certificat en cours pour leur laisser le temps de se procurer le nouvel ingrédient. Si les problèmes d'approvisionnement persistent après deux ans, les opérateurs peuvent faire une demande d'exception.

Ingrédient indisponible

- Renvoie à un ingrédient ou un produit dérivé pour lequel un Standard Fairtrade existe, mais qui n'est actuellement pas commercialisé/transformé par un opérateur certifié Fairtrade. Une liste des ingrédients Fairtrade sera gérée par le Comité des Exceptions, puis publiée. Les opérateurs doivent s'approvisionner une fois que l'ingrédient est disponible.

Les exceptions de Type II sont accordées par le Comité des Exceptions. Les raisons suivantes sont applicables :

Ingrédient en transition

- Renvoie à un ingrédient au sein d'un produit alimentaire composé qui ne peut pas être entièrement d'origine Fairtrade, en raison de problèmes d'approvisionnement. L'ingrédient est disponible et commercialisé / transformé en tant que Fairtrade par un opérateur, mais il n'y a pas de volumes suffisants pour fournir 100% de la quantité exigée. L'entreprise doit avoir un plan écrit approuvé ayant en vue que l'ingrédient devienne 100% Fairtrade.
- Au moins 20% de chaque ingrédient en transition dans un produit alimentaire composé doit être d'origine Fairtrade lorsque le contrat de licence est signé. Dans l'année qui suit, cette composition doit augmenter jusqu'à au moins 50%. L'ingrédient en transition doit devenir 100% Fairtrade en accord avec le plan approuvé, et dès que l'approvisionnement suffisant est disponible.
- La concentration totale d'ingrédients Fairtrade doit être calculée en utilisant le contenu Fairtrade de chaque ingrédient.

Origine

- Les ingrédients titulaires d'une certification d'origine, par exemple Appellation d'origine contrôlée, Denominación de origen, Districtus Austria Controllatus, Denominação de Origem Controlada, etc. L'ingrédient citant une origine doit comporter une marque d'exception au dos du paquet.

2.3 Contrats

Objectif et portée

Les contrats entre producteurs et acheteurs définissent le cadre des opérations commerciales Fairtrade. Il est important que les obligations contractuelles soient mutuellement acceptées, parfaitement documentées et bien comprises par les deux contractants.

Cette partie 2.3 s'applique au titulaire de certificat.

2.3.1 Les acheteurs doivent signer un engagement d'achat contractuel avec les producteurs. Sauf mention contraire dans les standards produits, les contrats doivent au minimum indiquer clairement : les volumes convenus, la qualité, le prix, les conditions de paiement et les conditions de livraison. Tous les contrats entre producteurs et payeurs Fairtrade ou intermédiaires doivent stipuler un mécanisme de résolution des conflits distincts de la juridiction accepté par les deux parties.

Recommandations : Les acheteurs doivent s'assurer qu'un contrat écrit existe pour tout produit acheté ou vendu sous les conditions de ce Standard.

Le Standard précise que les deux parties doivent se mettre d'accord au minimum sur les volumes, la qualité, le prix, les conditions de paiement et les conditions de livraison, et que ces accords soient clairement indiqués dans le contrat.

Les Standards de Produits Fairtrade peuvent imposer pour certains produits des critères supplémentaires concernant le contenu du contrat. Toutes ces critères supplémentaires figurant dans les standards produits doivent être incluses dans le contrat convenu.

La responsabilité de la rédaction du contrat devra être mutuellement approuvée. Lorsqu'il est impossible de parvenir à un accord, la responsabilité de rédiger le contrat incombe à l'acheteur, qui doit aussi s'assurer que le contrat parvienne au vendeur dans la langue convenue.

Le Standard exige aussi qu'un mécanisme d'arbitrage soit décrit dans les contrats entre les producteurs et les payeurs ou convoyeurs Fairtrade.

2.3.2 Quand un avis de suspension de la certification Fairtrade est donné à un producteur ou à un acheteur, les contrats signés avant la date d'avis seront reconnus valides pour les produits certifiés Fairtrade, pendant une période maximum de six mois.

Recommandations : Les contrats Fairtrade passés avant l'avis de suspension pourront être remplis si les deux parties (producteur et acheteur) sont d'accord.

Pour être considéré comme certifié, le produit doit être livré dans un délai de six mois.

De nouveaux contrats Fairtrade ne doivent pas être signés après la date d'avis de suspension.

2.3.3 Quand un opérateur perd sa certification, il doit immédiatement arrêter d'acheter ou de vendre des produits certifiés Fairtrade. Ce critère prend effet à partir de la date du retrait de certification. Les contrats passés avec un opérateur ayant perdu sa certification qui ont été exécutés avant la date du retrait seront acceptés. Les contrats qui n'ont pas été exécutés au moment de la perte de certification ne seront pas reconnus comme des contrats Fairtrade.

Recommandations : Ce critère précise aussi qu'à partir de la date du retrait de certification, les opérateurs ne doivent ni acheter, ni vendre à des opérateurs ayant perdu leur certification des produits visant à être vendus comme certifiés.

Le critère spécifie aussi que si un produit certifié a été livré par un opérateur ayant perdu la certification avant la date du retrait de certification, alors il pourra être accepté comme certifié. Par exemple, sous un contrat FOB, si le produit est embarqué avant la perte de certification, alors il sera accepté. Les contrats qui n'auront pas encore été livrés ne seront plus des contrats Fairtrade.

2.3.4 Les réclamations associées à des lots spécifiques doivent être documentées suivant les critères du règlement commercial de la certification des transactions, les demandes devant être faites dans la limite de temps indiquée.

Recommandations : Ce critère concerne les réclamations qui pourraient constituer la base d'un

conflit entre un producteur et un acheteur. Le critère requiert que les opérateurs essaient de résoudre de tels conflits. Lorsque cela n'est pas possible, l'opérateur doit documenter sa réclamation selon les critères du règlement commercial correspondant et doit, quand elles existent, suivre les procédures de l'organisme de certification pour les réclamations et les résolutions.

2.3.5 Le prix peut être fixé grâce à un accord mutuel, pour toute date de livraison à venir, sauf indication contraire dans les standards de produit.

Recommandations : Ce critère donne à la fois au payeur du Fairtrade et au producteur l'option de déterminer quand et comment fixer le prix, à moins que cela n'ait déjà été défini dans les Standards de produit. Cela signifie que tant que les deux parties sont en accord sur le moment et la façon de fixer le prix (et que les critères 2.3.3 et 2.3.4 ont été observés), alors elles seront en conformité avec ce critère.

2.3.6 Sauf mention contraire dans les Standards de Produits, les payeurs Fairtrade peuvent avoir recours à toutes les formes de paiement disponibles tant que les instruments de paiement en question sont transparents, traçables et convenus entre les parties.

Recommandations : Ce critère permet aux deux parties d'arriver à un accord sur les meilleurs mécanismes de paiement et de reçu de paiement. Tout instrument financier disponible aux opérateurs peut être utilisé (par exemple les lettres de crédits, les virements bancaires), tant que la méthode de paiement fait l'objet d'un accord entre les deux parties. Toutes les formes de paiement doivent être transparentes et traçables. La responsabilité de prouver le paiement à l'organisme de certification incombe au payeur Fairtrade.

2.3.7 Les nouveaux Prix Minimum Fairtrade entrent en application à partir de la date de leur annonce officielle par Fairtrade International, sauf définition contraire par Fairtrade International. Cependant, les contrats en cours doivent être honorés au prix précédemment convenu.

Recommandations : Les nouveaux prix Fairtrade annoncés par Fairtrade International entreront en application à partir de la date de leur annonce officielle et devront être appliqués par les opérateurs à partir de cette date, sauf indication contraire de Fairtrade International. Les nouveaux prix s'appliquent aux nouveaux contrats négociés à partir de cette date. Pour les contrats existants où les prix ont déjà été convenus et fixés, le prix d'origine doit être honoré. Ceci s'applique même lorsque la date de livraison du contrat est à venir.

3. Production

Aucun critère générique. Des critères propres aux produits peuvent s'appliquer.

4. Activités commerciales et développement

Objectif et portée

Ce chapitre souligne les critères qui sont spécifiques à Fairtrade. Il a pour objectif de poser les fondations en vue de l'autonomisation et du développement.

Ce chapitre 4 s'applique au titulaire du certificat.

4.1 Commerce durable

Objectif et portée

Fairtrade a pour objectif de créer des partenariats commerciaux durables entre les producteurs et leurs acheteurs, ce qui permet aux producteurs d'avoir un accès à long terme aux marchés et dans des conditions viables. Au-delà des critères des standards, il est important que ces partenariats se consolident avec le temps et qu'ils soient basés sur le respect mutuel, la transparence et l'engagement.

L'échange d'informations est un élément important des relations commerciales, particulièrement pour les producteurs. Les plans d'approvisionnement leur permettent de planifier leur production plus efficacement et de s'assurer qu'ils pourront livrer aux acheteurs les volumes des produits demandés (et de la qualité demandée). Le but est d'encourager les acheteurs à faciliter le processus de planification des producteurs.

Les acheteurs sont aussi encouragés à apporter aux producteurs toute autre assistance mutuellement consentie. Des moyens tels que l'échange d'informations, la mise à jour des prix, des

formations sur la qualité, des plans d'évaluation des risques, etc, sont à considérer.

Cette partie 4.1 s'applique au titulaire de certificat.

4.1.1 Les acheteurs (y compris ceux qui achètent via les Offices de Commercialisation) doivent soumettre un plan d'approvisionnement à chaque producteur auprès desquels ils comptent acheter, ainsi qu'aux convoyeurs, si applicable.

Recommandations : Ce critère oblige chaque opérateur prévoyant d'acheter à un producteur particulier de fournir un plan d'approvisionnement à ce producteur. L'organisme de certification demandera à voir des preuves qu'un plan d'approvisionnement a bien été donné à chaque producteur. Le cas échéant, l'acheteur doit aussi donner une copie du plan d'approvisionnement au convoyeur.

Les plans d'approvisionnement font référence aux qualités, volumes, dates de livraison ou d'achat, le prix ou la valeur.

Les acheteurs sont encouragés à utiliser les données d'achats de la saison ou de l'année précédente comme référence pour développer leurs plans d'approvisionnement. Dans les cas où aucune référence d'achat antérieur n'existe (par exemple quand l'acheteur, le producteur, ou le produit est nouveau dans la relation commerciale) l'acheteur devra faire une estimation raisonnable.

Le délai applicable pour la remise des plans d'approvisionnement est défini plus en détails dans les standards des produits.

Tout acheteur qui achète un produit certifié exporté par un Office de Commercialisation doit néanmoins fournir un plan d'approvisionnement au producteur. Les acheteurs peuvent aussi décider de partager le plan d'approvisionnement avec l'Office de Commercialisation (Marketing Board) pour les aider dans leur planification.

4.1.2 Les acheteurs ne doivent pas proposer d'acheter des produits certifiés à un producteur à la condition qu'il vende une quantité de produits non certifiés dans des termes nettement défavorables au producteur.

Recommandations : Ce critère s'applique aux payeurs Fairtrade qui achètent à la fois des produits certifiés et non certifiés auprès d'un même producteur.

Le Critère oblige à ce que l'achat de produits non certifiés dans des conditions nettement défavorables pour le producteur ne soit jamais utilisé comme condition pour des achats de produits certifiés. L'organisme de certification décidera si une transaction peut être considérée comme « nettement défavorable ».

Les producteurs qui pensent avoir fait l'expérience de pratiques défavorables par des acheteurs Fairtrade doivent documenter leurs préoccupations et les envoyer sous forme de plainte à l'organisme de certification.

4.1.3 Les Producteurs doivent avoir accès aux contrats signés entre les convoyeurs et les payeurs Fairtrade.

Recommandations : Ce critère oblige à ce que les convoyeurs donnent aux producteurs l'accès aux contrats qu'ils ont signés avec les payeurs Fairtrade. Cela signifie qu'à la demande d'un producteur, les convoyeurs doivent mettre à sa disposition un exemplaire du ou des contrats correspondants.

4.2 Préfinancement

Objectif et portée

Le préfinancement est un des bénéfices essentiels pour les producteurs Fairtrade. L'objectif de cette partie est d'aider les organisations de producteurs à accéder à des formes raisonnables d'assistance financière pour les aider dans leurs achats auprès de leurs membres.

Le préfinancement devra être accordé aussi tôt que possible après la signature du contrat pour permettre aux producteurs d'en faire l'usage le plus efficace possible.

Le Fairtrade encourage les commerçants à offrir d'autres formes de financement comme le « prépayé », le « paiement anticipé » et /ou le « crédit de campagne » aux producteurs. Cependant, ce standard se réfère uniquement au « préfinancement » qui correspond aux versements effectués sur la base des contrats convenus entre producteurs et acheteurs pour des produits Fairtrade. Les versements de préfinancement sont généralement soumis à des intérêts.

Les critères indiquent explicitement que les acheteurs peuvent envisager la possibilité d'offrir le préfinancement par des tiers. Cependant, les taux d'intérêt que les producteurs paient sur de tels

accords de préfinancement ne doivent pas être supérieurs aux coûts d'emprunt de l'acheteur auprès du tiers.

La limite fixée du pourcentage pour le préfinancement correspond au maximum de ce que les acheteurs ont l'*obligation* de payer, si les producteurs en font la demande. Toutefois, les acheteurs sont encouragés à proposer des pourcentages de préfinancement supérieurs si cela est demandé par le producteur, après consentement mutuel.

Cette partie 4.2 s'applique au titulaire de certificat.

4.2.1 Les producteurs peuvent demander un préfinancement auprès des acheteurs Fairtrade avec des périodes de temps convenues et, si nécessaire, des quantités spécifiques, sauf indication contraire dans les standards produits. Dans le cadre des Offices de Commercialisation (Marketing Board), les critères de préfinancement ne s'appliquent pas aux produits concernés.

Recommandations : Ce critère crée l'option pour les producteurs de demander un préfinancement auprès des payeurs Fairtrade. Avec ce standard, il incombe au producteur de demander le préfinancement après signature des contrats auprès des payeurs du Fairtrade. Les payeurs Fairtrade peuvent choisir, avec l'accord du producteur, d'offrir le préfinancement via un tiers.

Quand les producteurs pensent être contraints à ne pas demander de préfinancement, ils sont encouragés à documenter leur réclamation et à la fournir à l'organisme de certification, pour inspection supplémentaire.

4.2.2 Quand le préfinancement est demandé et sauf mention contraire dans les standards des produits, les payeurs Fairtrade doivent donner un préfinancement allant jusqu'à 60% de la valeur du contrat. Le pourcentage minimum de préfinancement doit être défini par le producteur.

Recommandations : Les producteurs peuvent demander un préfinancement jusqu'à 60% de la valeur du contrat. Les acheteurs se doivent d'apporter le préfinancement demandé. Les producteurs peuvent faire référence au Prix Minimum Fairtrade (quand il existe) pour calculer la valeur du préfinancement. Pour les produits qui n'ont pas de prix minimum ou quand les prix du marché sont supérieurs au Prix Minimum Fairtrade, alors la valeur du contrat peut être utilisée. Le taux de préfinancement doit être déterminé par le producteur avec un plafond de 60%. Lorsque les deux parties sont d'accord, un préfinancement dépassant les 60% de la valeur du contrat peut être donné.

4.2.3 Les payeurs Fairtrade doivent proposer le préfinancement à partir de la signature du contrat, ou à tout moment après, mais au plus tard à l'issue d'une période de temps spécifique indiquée dans les standards de produits.

Recommandations : Ce critère fait la distinction entre le fait de demander le préfinancement et la provision réelle du préfinancement. Alors que la demande doit être faite une fois que les commandes ont été confirmées, ce critère requiert que le préfinancement soit mis à la disposition (livré) des producteurs par les payeurs du Fairtrade dès que possible après la signature du contrat. Au plus tard, le préfinancement doit être délivré dans un temps limite déterminé dans le Standard de Produit correspondant.

4.2.4 Quand un niveau de risque de non remboursement ou de non livraison suffisamment élevé a été associé à un producteur particulier, et uniquement lorsque le niveau de risque a été vérifié par un prêteur tiers, alors les conditions de préfinancement des critères 4.2.2 et 4.2.3 ne doivent pas être remplis.

Recommandations : Ce critère donne la possibilité aux payeurs Fairtrade de demander à l'organisme de certification que les conditions des critères 4.2.2 et 4.2.3 puissent ne pas être remplies.

La méthode d'évaluation sera faite par un prêteur tiers. Quand le payeur Fairtrade considère qu'un producteur particulier demandant un préfinancement est à « haut risque », il doit contacter un prêteur tiers et demander le préfinancement pour le producteur. Si le prêteur est d'accord, alors le préfinancement doit être fourni. Quand le prêteur entreprend une évaluation et classe le groupe de producteurs comme étant à « haut risque » et refuse de préfinancer, alors le rapport d'évaluation du prêteur doit être remis à l'organisme de certification.

Lorsque les acheteurs classent continuellement leurs clients producteurs comme étant à « haut risque », l'organisme de certification peut demander une vérification complémentaire par un prêteur

tiers supplémentaire. L'interprétation de « continuellement » dans ce contexte sera déterminée par l'organisme de certification.

4.2.5 Les taux d'intérêts à appliquer sur la valeur du préfinancement devront être mutuellement approuvés par l'acheteur et le producteur. Ils ne doivent pas dépasser le coût d'emprunt en cours de l'acheteur (coûts administratifs inclus), et les acheteurs sont encouragés à proposer des conditions de préfinancement à de meilleures conditions (à des taux d'intérêts les plus bas) pour les producteurs.

Recommandations : Les acheteurs sont autorisés à percevoir des intérêts sur le montant du préfinancement. Le taux d'intérêt ne doit pas dépasser les coûts d'emprunt de l'acheteur. Les deux parties doivent se mettre d'accord sur le taux d'intérêt qui sera imposé au montant du préfinancement.

L'accord sur les taux d'intérêts peut aussi inclure les coûts administratifs qui ont été perçus par l'acheteur durant l'organisation et la remise préfinancement.

4.2.6 Les exigences de la législation locale et nationale prédominent quand elles s'opposent à ces critères de préfinancement.

Recommandations : Dans les cas où la législation locale et nationale implique que les payeurs du Fairtrade ne sont pas légalement autorisés à payer un préfinancement, ce critère ne s'applique pas. Dans de telles situations, il est important que les payeurs Fairtrade communiquent les restrictions légales au producteur.

4.2.7 Quand le préfinancement a été approuvé, les payeurs Fairtrade doivent rédiger une section séparée sur le préfinancement dans le contrat ou un accord de crédit séparé avec le producteur.

Recommandations : Selon ce critère, la clause de préfinancement doit être rédigée dans une section séparée du contrat ou dans un accord de crédit séparé. Cela signifie que les facilités de préfinancement doivent être présentées dans un contrat indiquant les termes et conditions pour les deux parties. Celui-ci doit indiquer les montants à préfinancer, la date de départ, la date de remboursement, les détails du contrat de livraison, les taux d'intérêt et les options de recouvrements (à savoir des paiements du contrat).

4.3 Fixation du prix

Objectif et portée

Le Prix Minimum Fairtrade ou le prix du marché correspondant et la Prime Fairtrade sont des bénéfices fondamentaux du Fairtrade pour les producteurs. Le paiement du Prix Minimum et de la Prime Fairtrade est une des fonctions clés pour les opérateurs commerciaux qui achètent aux producteurs et qui ont la responsabilité de payer le prix Fairtrade (« payeurs Fairtrade »).

Les Prix Minimum Fairtrade ont pour but de protéger les producteurs et de réduire les risques dans l'éventualité d'une baisse des prix du marché.

Cette partie 4.3 s'applique au titulaire de certificat.

4.3.1 Les payeurs Fairtrade doivent au minimum payer aux producteurs le Prix Minimum Fairtrade, quand celui-ci existe, pour le produit sous contrat, ou le prix du marché correspondant lorsqu'il n'existe pas de Prix Minimum Fairtrade.

Quand le prix de marché correspondant pour un produit est supérieur au Prix Minimum Fairtrade, alors au moins le prix de marché doit être payé.

Recommandations : Le Prix Minimum Fairtrade d'un produit, quand il existe, est le prix le plus bas possible qu'un payeur Fairtrade puisse payer à un producteur. Le Prix Minimum Fairtrade est le point de départ des négociations de prix entre le producteur et le payeur Fairtrade. Quand le prix de marché correspondant pour un produit est supérieur au Prix Minimum Fairtrade, alors au moins ce prix de marché plus élevé doit être payé.

Les deux parties doivent garder la preuve du niveau des prix et de la manière dont ils ont été fixés. L'une ou l'autre partie peut justifier le prix de marché en faisant référence à des accord/contrats avec d'autres clients/fournisseurs pour la même période (si et quand demandé).

Le Prix Minimum Fairtrade inclut toute référence aux prix biologiques ou différentiels de prix biologique.

Les payeurs Fairtrade doivent se référer aux informations sur le Prix Minimum Fairtrade qui sont publiées séparément.

4.3.2 Les Payeurs Fairtrade doivent payer une Prime Fairtrade supplémentaire pour le produit. Quand cela s'applique, les convoyeurs ont la responsabilité de transmettre la Prime Fairtrade au producteur. Les règles de paiement s'appliquent différemment à différents types d'organisations Fairtrade, comme suit:

- Pour les Organisations de Petits Producteurs, le paiement doit être directement effectué auprès de l'Organisation de Petits Producteurs.
- Pour les Organisations dépendant d'une Main d'OEuvre Salariée, le paiement doit être effectué directement sur le compte bancaire de l'Organe Mixte de l'opérateur certifié.
- Pour les Projets de Production sous Contrat, le paiement doit être directement effectué sur un compte bancaire séparé pour lequel l'Agent Promoteur ou son préposé est responsable.
- Par dérogation et pour tous types de producteurs, le paiement peut aussi être versé sur un fond de dépôts de la Prime ou à une filière de la prime, ou à toute autre tierce partie avec la permission écrite du producteur.

Recommandations : Les payeurs Fairtrade doivent payer la Prime Fairtrade pour les produits achetés, tel que spécifié dans les Standards de Produit Fairtrade concernés. Les Critères se rapportant à qui doit recevoir le paiement varient selon le type de l'organisation de producteurs qui doit être payée. Le producteur peut demander à ce que le paiement soit versé à une tierce partie quand cela est approprié. Les payeurs Fairtrade doivent se référer aux informations sur la Prime Fairtrade qui sont publiées séparément. Les réductions ne sont pas autorisées pour le paiement de la Prime Fairtrade.

4.3.3 Les Prix Minimum Fairtrade sont fixés à un ou plusieurs niveaux de la chaîne commerciale. Les Prix Minimum Fairtrade s'appliquent jusqu'au point où les producteurs sont responsables du produit. Lorsqu'il n'y a pas de prix disponible au niveau de responsabilité approprié pour le producteur, alors le prix minimum doit être adapté en conséquence. Dans le cas des Organisations de Petits Producteurs, les Prix Minimum Fairtrade sont fixés au niveau de l'Organisation de Producteurs, et non pas au niveau des producteurs individuels (les membres de l'organisation).

Recommandations : Les Prix Minimum Fairtrade sont fixés à un ou plusieurs niveaux de la chaîne commerciale : Porte de la ferme (voir les définitions spécifiques de FLO sur les prix Porte de la Ferme), Ex Works (EXW), Free on Board (FOB), ou autres Incoterms – Termes Commerciaux Internationaux. Pour chaque vente de produit, un seul prix minimum s'applique, c'est-à-dire au niveau de prix où les responsabilités du producteur s'arrêtent. Les Prix Minimum Fairtrade fixés à la Porte de la Ferme ou EXW sont seulement applicables aux producteurs qui n'exportent pas eux-mêmes leurs produits. Les Prix Minimum Fairtrade fixés au niveau FOB sont uniquement applicables aux producteurs exportant leurs produits eux-mêmes. Par exemple, si une organisation de producteurs est responsable du produit jusqu'au niveau Ex-Works, alors le prix Ex-Works s'applique (quand il existe). Si aucun prix n'existe pour le niveau de responsabilités approprié du producteur, alors le prix minimum doit être adapté en conséquence. Pour les producteurs qui vont au-delà du niveau de responsabilités impliqué par le prix, tout coût additionnel supporté par le producteur doit être ajouté au prix minimum. Quand la responsabilité du producteur s'arrête avant le niveau auquel le prix est fixé, alors des coûts raisonnables inclus dans le prix mais non payés par le producteur peuvent être déduits du prix minimum. Ces coûts doivent être documentés. L'interprétation de « coûts raisonnables » dans ce contexte sera déterminée par l'organisme de certification. Par exemple, si le producteur est responsable de tous les coûts jusqu'au niveau Porte de la Ferme mais pas après, et sachant que le Prix Minimum Fairtrade est seulement fixé au niveau FOB pour ce produit donné, alors le prix que le producteur reçoit du payeur Fairtrade sera le prix FOB moins les coûts raisonnables de transport et d'exportation.

4.3.4 Dans certains cas, les prix minimum Fairtrade sont fixés aux niveaux adéquats, mais le producteur ou le payeur supporte les coûts de certaines activités qui ne sont pas répercutés dans le prix. Quand un producteur couvre un coût qui n'est pas inclus dans le prix minimum Fairtrade, alors ce coût supplémentaire doit être ajouté au Prix minimum Fairtrade payé au producteur.

Inversement, quand un coût particulier est inclus dans le Prix minimum Fairtrade, mais que le producteur n'est pas responsable de ce coût, alors ce coût peut être déduit du prix minimum Fairtrade payé au producteur.

Recommandations : Par exemple, si un producteur prend la responsabilité d'une activité qui n'est pas incluse dans le Prix minimum Fairtrade (ex : transport jusqu'au port, emballage ou transformation spécifique), le coût de ces activités supplémentaires sera ajouté au Prix minimum Fairtrade payé au producteur par le payeur Fairtrade.

D'un autre côté, si un producteur reçoit des intrants en nature de la part du payeur Fairtrade et que le producteur ne les paie pas, alors le coût des intrants devra être documenté et pourra être déduit du prix payé au producteur par le payeur Fairtrade.

4.3.5 (Nouveau 2011) Pour les ventes intérieures dans le pays producteur, les opérateurs peuvent uniquement vendre des produits finis porteurs de la Marque de Certification FAIRTRADE lorsqu'un contrat de licence valide a été signé avec Fairtrade international (voir Utilisation de la marque déposée Fairtrade). Pour les ventes sur le marché intérieur, au moins le prix minimum et/ou la prime Fairtrade à la Porte de la Ferme ou au niveau Ex Works doit être payé au producteur. Lorsqu'il n'existe qu'un prix minimum FOB Fairtrade (ou un prix minimum à un autre niveau d'exportation), alors des coûts raisonnables de transport et d'exportation peuvent être déduits du prix afin de calculer le prix minimum Fairtrade au niveau de vente du producteur. Ces coûts doivent être documentés. L'interprétation des « coûts raisonnables » dans ce contexte sera déterminée par l'organisme de certification.

En sus de ce prix, la prime Fairtrade doit être payée.

4.3.6 Si un producteur transforme lui-même un produit agricole et vend ce produit, alors le producteur et l'acheteur doivent négocier le prix du produit final. Ce prix négocié doit couvrir au moins le prix minimum Fairtrade de tous les intrants Fairtrade ainsi que les coûts de transformation. La prime Fairtrade s'ajoute au prix négocié et aux montants des primes de tous les intrants.

Ce Critère ne s'applique pas aux fruits pour leur transformation en fruits secs ou en jus ou en pulpe ou pour des produits ayant un prix minimum Fairtrade.

Ce Critère ne s'applique pas non plus aux opérateurs certifiés en tant que transformateurs.

4.3.7 Le paiement du Prix minimum et de la Prime Fairtrade doit être versé au plus tard dans les 30 jours suivant la date de facturation sauf indication contraire dans les standards des produits.

Recommandations : Le standard indique que le paiement des Prix Fairtrade doit être effectué dans un délai de 30 jours suivant la date de facturation. Les standards produits peuvent stipuler des conditions différentes.

Le Prix Fairtrade se compose du Prix Minimum Fairtrade (quand il existe et est applicable) et de la Prime Fairtrade.

Cette version du Standard du Commerce Équitable Fairtrade a été traduite de l'anglais. Bien que Fairtrade International ait fourni tous les efforts nécessaires pour offrir une traduction fidèle et de qualité, il est cependant à noter que la version anglaise prévaut lors de la certification et en cas de désaccord.

Annexe 1 Définitions

Cette annexe comprend les définitions actuelles des termes commerciaux tels qu'ils sont employés dans les standards Fairtrade et l'organisation de certification. Ces termes apparaissent soit dans le Standard Générique Commercial Fairtrade, soit dans les Standards de Produits Fairtrade.

Définitions

1. **Acheteur** : opérateur qui achète un produit certifié.
2. **Agent** : personne publique ou morale qui fournit des services de commercialisation ou de logistique aux opérateurs, mais qui à aucun moment ne devient propriétaire du produit certifié.
3. **Agent Promoteur (AP)** : terme utilisé par FLO dans le contexte des projets de production sous contrat. Cela peut être toutes sortes d'organisations intermédiaires légalement établies, soit un marchand (exportateur/commerçant) ou un non industriel (ONG ou privé) qui forment un partenariat avec les producteurs avec qui ils signent un contrat. L'agent promoteur dote les producteurs individuels d'une gamme de services divers, incluant l'appui à l'organisation. Il peut recevoir la Prime Fairtrade pour le compte des producteurs.

4. **Audit** : processus de vérification pour évaluer la conformité d'un opérateur et/ou un produit avec les standards Fairtrade.
 5. **Certificat** : confirmation écrite délivrée par une organisation de certification selon laquelle un opérateur ou un lot de produit(s) se trouvent en conformité avec le standard.
 6. **Certification** : procédé d'émission d'une confirmation par une organisation de certification selon laquelle un opérateur et/ou un lot spécifique de produits se trouve être en conformité avec ce standard.
 7. **Certification Rétroactive (ou « rétro certification »)** : lorsqu'un acheteur a acheté un produit à un producteur ou un convoyeur certifié dans des conditions ordinaires (non certifiées), et veut le convertir en produit certifié.
 8. **Comité des exceptions** : comité chargé de donner les directives pour l'attribution des exceptions. Les exceptions de Type II peuvent être accordées exclusivement par le Comité des exceptions.
 9. **Compensation de produit** : lorsqu'un acheteur achète un produit à un producteur non certifié ou à un convoyeur dans des conditions ordinaires (non certifiée), et veut convertir ce produit en un produit certifié en achetant plus tard la quantité et la qualité équivalente à un producteur certifié, qui est alors vendu comme un produit non certifié.
 10. **Consommateur** : le dernier usager du produit.
 11. **Contrat** : accord écrit entre deux parties ou plus.
 12. **Convoyeur** : opérateur qui reçoit le prix ou la prime Fairtrade d'un payeur Fairtrade et la fait suivre au producteur certifié.
 13. **Dérogation** : droit restreint de s'écarter d'un standard spécifique selon des conditions spécifiques.
 14. **Exception** : accord formel donnant à un opérateur la permission d'utiliser un ingrédient non certifié à la place d'un ingrédient certifié dans une composition de produit pour une période de temps définie et selon des conditions particulières.
 15. **Ex Works** : signifie que la livraison a lieu quand le vendeur met la marchandise à la disposition de l'acheteur en son établissement ou autre lieu convenu (usine, entrepôt, etc.) hors formalités douanières d'exportation et hors chargement sur des véhicules de ramassage.
- Standard Générique Commercial du Commerce Equitable Fairtrade, mai 2011 **25**
16. **Fairtrade International e.V. (FLO)** : Organisation Internationale de(s) Labellisation(s) Fairtrade, une organisation à but non lucratif qui développe les Standards Fairtrade, donne des conseils pour appuyer les producteurs Fairtrade et facilite le développement des marchés Fairtrade.
 17. **Filière de la prime** : une organisation qui ne commercialise pas de produits certifiés Fairtrade mais qui reçoit des primes Fairtrade et les fait suivre sur le compte de l'organisation de producteurs ou de l'organe mixte.
 18. **Force Majeure** : clause utilisée dans les contrats pour décharger une partie d'une obligation contractuelle dans l'éventualité d'une situation qui ne soit pas de son ressort, comme une guerre, des agitations civiles, une grève ou des conditions climatiques exceptionnelles.
 19. **Free on Board (FOB)** : signifie que la livraison a lieu quand les marchandises ont passé le bastingage du navire au port d'embarquement convenu. A partir de ce moment, tous les frais et les risques de pertes et d'endommagements des marchandises sont à la charge de l'acheteur. Sous les termes FOB, les formalités d'exportation incombent au vendeur.
 20. **Ingrédient** : toute substance, y compris tout additif alimentaire, utilisé dans la fabrication et la préparation d'un aliment et présent dans le produit final, bien que potentiellement sous une forme modifiée.
 21. **Ingrédient composé** : ingrédient composé de plusieurs éléments (par ex. les pépites de chocolat) qui n'est pas destiné à l'achat par le consommateur.
 22. **Ingrédient de transition** : ingrédient contenu dans un produit composé alimentaire qui n'est pas entièrement d'origine Fairtrade, mais qui dispose d'un projet écrit visant à le faire devenir 100% Fairtrade.
 23. **Laitier** : contenant du lait ou des produits laitiers.
 24. **Opérateur** : tout producteur, acheteur, vendeur ou convoyeur certifié en référence à ces standards.
 25. **Organe des Licences** : agent qui rédige et signe un contrat de licence avec un titulaire de licence. Dans les pays ayant un organisme de labellisation, ce dernier fait office d'organe des licences. Dans les pays sans organisme de labellisation, Fairtrade Labelling Organizations International e.V. (FLO) fait office d'organe des licences.
 26. **Organisme de Certification** : organisation tierce indépendante, ou parties tierces, à qui FLO a délégué les fonctions d'inspection et de certification.
 27. **Payeur Fairtrade** : acheteur responsable du paiement du Prix Minimum Fairtrade et de la Prime Fairtrade. Les acheteurs doivent vérifier leur statut potentiel de payeur Fairtrade avec

l'organisme de certification.

28. **Plan d'approvisionnement** : plan des quantités et qualités potentielles qui seront probablement achetées durant l'année ou la saison.

29. **Préfinancer** : financer des contrats avant la livraison ou la réception du produit.

30. **Prime Fairtrade** : montant payé aux producteurs en plus du paiement pour leurs produits. La Prime Fairtrade est prévue pour les investissements dans les activités de l'organisation des producteurs ou dans des projets communautaires (pour les organisations de petits producteurs ou les projets de production sous contrat) ou pour le développement socioéconomique des travailleurs et de leur communauté (pour les situations dépendant de main d'oeuvre salariée).

31. **Prix Fairtrade** : prix total payé aux producteurs comprenant le Prix Minimum Fairtrade (ou le prix du marché pertinent le cas échéant) et la Prime Fairtrade.

Standard Générique Commercial du Commerce Equitable Fairtrade, mai 2011 **26**

32. **Prix Minimum Fairtrade** : (quand il existe) le prix le plus bas qui puisse être payé par les acheteurs aux producteurs pour un produit certifié en conformité avec les Standards Fairtrade.

33. **Prix du marché** : prix calculé dans des conditions normales/ordinaires (incluant tous différentiels de qualité, variétés ou autres facteurs), sans référence à aucune Prime Fairtrade.

34. **Prix Porte de la Ferme** : ainsi utilisé par FLO, il se réfère au prix payé à l'entité de producteurs certifiée (par exemple: les Organisations de Petits Producteurs), et non à la ferme d'un producteur individuel. Porte de la Ferme veut donc dire que le vendeur (l'entité de producteurs certifiée) livre quand il met les marchandises à la disposition de l'acheteur en son établissement.

35. **Producteur** : entité qui a été certifiée selon le Standard Générique Fairtrade de FLO pour les Organisations de Petits Producteurs, le Standard Générique Fairtrade pour les situations dépendant de Main d'Oeuvre Salariée, ou le Standard Fairtrade pour les Projets de Production sous Contrat.

36. **Production sous Contrat (PC)** : agriculteurs qui sont sous contrat pour produire et vendre leurs produits à un prestataire de services. Dans le contexte du Fairtrade, la PC renvoie aussi au Standard Fairtrade décrivant la relation entre le prestataire de services (Agent Promoteur), les producteurs sous contrat et leurs représentants (Conseil Exécutif des Producteurs).

37. **Produit** : Produit signifie tout produit certifié qui a été produit et commercialisé à la fois selon les Standards spécifiques pour ce produit et selon les Standards génériques Fairtrade. Un produit peut être considéré produit principal ou produit secondaire. Un **produit principal** est le produit principal qui est issu d'un processus de production. Le terme « processus de production » s'applique à la fois à la production agricole et à la production agro-industrielle. Le paiement du Prix Minimum Fairtrade et /ou la Prime s'applique au produit principal. **Produit secondaire** signifie tout produit qui est issu du processus de production en plus du produit principal. Un produit secondaire peut être consommé directement, utilisé comme intrant dans un autre processus de production, rejeté ou recyclé. Un **produit secondaire** peut être un coproduit, ou un résidu. Un **produit dérivé d'un produit secondaire** est un produit secondaire transformé.

38.

39. **Produit composé** : produit prêt à la consommation composé de plus d'un ingrédient.

40. **Produit fini** : produit agréé à la fois pour le secteur du commerce de détail et pour le secteur hors domicile.

41. **Produit non certifié** : tout produit qui n'a pas été produit ou commercialisé dans les conditions des Standards Fairtrade.

42. **Produit non fini** : produit agréé qui n'est pas encore disponible pour les secteurs du commerce de détail et hors domicile.

43. **Sous-traitant** : particulier ou entreprise qui procure des services de transformation ou de fabrication au nom d'un opérateur mais qui ne prend pas possession légale du produit.

44. **Standard de Produit** : série de critères spécifiques au(x) produit(s) et qui s'appliquent uniquement aux opérateurs qui commercialisent un ou plusieurs produits couverts par ces standards.

45. **Traçabilité** : habilité à retracer l'historique, les applications et/ou la localisation d'un produit.

46. **Détenteur de licence** : entreprise agréée par une Initiative de labellisation ou par Fairtrade International en vue d'utiliser la Marque de Certification Fairtrade.

47. **Vendeur** : opérateur qui vend un produit certifié.

ANNEXE 6. NORME REGIONALE D'AGRICULTURE BIOLOGIQUE POUR L'AFRIQUE DE L'EST

EAST AFRICAN STANDARD EAS 456:2007

East African organic products standard

1 Scope

This East African Standard provides requirements for organic production. It covers plant production, animal husbandry, bee-keeping, the collection of wild products, and the processing and labelling of the products therefrom. It does not cover procedures for verification such as inspection or certification of products.

2 Normative references

This East African Standard incorporates by dated or undated reference, provisions from other publications. These normative references are cited at the appropriate places in the text and the publications are listed hereafter. For dated references, subsequent amendments to or revisions of any of these publications apply to this East African Standard only when incorporated in it by amendment or revision. For undated references the latest edition of the publication referred to applies.

CAC/GL 32, *Codex Alimentarius — Guidelines for the production, processing, labelling, and marketing of organically produced foods*

IFOAM *Basic Standards for Organic Production and Processing. Version 2005.*

3 Terms and definitions

For the purposes of this standard, the following definitions apply:

3.1 biodiversity

the variety of life: it includes genetic diversity (i.e., diversity within and among species), species diversity (i.e., the number and variety of species), and ecosystem diversity (total number of ecosystem types)

3.2 breeding

selection of plants or animals to reproduce or to further develop desired characteristics in succeeding generations

3.3 buffer zone a clearly defined and identifiable boundary area bordering an organic production site and adjacent areas that is established to avoid contact with substances which shall not be used according to this standard

3.4 child

a person under the specified age in the respective national legislations. In cases involving employment in hazardous sectors, *child* denotes a person under the age of 18 years

3.5 child labour

any employment that interferes with the legal rights of a child and culturally appropriate educational needs

3.6 contamination

pollution of organic product or land or contact with any material that would render the product unsuitable for organic production or as an organic product

3.7 conventional

any material, production, or processing practice that is not organic or organic “in-conversion”

3.8 conversion period

the time between the start of organic management and the time when crops and animal products qualify as organic

3.9 crop rotation

the practice of alternating the species or families of annual and/or biennial crops grown in a certain field in a pattern or sequence so as to break weed, pest and disease cycles and to maintain or improve soil fertility and the content of organic matter

3.10 food additive

any substance not normally consumed as a food by itself and not normally used as a typical ingredient of the food, whether or not it has nutritive value, the intentional addition of which to food for a technological (including organoleptic) purpose in the manufacture, processing, preparation, treatment, packing, packaging, transport or holding of such food results, or may be reasonably expected to result, (directly or indirectly) in it or its by-products becoming a component of or otherwise affecting the characteristics of such foods. The term does not include contaminants, or substances added to food for maintaining or improving nutritional qualities, or sodium chloride

3.11 food fortification

the addition of one or more essential nutrients to a food, whether or not it is normally contained in the food, for the purpose of preventing or correcting a demonstrated deficiency of one or more nutrients in the population or specific population groups

3.12 genetic engineering

a set of techniques from molecular biology (such as recombinant DNA) by which the genetic material of plants, animals, microorganisms, cells and other biological units are altered in ways or with results that could not be obtained by methods of natural mating and reproduction or natural recombination. Techniques of genetic modification include, but are not limited to, recombinant DNA, cell fusion, micro and macro injection, encapsulation, gene deletion and doubling. Genetically engineered organisms do not include organisms resulting from techniques such as conjugation, transduction and natural hybridization

3.13 genetically modified organism (GMO)

a plant, animal or microbe that has been transformed by genetic engineering

3.14 green manure

a crop that is incorporated into the soil for the purpose of soil improvement and which may include spontaneous crops, plants or weeds

3.15 habitat

the area over which a plant or animal species naturally exists; the area where a species occurs. It is also used to indicate types of habitat, e.g., seashore, riverbank, woodland, and grassland

3.16

ingredient

any substance, including a food additive, used in the manufacture or preparation of food and non-food products and present in the final product (although possibly in a modified form)

3.17 ionizing radiation

processing of food products by gamma rays, X-rays or accelerated electrons capable of altering a food's molecular structure for the purpose of controlling microbial contaminants, pathogens, parasites and pests in food, preserving food or inhibiting physiological processes such as sprouting or ripening

3.18 label

any written, printed or graphic representation that is present on a product, accompanies the product or is displayed near the product

3.19 operator

an individual or organization responsible for ensuring that the production system and the products meet this standard

3.20 organic

refers to the farming system and products described in this standard. Organic does not refer to organic chemistry

3.21 organic agriculture

a farming system in compliance with this standard

3.22 organic product

a product which has been produced, processed and handled in compliance with this standard

3.23 organic seed and planting material

seed and planting material that is produced by organic agriculture

3.24 parallel production

any production in which the same unit is growing, breeding, handling or processing the same products in both an organic and a non-organic system. A situation with organic and in-conversion production of the same product is also parallel production

3.25 processing aid

any substance (not including apparatuses or utensils) not consumed as a food itself and which is used in the processing of raw materials, foods, or ingredients to fulfil a certain technical purpose during treatment or processing and which may result in the presence of residues or derivatives in the final product

3.26 propagation

the reproduction of plants sexually (i.e., seed) or asexually (i.e., cuttings, root division)

3.27 shall

a required state or action

3.29 should

a recommended, desirable or expected state or action

3.30 synthetic

manufactured by chemical and industrial processes. Includes products not found in nature or simulation of products from natural sources (but not extracted from natural raw materials)

3.31 synthetic pesticide

synthetic product intended to prevent, eliminate or control a pest

3.32 traceability

the ability to follow the movement of a food through specified stage(s) of production, processing and distribution

3.33 in-convrision

a crop which is grown both as organic and non-organic (conventional or in-conversion) on the same farm

4 General requirements for organic production

4.1 General

The requirements of this clause shall apply to all categories of organic production and to all operators.

4.2 Documentation and transparency

4.2.1 The operator shall maintain records of the production, appropriate for the scale of production and the ability of the operator.

4.2.2 The operator shall give interested parties relevant information about the production.

4.2.3 The operator shall maintain a system for traceability of organic products.

4.3 Contamination

4.3.1 The operator shall avoid using chemical products that may endanger human health or the environment. Where there are products that are considered to be less harmful, they shall be used.

4.3.2 The operator shall take relevant precautionary measures to avoid the contamination of organic sites and products. Where there is a reasonable suspicion of substantial contamination by, for example, soil, water, air, inputs or ingredients, appropriate actions shall be taken.

Litter and production waste, both on farms and in processing, shall be handled in such a way that they do not contaminate the organic products or the environment.

Chemical products shall be properly labelled and safely stored.

4.3.3 Contamination of organic products that results from circumstances beyond the control of the operator may alter the organic status of the operation, the product or both.

4.4 Genetically Modified Organisms (GMOs)

4.4.1 Genetically modified organisms or their derivatives shall not be used or introduced through negligence or oversight. This includes animals, seed, propagation material, farm inputs such as fertilizers, soil conditioners and crop-protection materials.

4.4.2 Ingredients, additives or processing aids derived from GMOs shall not be used in organic processing.

4.4.3 Inputs, processing aids, and ingredients shall be traced back one step in the biological chain from which they are produced to verify that they are not derived from GMOs.

4.4.4 Genetically modified organisms shall not be used in the conventional production on farms that are not fully converted to organic production.

4.5 Social justice

4.5.1 Employees and workers shall be guaranteed basic human rights and fair working conditions in accordance with national and international conventions and laws.

4.5.2 The operator shall not use forced or involuntary labour.

4.5.3 Employees, casual workers and contractors of organic operations shall have the freedom to associate, the right to organize, and the right to bargain collectively.

4.5.4 Employees shall have equal opportunities and equal wages when performing the same level of work, regardless of colour, creed, ethnicity or gender.

4.5.5 The operator shall not hire child labour. Children may work on their family's farm or a neighbouring farm provided that such work is not dangerous to their health and safety and does not jeopardize their educational, moral, social and physical development. Such work shall be supervised by adults and authorized by a legal guardian.

4.5.6 The operator shall provide adequate health and safety measures for employees, casual workers and contractors.

4.5.7 An operator employing five or more permanent workers shall have a documented policy covering the aspects of 4.5.

4.6 Adherence to relevant legislation

The operator shall act in accordance with relevant legislation.

4.7 Knowledge about organic production

The operator shall ensure that all persons involved in organic production have adequate knowledge of organic production and the relevant parts of this standard.

5 Crop production

5.1 Conversion period and requirements

5.1.1 The conversion period for land shall be a minimum of one year of management according to this standard. If land that has been in fallow for at least one year is brought into production, no conversion period shall apply for that land.

5.1.2 The conversion period may be extended depending on past land use (for example, heavy use of pesticides with a risk of contamination of products and the nature of contaminants).

5.2 Farm conversion and parallel production

5.2.1 If the whole farm is not converted, the organic, in-conversion and conventional parts of the farm shall be clearly and continuously separated.

5.2.2 Land converted to organic production shall not be alternated (switched back and forth) between organic and conventional production.

5.2.3 A crop which is grown both as organic and non-organic (conventional or in-conversion) on the same farm shall not be sold as organic unless the production is managed in a way that allows clear and continuous separation of the organic and non-organic production (e.g., the varieties for the organic and non-organic crop differ in such a way that they can easily be distinguished from each other).

5.3 Biodiversity

5.3.1 The operator shall demonstrate care for biodiversity throughout the farm holding.

5.3.2 Culturally or legally protected primary ecosystems, such as primary forests and wetlands, shall not be cleared or drained for the purpose of establishing production according to this standard.

5.3.3 To the extent possible and appropriate to the crop and the conditions, trees shall be present in the fields.

NOTE Older, fruiting trees are especially important to insects and birds.

5.3.4 Natural boundaries such as hedges, paths and ditches should be encouraged.

NOTE Hedges, paths and ditches act as important wildlife corridors through agricultural land, help to maintain a diverse ecology, and provide a habitat for many beneficial animals and insects and shelter for livestock.

5.4 Farming system diversity

5.4.1 Diversity in plant production, organic matter, soil fertility, microbial activity and soil and plant health shall be stimulated by crop rotation, intercropping, agro-forestry and other appropriate measures.

For annual crops, crop rotation shall be practised.

For perennial crops, other plants shall be intercropped. For perennial crops that are grown as monocultures where intercropping is not possible (e.g., sugarcane and tea), other means to secure diversity shall be applied to the growing system.

5.4.2 The operator is encouraged to use and preserve indigenous breeds, varieties and species of plants and animals.

5.5 Soil and water conservation, including erosion control

5.5.1 Soil conservation shall be an integral part of the organic farming system. In order to prevent erosion by wind and water, the operator shall take measures appropriate to the specific local conditions of climate, soil, slope and land use. Examples are the use of windbreaks, soil cover, cover crops, minimum tillage, fallowing (with vegetation cover), mulching, terraces and contour planting.

5.5.2 Relevant measures shall be taken to prevent or remedy the salinisation of soil and water.

5.5.3 Burning of vegetation shall be restricted and controlled to protect organic matter and biodiversity.

5.5.4 The operator shall not deplete or excessively exploit water resources and shall seek to conserve water resources and quality. Where necessary, the operator shall collect or harvest rainwater.

5.6 Soil fertility management

5.6.1 Appropriate use and recycling of nutrients, an appropriate crop rotation, and efforts to minimise nutrient losses shall be implemented by the operator.

5.6.2 Material of microbial, plant or animal origin shall form the basis of the soil fertility programme. Fertilizers of mineral origin shall be applied in the form which they are naturally composed and extracted. They shall not be rendered more soluble by chemical treatment, other than the addition of water. Mineral fertilizers may only be used for long-term fertility needs along with other techniques such as organic-matter additions, green manures, crop rotations and nitrogen fixation by plants.

5.6.3 Fertilizers and soil conditioners approved for use in organic agriculture according to the IFOAM Basic Standards or CAC GL32 may be used.

Fertilizers and soil conditioners of natural origin may be used unless listed in Annex C.

Fertilizers and soil conditioners of synthetic origin may be used if listed in Annex B.

5.7 Pest, disease and weed management

5.7.1 Physical, cultural and biological methods for pest, disease and weed management, including the application of heat, may be used.

5.7.2 Inputs for pest, disease, weed or growth management approved for use in organic agriculture according to the IFOAM Basic Standards and CAC/GL 32 may be used.

Active ingredients of natural origin in inputs for pest, disease, weed or growth management may be used unless listed in Annex C.

Active ingredients of synthetic origin may be used if listed in Annex B.

5.7.3 Non-active ingredients, such as carriers and wetting agents, shall not be carcinogens, teratogens, mutagens or neurotoxins.

5.8 Seeds, seedlings, and planting materials

5.8.1 Seeds, seedlings and planting materials from organic production shall be used. If organic seeds, seedlings and planting materials are not commercially available, then conventional, chemically untreated seed, seedlings and planting material may be used.

Only if these are not commercially available may chemically treated seeds, seedlings and planting materials be used. The operator shall demonstrate the apparent need for such use.

All use of chemically treated seeds, seedlings and planting materials shall be documented.

5.9 Mushroom production

5.9.1 The culture substrate for mushrooms shall be constituted of organic ingredients such as organic grain, seed-cakes and straw.

Where organic substrates are not commercially available in sufficient quality and quantity, ingredients from conventional production or of natural origin which do not pose a risk of contamination may be used.

5.9.2 Inputs used in mushroom production shall be in accordance with 5.6, 5.7 and 5.8.

5.10 Contamination

5.10.1 Where there is an apparent and substantial risk of contamination from adjacent farms, the operator shall implement measures, including barriers and buffer zones, to avoid or limit the contamination.

5.10.2 Machines, equipment and tools (e.g., seed drills, fertilizer spreaders and spraying equipment) used in non-organic production shall be cleaned before they are used in organic production.

5.10.3 Treatment of animals against ticks and other ectoparasites shall be administered in such a way that the risk of the contamination of crop land is minimised.

5.11 Draught animals

Draught animals, when used in organic plant production, shall be treated according to the animal management standards (6.3). Working conditions for draught animals shall not be adverse to the health and development of the animal.

6 Animal husbandry

6.1 Conversion and brought-in animals

6.1.1 The animal husbandry and individual animals brought into a herd shall undergo a conversion period according to the following:

Type of production	Species	Length of conversion period
Meat production	cows	12 months
poultry		45 days
sheep, goats, pigs		3 months
rabbits		45 days
Dairy production	all species	3 months
Eggs	all species	45 days

6.1.2 Animals shall be raised organically from birth. Where organic livestock is not available, conventional animals may be brought in, according to the following maximum age limits:

- 2-day-old chicks for meat production;
- 18-week-old hens for egg production;
- 2 weeks old for any other poultry;
- 3 months old for piglets;
- 3 months old for calves;
- 3 months for goats and sheep.

Older animals may be brought in for breeding only.

6.2 Parallel production

Products from the same type of animal and the same type of production which are both organic and non-organic (conventional or in-conversion) on the same farm shall not be sold as organic unless the production is done in a way that allows for the clear and continuous separation of the organic and non-organic productions.

6.3 Animal management

6.3.1 Animals shall be kept in accordance with good animal-husbandry practices.

Animals shall have access to sufficient fresh air, water and feed.

Animals shall have access to protection from direct sunlight, excessive noise, heat, rain, mud and wind to reduce stress and ensure their well-being.

Animals shall not be mistreated or beaten.

6.3.2 Animals shall have the living conditions and be managed according to their natural behavioural needs. For example:

- Pigs shall be provided with material to root.

- Goats shall have the possibility of climbing.
- Chickens shall have the possibility of scratching and of taking regular dust baths.

Animals shall have the living conditions and be managed in a way that prevents abnormal behaviour, injury and disease.

6.3.3 Animals shall have sufficient space for free movement, according to their natural behaviour.

6.3.4 Housing conditions shall ensure sufficient lying and resting areas that correspond to the natural needs of the animals. Animals shall have a dry resting area whenever possible. They shall also be provided with natural bedding where appropriate.

6.3.5 Pens and holding areas shall be cleaned regularly.

6.3.6 Tethering may be practised, provided it does not affect the well-being of the animal. The animal shall have access to adequate feed, shade and water. The method of tethering shall enable the animal to freely move within the grazing area without getting entangled or choked. The tethering shall not cause wounds or otherwise physically harm animals.

6.3.7 Animals shall have the opportunity to feed according to their natural behaviour, e.g., grazing. However, where the bringing of fodder is a more sustainable way to use land resources than grazing, animals may be fed with brought fodder, provided that the animals have access to an outdoor run on a regular basis.

6.3.8 Grazing management shall not degrade soil, pasture and water resources.

6.4 Breeding

6.4.1 Artificial insemination may be practised.

6.4.2 Embryo-transfer techniques and cloning shall not be used.

6.5 Mutilations

Mutilations may not be practised, except in the following cases:

- castration
- ringing
- dehorning (only of young animals)

Mutilations shall be done in such a way that the suffering of the animal is minimised. Anaesthetics shall be used where appropriate.

6.6 Animal feeds

6.6.1 Animals shall be fed 100 % organic feedstuff. Where the quantity or quality of commercially available organic feed is inadequate, the daily maximum percentage of non-organic feed shall be

40 %, calculated on a dry-matter basis.

6.6.2 All animals shall have access to fresh fodder. Ruminants shall get fresh fodder daily through grazing or feeding. Where such fodder is not available, preserved fodder may be used.

6.6.3 To ensure a connection between plant production and animal husbandry, at least 60 % of feed shall come from the farm itself or be produced in cooperation with other organic farms.

6.6.4 The following products shall not be included in the feed:

- meat, bone and other abattoir waste products to ruminants
- chicken manure or other animal manure to ruminants
- Feeds subjected to solvent extraction (e.g., hexane) or the addition of other chemical agents
- amino-acid isolates
- urea and other synthetic nitrogen compounds

- synthetic growth promoters or stimulants
- antibiotics
- synthetic appetizers
- artificial colouring agents
- genetically engineered organisms or products thereof

6.6.5 Feed preservatives may not be used except for

- plant-based products,
- by-products from the food industry (e.g., molasses),
- bacteria, fungi and enzymes,

6.6.6 Animals may be fed vitamins, trace elements and supplements from natural sources. Synthetic vitamins, minerals and supplements may be used where natural sources are lacking in quantity or quality.

6.6.7 Young stock from mammals shall be raised on maternal milk or organic whole milk from their own species. Young animals shall be allowed to suckle.

Where organic whole milk is not available, conventional whole milk shall be used. Milk replacements may be used only in emergencies and shall not contain ingredients mentioned in 6.6.4.

Animals shall be weaned only after a minimum time that takes into account the natural behaviour and physical needs of the animal.

6.7 Parasite and disease management

6.7.1 Disease prevention in organic livestock production shall be based on the following:

- the choice of appropriate breeds or strains of animals;
- the application of animal-husbandry practices appropriate to each species, encouraging strong resistance to disease and the prevention of infections;
- the use of good quality organic feed, regular exercise, and access to pasture or runs in the open air;
- an appropriate density of livestock.

6.7.2 If an animal becomes sick or injured despite preventative measures, it shall be treated promptly and adequately. As a first option, phytotherapeutic and other alternative treatments shall be used where they are proven to be effective in curing sickness or healing an injury.

An operator may use synthetic veterinary drugs, antibiotics or synthetic pesticides only if preventive and alternative practices are unlikely to be effective in curing sickness or healing an injury.

The operator shall not withhold medication from sick or injured animals, even if the use of such medication would cause the animal to lose its organic status.

6.7.3 Treatments with synthetic pesticides or veterinary drugs against parasites shall be based on knowledge of the parasites and the chemical treatment used. All treatments with synthetic pesticides or veterinary drugs against parasites shall be documented.

6.7.4 Withholding periods after treating animals with synthetic veterinary drugs, antibiotics or synthetic pesticides shall not be less than double the period required by legislation or a minimum of 48 hours, whichever is longer.

6.7.5 Vaccinations may only be used when:

- an endemic disease is known or is expected to be a problem in the region of the farm; and where this disease cannot be controlled by other management techniques; or

- vaccination is legally required.

6.7.6 Hormonal treatment may be used only for therapeutic reasons and under veterinary supervision.

6.7.7 Synthetic growth promoters or substances used for the purpose of stimulating production shall not be used.

6.8 Transport and slaughter

Handling, including transport and slaughter, shall be carried out calmly and gently and involve the minimum of physical and mental strain or stress for the animal.

The animals shall be provided with conditions that minimise stress and other adverse effects of

- hunger and thirst,
- extreme temperatures or relative humidity,
- mixing different groups, sexes, age, and health status.

7 Bee-keeping

7.1 Conversion and brought-in bees and swarms

7.1.1 Bee colonies may be converted to organic production. The conversion period for a colony is one honey harvest cycle.

7.1.2 If the wax has been contaminated with pesticides it shall be replaced by organic wax at the start of the conversion period.

7.1.3 Introduced bees shall come from organic production units where available or otherwise from traditional bee-keeping.

Swarms from other areas can be used without a conversion time if there is no risk of contamination.

7.2 Location and construction

7.2.1 Hives shall be situated in organically managed fields and/or wild natural areas. Hives shall be placed in an area with sufficient forage, access to water, honeydew, nectar and pollen.

7.2.2 Organic wax shall be used for starter combs. Where organic wax is not available, conventional wax may be used. The conventional wax shall not be contaminated with synthetic pesticides.

7.2.3 Hives shall consist of materials presenting no risk of toxic effects to the bees or the bee products.

7.3 Feed

7.3.1 The honeydew, nectar and pollen shall mainly come from plants that are either wild or that fulfil organic crop requirements.

7.3.2 Supplementary feeding of colonies can be undertaken to overcome temporary feed shortages due to climatic or other exceptional circumstances. In such cases, organically produced honey or sugars shall be used, where available.

7.4 Husbandry

7.4.1 The health of bee colonies shall be maintained by good management practices, with emphasis on disease prevention through breed selection and hive management. This includes:

- the use of breeds that adapt well to local conditions;
- renewal of queen bees, where necessary;
- regular cleaning and disinfecting of equipment;
- regular renewal of beeswax;

- availability in hives of sufficient pollen and honey;
- placing of hives so that the temperature is favourable to the bees;
- inspection of hives to detect any anomalies;
- disinfection, isolation or destruction of contaminated hives and materials.

7.4.2 For pest and disease control, the following may be used:

- lactic, oxalic, acetic acid;
- sulphur;
- natural etheric oils (e.g., menthol, eucalyptol, camphor, thymon, lemongrass oil);
- *Bacillus thuringiensis*;
- steam and direct flame;
- glycerol;
- phytotherapeutic treatment;
- wood ash.

Should these processes and substances fail, synthetic veterinary drugs, antibiotics or synthetic pesticides may be used. If they are used, the colony shall undergo a new conversion. Used engine oil shall not be used for pest control.

7.5 Harvest

7.5.1 At the harvest, colonies shall be left with reserves of honey, brood and pollen sufficient for the survival of the colony.

7.5.2 Synthetic repellents shall not be used during the harvest of bee products. Smoking shall be kept to a minimum. Smoking materials shall be of natural origin.

8 Wild collection

8.1 Wild harvested organic products shall originate from a stable and sustainable growing environment. The harvest shall not be at a rate that exceeds the sustainable yield of the species or the ecosystem, and it shall not threaten the existence of plant, fungal, or animal species, including those not directly exploited.

8.2 The operator shall harvest products only from a clearly defined area where synthetic pesticides and other substances not allowed by this standard have not been applied for at least three years before harvest. The harvest area shall be at an appropriate distance from conventional farms and sources of contamination.

9 Handling, storage and processing

9.1 Separation

9.1.1 The integrity of organic products shall be maintained throughout the phases of post-harvest handling, storage, processing and transport.

9.1.2 All organic products shall be clearly identified as organic. Throughout the entire process of storage and transportation, the products shall be stored and transported in a way that prevents their contact or mixing with non-organic products.

9.2 Ingredients

9.2.1 All ingredients used in organic products shall be organically produced where commercially available in sufficient quality and quantity.

NOTE The labelling requirements in Clause 10 apply.

Water and edible salt may be used as ingredients in the production of organic products and are not included in the percentage calculations of organic ingredients.

9.3 Technologies

9.3.1 Technologies used to process and preserve organic products shall be biological, physical or mechanical. Ionizing radiation shall not be used.

9.3.2 Only water, ethanol, plant and animal oils, vinegar, carbon dioxide, and nitrogen may be used as solvents for extraction.

9.3.3 Equipment shall not contain substances that may negatively affect the product.

9.3.4 Controlled atmosphere may be used for storage.

9.4 Additives and processing aids

9.4.1 Preparations of enzymes and micro-organisms (with the exception of genetically engineered micro-organisms and their derivatives) may be used in food processing.

9.4.2 Synthetic substances (including nature-identical colourings, flavourings, and taste-enhancing) shall not be used.

9.4.3 Food additives and processing aids in accordance with IFOAM Basic Standards or CAC/GL 32 may be used. Annex D contains the food additives and processing additives that were accepted at the time of publication of this standard. If the substances listed in Annex D can be found in nature, natural sources are preferred. Substances of organic origin are preferred.

9.5 Food fortification

Synthetically produced minerals (including trace substances), vitamins, amino acids and other nitrogen compounds may be used for food fortification purposes only where legally required or in cases in which dietary or nutritional deficiency can be demonstrated.

9.6 Packaging materials

9.6.1 Packaging materials shall not contaminate the organic product.

9.6.2 Organic products shall not be packaged in materials that have been used for or treated with chemical fertilizers or pesticides or other substances that may compromise the organic integrity of the product.

9.6.3 Environmentally adapted packaging shall be preferred. Polyvinyl chloride (PVC) and other chlorine-based plastics shall be avoided if possible.

9.7 Hygiene and pest management

9.7.1 Pest-management measures shall be established and maintained to ensure that areas used for the storing, handling and processing of organic products are effectively protected against pests.

9.7.2 Management of pests shall be achieved mainly by means of scrupulous hygiene, cleaning and sanitation.

9.7.3 To manage pests, the following methods may be used:

- preventive methods such as disruption, elimination of habitat, and access to facilities
- mechanical, physical and biological methods
- substances listed in Annex B

9.7.4 If the methods listed above are unsuccessful, conventional pest control (e.g., fumigations) may be used, with maximum care, under the following conditions:

- Ethylene oxide, methyl bromide, aluminium phosphide or ionizing radiation may not be used.
- Organic products shall be moved out of the treated area.
- The operator shall take precautions to prevent contamination and include measures to decontaminate the equipment or facilities.
- The treatment shall be carried out under the supervision of a qualified person or organization.

- Records of date, substance and area treated shall be kept of all pest-control and fumigation measures taken.

10 Labelling

10.1 A raw or processed product labelled as “organic” shall contain, by weight, excluding water and edible salt, no less than 95 % organic ingredients. The remaining ingredients may include non-organic ingredients fulfilling the relevant parts of this standard.

10.2 A product labelled as “made with organic ingredient(s)” shall contain, by weight, excluding water and edible salt, at least 70 % organic ingredients. The remaining ingredients may include non-organic ingredients fulfilling the relevant parts of this standard.

10.3 For a product in which less than 70 % of the ingredients are organic, the word *organic* may be stated in the ingredient panel or in conjunction with the organic ingredient.

10.4 All ingredients of a multi-ingredient product shall be listed on the product label in order of their weight percentage. It shall be apparent which ingredients are of organic origin and which are not. All additives shall be listed with their full name. Where herbs and/or spices constitute less than 2 % of the total weight of the product, they may be listed as “spices” or “herbs” without stating the percentage.

10.5 The name and contact address of the responsible operator shall appear on the labelling for products in their final consumer packaging.

10.6 Labelling shall follow the applicable legislation.

10.7 A statement that the product is “produced according to the East Africa Organic Standard” may be made on the labels.

Annex A (informative) IFOAM principles of organic agriculture

A.1 Preamble

These Principles are the roots from which organic agriculture grows and develops. They express the contribution that organic agriculture can make to the world and a vision to improve all agriculture in a global context.

Agriculture is one of humankind’s most basic activities because all people need to nourish themselves daily. History, culture and community values are embedded in agriculture. The Principles apply to agriculture in the broadest sense, including the way people tend soils, water, plants and animals in order to produce, prepare and distribute food and other goods. They concern the way people interact with living landscapes, relate to one another and shape the legacy of future generations.

The Principles of Organic Agriculture serve to inspire the organic movement in its full diversity. They guide IFOAMs development of positions, programs and standards. Furthermore, they are presented with a vision of their world-wide adoption.

Organic agriculture is based on:

- The Principle of Health
- The Principle of Ecology
- The Principle of Fairness
- The Principle of Care

Each principle is articulated through a statement followed by an explanation. The principles are to be used as a whole. They are composed as ethical principles to inspire action.

A.2 The principle of health

Organic agriculture should sustain and enhance the health of soil, plant, animal, human and planet as one and indivisible.

This principle points out that the health of individuals and communities cannot be separated from the health of ecosystems — healthy soils produce healthy crops that foster the health of animals and people.

Health is the wholeness and integrity of living systems. It is not simply the absence of illness, but the maintenance of physical, mental, social and ecological well-being. Immunity, resilience and regeneration are key characteristics of health.

The role of organic agriculture, whether in farming, processing, distribution, or consumption, is to sustain and enhance the health of ecosystems and organisms from the smallest in the soil to human beings. In particular, organic agriculture is intended to produce high quality, nutritious food that contributes to preventive health care and well-being. In view of this it should avoid the use of fertilizers, pesticides, animal drugs and food additives that may have adverse health effects.

A.3 The principle of ecology

Organic agriculture should be based on living ecological systems and cycles, work with them, emulate them and help sustain them.

This principle roots organic agriculture within living ecological systems. It states that production is to be based on ecological processes, and recycling. Nourishment and well-being are achieved through the ecology of the specific production environment. For example, in the case of crops this is the living soil; for animals it is the farm ecosystem; for fish and marine organisms, the aquatic environment.

Organic farming, pastoral and wild harvest systems should fit the cycles and ecological balances in nature. These cycles are universal but their operation is site-specific. Organic management must be adapted to local conditions, ecology, culture and scale. Inputs should be reduced by reuse, recycling and efficient management of materials and energy in order to maintain and improve environmental quality and conserve resources.

Organic agriculture should attain ecological balance through the design of farming systems, establishment of habitats and maintenance of genetic and agricultural diversity. Those who produce, process, trade, or consume organic products should protect and benefit the common environment including landscapes, climate, habitats, biodiversity, air and water.

A.4 The principle of fairness

Organic agriculture should build on relationships that ensure fairness with regard to the common environment and life opportunities.

Fairness is characterized by equity, respect, justice and stewardship of the shared world, both among people and in their relations to other living beings.

This principle emphasizes that those involved in organic agriculture should conduct human relationships in a manner that ensures fairness at all levels and to all parties – farmers, workers, processors, distributors, traders and consumers. Organic agriculture should provide everyone involved with a good quality of life, and contribute to food sovereignty and reduction of poverty. It aims to produce a sufficient supply of good quality food and other products.

This principle insists that animals should be provided with the conditions and opportunities of life that accord with their physiology, natural behaviour and well-being.

Natural and environmental resources that are used for production and consumption should be managed in a way that is socially and ecologically just and should be held in trust for future generations. Fairness requires systems of production, distribution and trade that are open and equitable and account for real environmental and social costs.

A.5 The principle of care

Organic agriculture should be managed in a precautionary and responsible manner to protect the health and well-being of current and future generations and the environment.

Organic agriculture is a living and dynamic system that responds to internal and external demands and conditions. Practitioners of organic agriculture can enhance efficiency and increase productivity, but this should not be at the risk of jeopardizing health and well-being. Consequently, new technologies need to be assessed and existing methods reviewed. Given the incomplete understanding of ecosystems and agriculture, care must be taken.

This principle states that precaution and responsibility are the key concerns in management, development and technology choices in organic agriculture. Science is necessary to ensure that organic agriculture is healthy, safe and ecologically sound.

However, scientific knowledge alone is not sufficient. Practical experience, accumulated wisdom and traditional and indigenous knowledge offer valid solutions, tested by time. Organic agriculture should prevent significant risks by adopting appropriate technologies and rejecting unpredictable

ones, such as genetic engineering. Decisions should reflect the values and needs of all who might be affected, through transparent and participatory processes.

Annex B (informative)

List of substances which may be used in organic plant production

[Clause 5.6, 5.7 and 9.7]

Annex C (informative)

List of natural substances which may not be used in organic plant production

Annex D (informative) **List of additives and processing aids for organic food processing**

Reference clause 9.4

Source :

http://www.unep-unctad.org/cbtf/events/dsalaam2/EAS%20456-2007_Organic%20products%20standard_w_cover.pdf (08.10.2012)

Index

A

AccountAbility, 66, 89, 90, 92, 267

Accréditation, 13, 152, 243, 559, 567

Agriculture biologique, 12, 112

AROS, 7, 444, 455

Assistance technique, 17, 471

B

Benchmarking, 456, 457, 458, 483, 541

C

Certification, 8, 13, 17, 68, 98, 106, 138, 147, 152, 153, 241, 434, 438, 440, 441, 442, 444, 454, 477, 478, 479, 480, 506, 515, 516, 542, 543, 545, 546, 548, 549, 551, 559, 560, 564, 566, 567, 601, 602, 613, 614, 615

Comité SPS, 12, 17, 24, 136, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 156, 159, 163, 318, 334, 335, 361, 462, 518, 553, 554, 555, 556, 557, 563

Commerce équitable, 11, 95, 280

COROS, 7, 147, 441, 444, 451, 455

D

Droit en réseau, 14, 305

Droit transnational, 14, 308

E

Effectivité, 13, 228, 229, 230, 239, 524

Effectivité de la norme, 13, 230

Equivalence, 8, 16, 17, 113, 146, 244, 429, 430, 445, 447, 452, 454, 457, 466, 468, 478, 479, 480, 506, 541, 549

Ethique, 14, 53, 75, 258, 259, 264, 270, 499, 500, 502, 510, 516, 520, 528, 538

Evaluation comparative, 16, 455

F

FSC (Forest Stewardship Council), 65, 207

G

GFSI, 8, 16, 69, 116, 117, 118, 164, 167, 169, 300, 457, 458, 460, 483, 560

Global Compact, 11, 52, 67, 85, 86, 127, 207, 262, 299, 568, 585

GlobalGAP, 16, 61, 66, 68, 69, 114, 115, 146, 165, 167, 169, 299, 300,

310, 456, 457, 458, 459, 460, 475, 476, 482, 483, 484, 485, 486, 541, 543, 560, 564	Légitimité, 173, 245, 246, 522
Gouvernance, 32, 48, 52, 512, 523	M
GSCP (Global Social Compliance Programme), 459	Méta-normes, 11, 73
H	MSC (Marine Stewardship Council), 65
HACCP, 8, 12, 74, 111, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 148, 170, 207, 382, 460, 566	N
Harmonisation, 8, 15, 16, 146, 173, 351, 430, 436, 438, 506, 542, 546	Normalisation, 152, 531, 533, 559
I	Normes collectives, 11, 66, 564
IFOAM (International Federation of Organic Agriculture Movements), 113, 450	Normes d'entreprises, 564
ISEAL, 8, 11, 18, 65, 66, 68, 69, 74, 96, 102, 106, 107, 108, 109, 165, 267, 309, 431, 433, 449, 561, 586, 587, 588, 589, 595, 598	Normes d'ONG, 11, 64
ISO, 8, 11, 12, 14, 31, 42, 53, 64, 67, 69, 72, 73, 79, 83, 87, 91, 92, 93, 95, 101, 103, 104, 105, 108, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 145, 148, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 170, 172, 198, 205, 207, 240, 241, 243, 249, 251, 262, 266, 267, 268, 299, 340, 342, 349, 355, 356, 357, 359, 435, 440, 449, 451, 456, 457, 466, 473, 481, 530, 548, 553, 563, 587, 588	O
ISO 14000, 11, 83, 101, 103, 104, 105, 125, 145, 161, 207, 267, 449, 530	Organe d'appel, 8, 239, 312, 318, 337, 373, 385, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 395, 396, 398, 399, 405, 408, 410, 412, 561, 562
L	P
Labels, 11, 79, 137, 138, 139, 255, 380, 382, 507, 509, 522, 539	Pluralisme, 10, 30, 31, 509, 519, 529, 532, 536
	Q
	Qualité, 14, 63, 102, 109, 254, 256, 257, 563, 564, 565, 606
	R
	Régulation, 513, 514, 525
	Responsabilité, 9, 10, 11, 15, 51, 52, 84, 265, 326, 365, 497

RSE, 9, 14, 22, 51, 52, 53, 75, 76, 84,
89, 93, 94, 199, 208, 259, 260, 261,
262, 263, 264, 265, 266, 267, 268,
269, 270, 271, 272, 273, 274, 299,
516

S

SQF (Safe Quality Food), 61

Standardisation, 22

Standards Map, 16, 431, 432, 472

Systèmes, 11, 14, 17, 103, 104, 123,
124, 288, 290, 476, 477, 478, 479,
563

Systèmes de gouvernance, 14, 288

Systèmes participatifs de garantie, 17,
476, 477



Résumé :

Les normes privées intéressent le droit international à un double titre : se développant en marge du système interétatique classique, elles constituent l'un des visages d'une régulation privée transnationale émergente et soulèvent la question théorique de leur statut en droit international. Par ailleurs, leurs effets sur le commerce international (et particulièrement le fait qu'elles constituent un obstacle aux exportations des PED vers les marchés occidentaux), conduisent à s'interroger sur l'opportunité et les modalités de leur réglementation par le droit international des échanges.

En dépit de leur diversité empirique qui rend difficile toute tentative de systématisation et de qualification juridique, nous considérons que la qualité des produits, qui constitue le fondement téléologique commun des normes privées, permet d'en justifier l'unité théorique et de les considérer comme un phénomène juridique à part entière. Nous démontrerons que les normes privées sont l'une des manifestations d'un droit transnational se développant en parallèle du droit interétatique « classique » et qu'elles jouissent par conséquent d'un statut juridique propre. De ce fait, leur rapports avec la branche du droit international qu'elles intéressent le plus directement, le droit international des échanges, ne peuvent se limiter à l'approche classique de réglementation (ou approche « répressive », en ce qu'elle a pour seul but d'en limiter les effets restrictifs pour le commerce) mais doivent se concevoir dans une optique de coordination.

Descripteurs : normes privées, droit transnational, pluralisme, OMC.

Title and Abstract :

Private quality standards – A transnational legal phenomenon.

The recent proliferation of private standards is not only of growing interest to economists who seek to evaluate its impact on trade flows; it is also relevant to international law, particularly to international economic law, in a double perspective. First, from the perspective of legal theory, the legal status of private standards has still to be determined. Second, from an empirical standpoint, private standards have the potential to negatively impact the access of developing countries to the markets of developed countries. This raises the question of the opportunity and modalities of submitting them to the disciplines of the WTO Agreements. This study demonstrates that private standards are one of the expressions of broader 'transnational law', a body of law that has been developing in parallel to 'traditional' state-centered international law. This implies that international law cannot merely consider private standards as an object to be disciplined; rather, the traditional 'repressive' approach should be rejected in favor of a more collaborative approach stressing the interrelations between the two bodies of norms as well as possible forms of coordination.

Keywords : private standards, transnational law, legal pluralism, WTO.