

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux » in Frydman, B. et Van Waeyenberge, A., *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruylant, 2013, pp. 5-65 .

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2013-prendre-les-standards-et-les-indicateurs-au-serieux>

Benoit Frydman

LES travaux que nous conduisons depuis une quinzaine d'années au sein du Centre Perelman de philosophie du droit sur les transformations du droit contemporain dans le contexte de la globalisation nous ont conduit à observer, dans les différents « chantiers » que nous avons étudié, que le droit global en construction ne se caractérise pas seulement par un changement d'échelle des règles, mais par une mutation en profondeur des formes et des procédures de régulation, ainsi de la nature même des normes en usage¹²³. Nous avons pu constater, dans nos recherches menées selon la méthode pragmatique propre à l'École de Bruxelles⁴, que les règles juridiques classiques sont de plus en plus concurrencées par d'autres types de normes, en particulier les normes techniques et de gestion, qui semblent trouver, spécialement dans le contexte supra- ou transnational, un terrain d'épanouissement favorable au détriment des règles et des institutions juridiques classiques⁵. Il nous est dès lors apparu nécessaire et urgent de porter toute notre attention à ces « autres » formes de normativités, qui ne font pas partie du catalogue classique des sources du droit, d'en comprendre l'origine, la logique et le fonctionnement, d'étudier les manières dont elles exercent et accroissent leur emprise et entrent en relation avec les règles juridiques et les institutions politiques⁶.

Dans une première partie (I), nous esquisserons les grandes étapes de l'histoire entrecroisée des normes techniques et des dispositifs de gestion, qui n'est pas moins ancienne que celle des règles juridiques, afin de mieux comprendre les instruments spécifiques et les logiques spécifiques qui président à leur évolution et au déploiement de leur

1. Je remercie Gregory Lewkowicz et Arnaud Van Waeyenberge pour l'aide qu'ils m'ont apportée dans la rédaction de cette étude, à la fois par leurs réflexions, leurs suggestions et leur relecture.

2. Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB) et à Sciences Po (Paris). Président du Centre Perelman de philosophie du droit. Membre de l'Académie royale des sciences de Belgique.

3. Pour une synthèse récente de ces travaux, voy. B. Frydman, « Comment penser le droit global », in J.Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp. 17-48.

4. Sur l'approche pragmatique du droit par l'École de Bruxelles, voy. B. Frydman et G. Lewkowicz, *Le droit selon l'École de Bruxelles*, éd. de l'Académie royale de Belgique, à paraître en 2014. V. aussi : B. Frydman, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », in B. Frydman et M. Meyer, *Chaim Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012, pp. 229-246 et B. Frydman, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70 (2013), pp. 92-98.

5. Le même constat était déjà fait de manière précoce par D. Loschak, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, P.U.F., 1983, pp. 51 et s.

6. Pour une entreprise similaire récente, menée dans le cadre du mouvement Global Administrative Law (GAL) par l'Université de New-York (NYU) : K. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury & S. Engle Merry (eds), *Governance by Indicators. Global Power Through Quantification and Rankings*, Oxford U.P., 2012.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

puissance normative⁷. Dans la deuxième partie (II), nous montrerons, sur la base d'exemples précis et variés, comment les normes techniques et de gestion imposent une véritable concurrence aux règles et institutions juridiques dans le contexte de la construction européenne et de la globalisation⁸. Enfin, dans une dernière partie (III), après avoir examiné la question de la légitimité de ces normes et leur rapport au droit, nous esquissons les grands traits d'un programme de recherche pragmatique sur la concurrence des normativités⁹. Mais commençons par faire connaissance avec ces formes moins familières de normes en nous interrogeant sur les raisons pour lesquelles elles ont été jusqu'ici largement méconnues par la théorie du droit.

Le vocabulaire lui-même n'est pas entièrement fixé ni dénué d'ambiguïté¹⁰. Le mot « norme » vient du latin *norma*, qui désigne à l'origine une équerre, tout comme *regula*, qui donnera « règle », désigne lui aussi l'instrument du même nom. Cependant, l'usage du mot « norme » en français est moins répandu et plus tardif que celui de « règle ». Ainsi, Canguilhem indique que « normal » ne fait son apparition qu'en 1759 et passe progressivement du vocabulaire technique dans la langue populaire en raison de l'usage qui en est fait lors de réformes dans les domaines hospitalier et scolaire (spécialement la création des « écoles normales »)¹¹. En droit, l'usage du terme « norme » est également rare jusqu'au 19^{ème} siècle et ne sera véritablement popularisé que par Kelsen¹². Sa signification est plus large que les règles juridiques, qui ne sont qu'une variété de normes par prescription, parmi d'autres familles de normes qui s'appuient sur la convention ou l'observation de régularités¹³. Mais le juriste francophone contemporain utilise souvent indifféremment les termes « règles » et « normes » pour désigner les objets juridiques. Si l'anglais recourt également au mot « norm » dans un sens très large, où il entre cependant souvent une composante morale, il dispose de termes plus précis pour distinguer, d'une part, les commandements du droit (*legal rules*) et, d'autre part, les normes techniques (*standards*). Le mot anglais « standard » est d'ailleurs lui-même polysémique

7. Sur le concept de « force normative », voy. C. Thibierge (éd.), *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J., 2009.

8. Nombre de ces exemples et d'autres encore sont analysés de manière approfondie dans les contributions réunies dans la première partie du présent ouvrage.

9. La présente recherche sur les normes techniques et de gestion est en effet appelée à se prolonger dans un programme collectif de recherche sur « la concurrence des normativités », subsidié par le FNRS et mené en collaboration avec les équipes de F. Ost à l'Université Saint-Louis et d'E. Delruelle et F. Caeymaex.

10. Sur ce point, voy. D. Loschak, « Droit, normalité et normalisation », op. cit., ainsi que, de la même auteure, le v° Normativité dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*.

11. G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, P.U.F., 1966, pp. 171 et s.

12. O. Pfersmann, v° « Norme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., 2003.

13. Ibidem.

Benoit Frydman

puisqu'il désigne à la fois la norme technique, comme la norme ISO par exemple, le modèle (de comportement ou d'un objet), l'étalon (de mesure) ou le *benchmark* (le niveau de référence)¹⁴. Dans la suite de ce texte, nous utiliserons, dans un souci de clarté, le terme « norme » au sens du « standard » anglais et réserverons le terme « règle » aux sources juridiques classiques.

Pendant longtemps, les juristes ont traité les normes dites « techniques », sinon avec mépris, du moins avec une certaine condescendance. Le droit constituait la seule forme de normativité à la fois légitime, en tant qu'instrument du pouvoir étatique souverain, et efficace, dès lors que seule susceptible de déclencher l'usage de la force publique. Un étudiant en droit pouvait et peut encore ne jamais entendre parler des autres sortes de normes pendant toute la durée de ses études universitaires. Parce qu'elles ne constituent pas des règles juridiques, elles ne peuvent prétendre à une place dans la majestueuse « pyramide des normes », sinon à un niveau tellement inférieur qu'elles échappent presque complètement à l'observation et à l'étude.

Pour autant le droit n'ignore pas complètement les autres normes et il peut même les entériner à l'occasion comme une forme ancillaire de normativité, déléguée et subordonnée. Ainsi, le juge, confronté à une question de responsabilité, par exemple dans un litige relatif à la construction d'un immeuble, pourra-t-il apprécier la démonstration d'une faute de l'architecte, de l'entrepreneur ou de l'un des corps de métier, par référence au respect des « règles de l'art », c'est-à-dire à la conformité par rapport aux normes techniques, examinée dans le cadre d'une expertise. Il en ira de même à peu près dans tous les domaines du droit pour apprécier le respect par un professionnel des « bonnes pratiques », y compris en matière médicale ou bien des prescriptions de sécurité, d'hygiène ou de protection de l'environnement. Le législateur lui-même, et plus souvent encore les autorités réglementaires, intégreront très régulièrement des références aux normes techniques et en imposeront le respect soit pour prolonger et compléter dans le détail la réglementation juridique, soit pour se référer aux instruments de mesure établis par ces dispositifs, pour définir par exemple un seuil tolérable en matière de bruit, d'émission de substances dangereuses ou la qualité d'un produit ou d'un service.

En réalité, lorsqu'on y songe, il n'y a guère de domaine de notre existence et de notre monde qui ne soit de part en part traversé et même saturé par les normes, qu'il s'agisse de notre corps et de notre santé, de l'économie et de nos professions, de l'environnement naturel et technologique et de notre rapport aux objets, voire même on le verra de la politique, de la justice, de l'école et même des droits de

14. O. Borraz, « Les normes, instruments dépolitisés de l'action publique », in P. Lascoumes et P. Le Galès (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 123-161, spéc. p. 124.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

l'homme. En dépit de ce constat, que chacun peut faire et que peu songeront à contester, les normes techniques demeuraient jusqu'il y a peu le parent pauvre du champ de la théorie du droit. Comme s'il n'y avait rien ou si peu à en dire, compte tenu de leur caractère purement technique (entendez dénué d'enjeu politique) et de leur position infiniment modeste dans l'échelle des normativités. N'étant que les agents très subordonnés du droit dans le domaine de la technique, les normes techniques étaient seulement mentionnées en annexe et pour mémoire (et parfois pas du tout) dans les ouvrages de théorie du droit et de méthodologie juridique. Et il demeure aujourd'hui encore – j'en fais quotidiennement l'expérience – souvent difficile d'évoquer ou d'analyser ces formes de normativités sans se faire répliquer que « ceci n'est pas du droit » et que dès lors il conviendrait, sinon de ne pas s'y intéresser du tout, du moins de ne pas y consacrer trop d'énergie et le temps précieux que le juriste accorde à l'examen des « sources » officielles. Tout au plus, les plus ouverts accepteraient-ils de ranger ces normes techniques dans la catégorie résiduaire et vague de « *soft law* », ce droit souple ou mou, sorte de débarras toujours plus encombré et impénétrable à mesure qu'on y range davantage d'objets hétéroclites, dont le juriste ne sait que faire, et qui ressemble au « bric-à-brac » méprisé (mais trésor caché !) du cousin Pons de Balzac.

En dépit de leur emprise croissante, les normes techniques occupent un territoire peu ou mal exploré, celui des objets normatifs non identifiés¹⁵. Elles figurent l'impensé de la théorie du droit classique, mais aussi des réflexions, des discours et des pratiques politiques et sociales, qui continuent de mettre au premier plan la loi, les règles juridiques, la justice et les droits. La cause en est probablement cette position ancillaire, subordonnée, périphérique qu'occupent les normes dans la théorie du droit et l'organigramme politico-juridique du pouvoir et de ses instruments. On peut toutefois se demander si cette extraordinaire discrétion des normes, qui contraste singulièrement avec leur omniprésence et leur caractère indispensable au fonctionnement de la société moderne, ne tient pas à une cause plus profonde, qui a partie liée avec l'ontologie de la Modernité et l'étanchéité des catégories qu'elle découpe entre les êtres.

Comme l'a bien montré Bruno Latour dans son essai *Nous n'avons jamais été modernes*, ce qu'il appelle « la Constitution moderne » a inventé et imposé une *summa divisio* des êtres en deux domaines étrangers l'un à l'autre : la nature et la culture¹⁶. À cette division

15. Sur la notion d'« objet juridique non identifié » ou O.J.N.I., voy. B. Frydman, « Comment penser le droit global », in J.Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp. 17-48, spéc. pp. 20-21. L'usage du terme O.N.N.I. pour « objet normatif non identifié » vise simplement à éviter une querelle sur la définition et l'extension du concept « droit ».

16. B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes*, éd. La Découverte, 1991, col. Poche, 1997, p. 47.

Benoit Frydman

correspondent les deux grandes catégories d'êtres : les objets (de science) d'un côté et les sujets (de droit) de l'autre¹⁷. Chacun des deux domaines est soumis à un gouvernement spécifique : celui de la science pour les objets ; celui de la politique pour les sujets. Dans cet empire divisé, le sens antique du mot « loi », qui gouvernait pour les Anciens à la fois l'ordre du monde et celui de la cité, se dénoue et n'est plus compris que comme une homonymie vide. D'un côté, les lois scientifiques rendent compte de la régularité des phénomènes observés, calculés et expérimentés ; de l'autre, les lois humaines désignent les actes de volonté par lesquels le pouvoir politique façonne et organise la société des hommes¹⁸.

L'effet de cette grande division ontologique est d'interdire les médiations entre les objets et les sujets. Pour l'ontologie moderne, on est soit une personne, soit une chose, tertium non datur et l'on doit être traité comme tel. Cette frontière est non seulement de fait, mais de droit. Ainsi, chez Kant, les deux domaines, celui du « ciel étoilé au-dessus de moi » et de « la loi morale en moi » déterminent deux territoires contigus mais étanches de la raison (théorique et pratique)¹⁹. L'impératif catégorique commande de toujours traiter un « être raisonnable » (c'est-à-dire une personne) comme une « fin en soi » et jamais comme un « moyen », c'est-à-dire ne pas le traiter en objet, de ne pas l'instrumentaliser. Et Habermas reprendra, après l'horreur absolue d'Auschwitz qui manifeste la monstruosité inhumaine d'un « traitement » technique et managérial de la destruction des êtres humains, cette exigence morale de tenir la raison techniciste la plus éloignée possible de la délibération libre des hommes²⁰.

Or, et c'est ici que la réflexion de Latour se révèle la plus pertinente et la plus utile, cette dichotomie étanche des personnes et des choses

17. Ibidem, pp. 45-46.

18. Le droit naturel moderne ne constitue une exception à ce découpage de la constitution moderne qu'en apparence. En effet, contrairement à l'ancien droit naturel et malgré son nom, il ne songe aucunement à découvrir ou à fonder le droit dans l'ordre de la nature et la réalité des choses. « Droit naturel » est une formule raccourcie pour « droit découvert à l'aide de la seule raison naturelle ». Dans la tradition contractualiste dominante (Hobbes, Locke, Rousseau...), le droit représente une institution de la société civile qui procède d'une rupture nette et irrémédiable avec « l'état de la nature » que réalise le contrat social. Le droit naturel moderne renvoie ainsi à la fois à la loi politique du Souverain et aux droits de l'homme dont sont investis les sujets (cf. L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 1986).

19. « Deux choses remplissent mon esprit d'une admiration et d'un respect incessants : le ciel étoilé au dessus de moi et la loi morale en moi » (E. Kant, *Critique de la raison pratique*, 1788).

20. En ce sens, B. Latour, op. cit., p. 81. — J. Habermas, *La technique comme science et comme idéologie*, Gallimard, 1973. La nécessaire séparation des deux ordres de connaissance, la raison théorique et la raison pratique, est particulièrement manifeste dans l'ouvrage de J. Habermas, *Connaissance et intérêt*, Gallimard, 1976, qui date de la même période (1968) que le précédent et suit *Théorie et pratique*.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

n'a pas pour effet de supprimer les hybrides²¹. Elle donne lieu, chez les penseurs des Lumières, tantôt à une chasse aux hybrides qu'il convient de purifier, tantôt à une sorte de refoulement qui conduit à un complet aveuglement à leur endroit. Ainsi, loin de les faire disparaître, cette dichotomie a seulement pour effet « de rendre invisible, impensable, irréprésentable le travail de médiation qui assemble les hybrides »²². De sorte qu'à l'intersection des catégories étanches de sujet et d'objet, les hybrides invisibles prolifèrent²³ et saturent progressivement l'interstice jusqu'à faire exploser les catégories de l'ontologie moderne et à mettre en crise la Modernité elle-même²⁴.

L'analyse de Latour a le mérite de nous faire comprendre à la fois le succès des normes et le silence qui les entoure. Les normes techniques sont en effet une sorte de législation hybride, qui assure une forme de médiation entre les lois scientifiques et les règles juridiques. Prenons les exemples d'une norme de bruit, du taux acceptable de dyoxine dans le lait ou de la composition imposée pour tel alliage métallique. Il s'agit à chaque fois de normes réglementaires de type juridique, par lesquels l'autorité politique impose un certain comportement aux destinataires. Mais, à chaque fois aussi, cette règle prend sa source dans des observations scientifiques qui ont mis en évidence, par des expérimentations spécifiques, le niveau où le bruit provoque des souffrances ou des lésions de l'appareil auditif, le niveau de concentration à partir duquel la dyoxine est toxique pour l'organisme humain, le seuil de résistance et le point de rupture d'un matériau.

Nos conceptions classiques peinent à expliquer, voire passent sous silence cette transition de l'éprouvette à l'appareil institutionnel, cette médiation entre l'expertise du laboratoire et les votes du parlement. On préfère souvent continuer à séparer, selon la bonne vieille constitution moderne, d'un côté, les normes techniques qui déterminent la fabrication, la circulation et l'administration des choses et, de l'autre, les règles juridiques qui déterminent les comportements et les rapports entre les hommes. Pourtant, cette distinction, si elle a jamais fait sens, devient intenable lorsque les « choses » que l'on prétend administrer ne sont plus des produits, mais des services, c'est-à-dire des activités humaines, et que les normes techniques se transforment en normes de gestion et en outils de management. Si l'on veut mieux comprendre ces normes, appréhender leur logique propre et leurs ins-

21. Ibidem. De manière intéressante, Latour nomme ces hybrides les « réseaux ».

22. Latour, op. cit., pp. 52-53.

23. Prenez, par exemple, la catégorie juridique de « personne morale », qui connaît un développement extraordinaire et une importance économique centrale, à partir de la seconde moitié du 19^{ème} siècle. Elle désigne en réalité un hybride, comme l'entreprise ou la collectivité publique qui regroupe à la fois des personnes (travailleurs, citoyens) et des choses (machines, locaux...) et consiste à traiter cet ensemble comme une personne, y compris en lui reconnaissant le bénéfice de certains droits de l'homme.

24. Le thème revient souvent dans l'essai, op. cit., pp. 63, 78, 91, etc.

Benoit Frydman

truments en tant que tels et non toujours par référence exclusive aux règles du droit, il faut commencer par leur ménager une place, les faire exister en racontant leur histoire et en considérant leur évolution.

I. La double histoire entrecroisée des normes

Disons-le cependant d'entrée : il n'est pas possible d'écrire l'histoire des normes, car elle n'est rien d'autre que l'histoire de la culture elle-même²⁵. La culture est un tissu de normes ; du moins, c'est l'un de ses principaux constituants. Qu'est-ce que le langage, l'écriture²⁶ ou le système numérique sinon des normes ?²⁷ De même, l'ensemble des institutions, des conventions et des mesures qui régulent nos vies.

Mais si l'on ne peut isoler les normes dans la culture, du moins pouvons-nous identifier les dispositifs de normalisation, par le moyen desquels des normes sont artificiellement fabriquées, mises en place et parviennent à s'imposer. Ces normes synthétiques requièrent une forme de savoir et nécessitent le recours à des techniques, à une forme d'ingénierie d'un genre spécifique.

Même ainsi limitée, cette histoire remontera à la plus haute Antiquité. Si les historiens du droit commencent souvent leurs récits avec la stèle d'Hammurabi²⁸, les historiens des normes techniques ne sont pas en reste et peuvent lui opposer la statue d'un autre roi mésopotamien, plus ancienne de plusieurs siècles : « On peut voir au Musée du Louvre, écrivait ainsi M. Ponthière, la statue du roi de Chaldée Goudéa, qui vécut 3000 ans avant Jésus-Christ. Ses genoux sont entourés de tableaux de chiffres, probablement des normes de construction. Au bas se trouve une règle d'environ 27 centimètres, graduée en divisions de 17 millimètres, qui était le mètre des charpentiers et des maçons de ce temps-là. Goudéa l'avait homologué »²⁹.

L'histoire des normes est double. Ou plutôt, notre Modernité – dont il n'est pas si aisé de se déprendre – nous la fait voir double. Nous proposons d'en esquisser ici quelques grandes étapes, en nous situant de part et d'autre de la frontière des êtres. Il s'agira donc de raconter,

25. Dans le même sens Maily, op. cit., p. 11, rapportant plusieurs citations de spécialistes selon lesquels la normalisation est « vieille comme le monde » ou « aussi vieille que l'humanité elle-même » ou encore « le fondement de toute activité humaine ».

26. En ce compris la normalisation caligraphique et, après l'invention de l'imprimerie, celle des polices de caractères, qui subsiste dans les traitements de texte contemporains.

27. En ce sens aussi, Maily, op. cit., pp. 12-13.

28. D. Charpin, *Hammurabi de Babylone*, Paris, P.U.F., 2003.

29. M. Ponthière, *Origines de la normalisation*, 1939, cité par Maily, op. cit., p. 14. La statue de Goudéa est aujourd'hui datée de 2100 avant J.-C., ce qui néanmoins antérieur de plusieurs siècles à la stèle d'Hammurabi, datée de 1750 environ avant J.-C.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

d'une part, la standardisation des choses (les normes techniques) et, d'autre part, la conduite des hommes et des populations (les dispositifs de gestion). Ces deux histoires, on l'aura compris, ne sont séparées que par un effet d'optique ; en réalité, leurs fils s'entrecroisent et se mêlent. La norme, contrairement à la règle, s'embarrasse peu de distinguer les hommes et les choses. Comme l'écrit Georges Canguilhem, dans son ouvrage précurseur sur *Le normal et le pathologique*, « à un moment donné l'expérience de la normalisation ne se divise pas, en projet du moins »³⁰. Et il en donne comme exemple les normes morphologiques militaires de la fin de l'Ancien Régime, qui traitent en même temps des hommes et des chevaux³¹. On pourrait y ajouter la Charte de l'industrie de Colbert, dont les 59 articles règlent tout aussi bien les conditions d'entrée et l'écolage des travailleurs que les tailles et qualités des fils, laines et tissus à fabriquer³². Bien plus, nous verrons que depuis quelques décennies, les normes techniques (des choses) et les dispositifs de management (des hommes) tendent à nouveau à se confondre et à conjuguer leur puissance. Aussi nos deux histoires entrecroisées finiront par n'en former qu'une seule.

A. La normalisation technique

Chez tous les peuples bâtisseurs, on retrouve des traces de la normalisation des matériaux, depuis les briques, pierres et ornements normalisés des premières villes d'Assyrie, de Mésopotamie et des pyramides de l'Égypte³³ jusqu'aux cathédrales gothiques de l'Europe du Nord³⁴. On trouve également des signes de la normalisation dans les proportions des bâtiments, comme le fameux nombre d'or ou les dimensions du temple de Salomon³⁵. D'autres normes organisent très tôt les réseaux de communication, comme les pigeons voyageurs messagers de l'ancienne Chine, les canalisations d'eau³⁶ ou les fameuses voies romaines si précisément réglementées quant à leur construction

30. G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, P.U.F., 1966, p. 182.

31. Canguilhem, op. cit., p. 181. – Les animaux sont, comme on le sait, pour la Modernité et notamment pour le droit civil, du côté des choses. Alors que les initiatives se multiplient dans le débat contemporain pour leur accorder un statut hybride.

32. Ch. Bierre, « Jean-Baptiste Colbert, bâtisseur de la nation ou La politique du grand dessein », in *L'Europe vecteur d'une reprise de l'économie mondiale*, Institut Schiller, 1992, accessible en ligne à l'adresse : <http://www.agora-erasmus.be/Jean-Baptiste-Colbert-Batisseur-de>.

33. Maily, op. cit., pp. 13-14.

34. Voy. à ce sujet l'excellent film documentaire de Ch. Le Goff et H. Classman, *Les cathédrales dévoilées* (2012).

35. Ibidem.

36. M. Ponthière, *Rapport sur les origines de la normalisation*, cité par Maily, p. 14, n° 2, citant la taille et le poids standardisés des tuyaux de plomb utilisés par les Romains pour les canalisations d'eau.

Benoit Frydman

et à leur circulation ou leur entretien³⁷. Plus généralement, nombre de structures chez les peuples anciens ou dits « primitifs » règlent de manière normalisée l'échange et la circulation des signes, des biens et des personnes, comme l'a si bien montré Claude Lévi Strauss³⁸.

Qu'il s'agisse des civilisations anciennes, des peuples dits sans histoire ou des États modernes, les dispositifs de normalisation

s'attachent non seulement aux moyens et aux règles de l'échange, mais également à ses termes mêmes. La monnaie en constitue l'exemple le plus typique et le plus important³⁹, mais aussi l'établissement et le contrôle d'étalons de mesures⁴⁰, depuis le contrôle des poids et mesures des foires de commerce jusqu'au triomphe du système métrique au moment de la Révolution française⁴¹. La normalisation permet également le repérage et l'identification des personnes et des biens par l'uniformisation progressive et de plus en plus en précision de la mesure du temps et de la localisation de l'espace, ce dernier au moyen de l'arpentage et du cadastre, du méridien et à présent du GPS ; mais aussi par l'assignation des noms, de l'identité, des dénominations et beaucoup plus largement par la normalisation de la langue et de ses modalités, l'écriture, l'orthographe, etc. Autant de normes de base, qui concernent indifféremment, on l'aura noté au passage, les personnes et les choses, et qui assurent une forme de quadrillage du monde et des êtres, animés ou non, une forme de langage commun et de soubassement nécessaire aux normes techniques et managériales dont nous allons à présent traiter.

Les normes techniques accompagnent l'industrie, qui assure la fabrication des choses. Elles servent à expliquer, à transmettre et souvent à prescrire la manière de fabriquer un objet : ses constituants, ses dimensions et autres spécificités et qualités, les étapes de sa réalisation et les procédés à mettre en œuvre pour y parvenir correctement. Il est probable qu'on les retrouve, sous une forme ou une autre, dans tout système de production organisée. Les normes sont ainsi très présentes

37. Ch. Sandvig, « Communication Infrastructure and Innovation : The Internet as End-to-End Network that Isn't », Paper prepared for the AAAS/Columbia/Rutgers Joint Research Symposium with the Next Generation of Leaders in Science and Technology Policy, Washington, DC, USA, November 2002.

38. L'idée que ces trois sortes d'échange forment la base de la culture se trouve dans les essais réunis dans *L'anthropologie structurale* (Plon, 1958 et 1973). Lévi Strauss théorise dans son œuvre l'organisation de la culture autour de ces trois systèmes d'échanges normalisés : l'échange des biens, dont il trouve l'économie fondamentale dans l'Essai sur le don de Marcel Mauss ; l'échange des femmes, dont il a étudié les règles dans *Les structures élémentaires de la parenté* ; l'échange des signes et des récits, auxquels il consacrera la seconde partie de sa vie intellectuelle avec sa fameuse série des *Mythologiques*.

39. Voy. notamment B. Lietaer, *Au cœur de la monnaie*, éd. Y. Michel, 2011.

40. Voy. *supra* la référence à la statue de Goudéa, citée par Maily, *op. cit.*, p. 14.

41. D. Guedj, *Le mètre du monde*, Seuil, 2000.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

dans le système des corporations qui se met en place en Europe dès l'époque médiévale. Notons déjà qu'elles y assurent des fonctions d'ordres multiples : technique bien sûr ; mais aussi pédagogique, puisqu'elles sont enseignées aux apprentis ; commerciale en tant qu'elles déterminent les spécificités et qualités des produits mis sur le marché et en assurent l'uniformité ; sociale puisque les conditions de fabrication déterminent les conditions du travail ; économique dès lors que le régime normatif encadre le monopole d'une corporation sur une activité ; et de pouvoir puisque les normes fixent les règles des rapports entre les maîtres et ceux qui travaillent sous leur autorité.

On sait que Colbert reprendra ses instruments au service d'une politique économique d'État en généralisant les corporations à tous les secteurs d'activité et en développant minutieusement les normes d'industrie, lesquelles feront l'objet de pas moins de 32 règlements et 150 édits⁴². Ces normes étaient obligatoires et leur respect contrôlés par un corps d'inspecteurs, qui a également pour fonction de dresser des statistiques, et dont l'office perdurera jusqu'à la fin de l'Ancien Régime⁴³. Leur violation était publiquement sanctionnée : « tout produit non conforme aux normes sera attaché à un poteau haut de neuf pieds affichant le nom du producteur et hissé sur la place centrale ; 48 heures plus tard, les produits seront détruits et brûlés ; en cas de récidive, le marchand sera condamné à passer deux heures dans le joug, exposé sur la place centrale »⁴⁴.

Le « colbertisme » sera, comme on sait, dénoncé par les libéraux comme une forme de dirigisme économique et la Révolution française mettra à bas le système des corporations. Mais il n'en va pas de même des normes techniques, qui poursuivent, sous une autre forme, leur petit bonhomme de chemin et passent même carrément la vitesse supérieure à la faveur des révolutions industrielles du 19^e siècle. Celles-ci opèrent à la fois une accélération de l'innovation technologique et une intensification de la division du travail. Chacun de ces deux éléments nécessite de formuler de manière plus systématique, organisée et abstraite les paramètres et les modalités de la production. D'une part, l'innovation technologique rend les processus de production plus complexes et accélère le rythme des modifications de ceux-ci. Il n'est plus possible de compter sur la transmission progressive des règles de l'art par la tradition et l'observation de la pratique, ni même par le moyen de l'écolage. Il faut expliquer les nouvelles techniques de fabrication, non plus seulement par l'exemple et le modèle, mais par le moyen de documents qui développent toutes les explications

42. A. Guéry, « Industrie et Colbertisme : origine de la forme française de la politique industrielle », *Histoire, économie et société*, 1989 (vol. 8), pp. 297-312, spéc. p. 303.

43. Ph. Minard, *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières*, Fayard, 1998.

44. Ch. Bierre, *loc. cit.*

Benoit Frydman

et les illustrations graphiques utiles⁴⁵. Le brevet nous en donne une illustration exemplaire.

L'intensification de la division du travail, si elle produit, comme on le verra bientôt, des conséquences majeures sur les normes de conduite des travailleurs, impose également le recours à des formes standardisées et donc normalisées de production⁴⁶. En effet, si la production d'un objet complexe n'est plus assuré par un seul individu ni même une équipe responsable de toutes les étapes de la fabrication, mais qu'elle est répartie entre plusieurs équipes différentes, voire entre plusieurs usines ou plusieurs fabricants, établis le cas échéant dans des régions ou des pays différents, il importe au plus au moins que ces différents producteurs puissent s'ajuster correctement les uns aux autres. Pour le dire autrement, on conçoit qu'un apprentissage fondé sur l'observation et la reproduction des pratiques et des usages ne suffise plus lorsque, d'une part, il faut modifier fréquemment l'art et la manière de faire et, d'autre part, on ne peut plus communiquer directement avec ceux avec qui il faut pourtant se coordonner. L'apprentissage par l'usage suppose une certaine permanence dans le temps, l'unité de lieu et la répétition des actions. Lorsque le temps se fragmente sous la pression de l'accélération des changements et les lieux se dispersent par l'effet de la division des tâches, la norme technique documentaire prend logiquement le relais de l'usage. Tout comme, dans le domaine juridique, la loi remplace progressivement la coutume lorsque la société moderne se transforme et que l'État étend la juridiction du pouvoir.

Mais poursuivons le cours de notre histoire. La division du travail pose donc la question de l'ajustement, ce qui conduit logiquement au calibrage. Ce type de normalisation industrielle avait été anticipé, dans le domaine militaire, dès la seconde moitié du 18^e siècle avec Vallières qui avait prescrit l'unification des diamètres des « bouches à feu » pour faciliter l'approvisionnement en projectiles⁴⁷. Dans le

45. Jusqu'à aujourd'hui la notion de norme technique se définit d'abord et principalement par référence à la forme du document. En atteste la définition de la norme par l'ISO (Institut international de normalisation) : « document établi par consensus, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leur résultat, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné ». Voy. aussi les définitions doctrinales comme, par exemple, Lelong et Mallard (dir.), « La fabrication des normes », *Réseaux : communication, technologie, société*, vol. 18, n° 102, Hermès Science Publications, 2000.

46. « Au sens rigoureux du terme, la normalisation technique consiste dans le choix et la fixation de la matière, de la forme et des dimensions d'un objet dont les caractéristiques deviennent dès lors obligations de fabrication conforme. La division du travail contraint les entrepreneurs à l'homogénéité des normes au sein d'un ensemble technico-économique dont les dimensions sont en évolution constante à l'échelle nationale ou internationale » (Canguilhem, *op. cit.*, p. 183).

47. Maily, *op. cit.*, pp. 23-24. A la même époque, Albert Whitney, que les Américains considèrent comme « le père de la standardisation » avait mis en œuvre des principes similaires pour la fabrication en série des mousquets.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

domaine civil, le problème classique de l'ajustement de la vis et de l'écrou, dit plus techniquement la question du filetage des vis, va donner lieu d'abord à des normes d'usine, très insuffisantes pour les utilisateurs, puis à des normes nationales, fixées au Royaume-Uni dès 1841 et au niveau international par l'adoption d'un système international (S.I.) en 1894, lors du Congrès de Zurich⁴⁸. Plus généralement se pose le problème de la fabrication et de la commercialisation des pièces de rechange, nécessaires à la maintenance et à la réparation des machines complexes. Plus fondamentalement encore, la deuxième révolution industrielle, celle du chemin de fer et de l'électricité va poser avec une acuité accrue le problème de l'opérabilité, dès lors que les appareils complexes, comme les trains ou les ustensiles électriques, doivent pour fonctionner s'adapter à des réseaux (ferroviaires ou de distribution d'eau, de gaz et d'électricité), puis d'interopérabilité afin que les réseaux des multiples compagnies de chemin de fer ou de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, puissent s'interconnecter, comme on dit aujourd'hui pour l'Internet et les réseaux de télécommunication. L'unification de l'espacement des rails, des attelages de wagons et des systèmes de freins intervenait ainsi en Angleterre dès 1846.

Jusqu'ici, du moins depuis la révolution industrielle, la norme technique est donc une technique par lequel l'ingénieur s'adresse à d'autres ingénieurs ou aux chefs d'ateliers qui dirigent la fabrication des produits et le fonctionnement des machines. La commercialisation d'appareils branchés sur les réseaux de distribution de gaz et d'électricité va cependant faire évoluer la destination de la norme et par là-même sa signification. L'installation de l'eau et du gaz « à tous les étages », avant l'électricité, a représenté un progrès majeur dans le confort de l'habitat urbain à partir de la fin du 19^e siècle. Cependant, comme nous l'avons appris depuis, le progrès ne va pas sans risque ni sans danger, en particulier dans le domaine des appareils de chauffage. Les usagers, que l'on n'appelait pas encore des « consommateurs », se voyaient proposer toutes sortes d'appareils et convecteurs de qualité et de fiabilité très variables⁴⁹. Les accidents n'étaient pas rares et de grande conséquence puisqu'il pouvait en résulter non seulement

48. Maily, *op. cit.*, p. 24-25. En France, la standardisation du filetage métrique ne datait que de 1894.

49. Ce problème a perduré extrêmement longtemps, notamment avec les convecteurs de salle de bains, et n'est pas encore complètement résolu à ce jour. Le parquet a multiplié jusqu'il y a peu les mises en garde contre les petits appareils, souvent mal entretenus, responsables de l'intoxication et souvent de la mort des usagers au monoxyde de carbone, tueur silencieux et inodore. Ce problème a donné lieu à un contentieux mettant en cause la responsabilité des compagnies de distribution de gaz. Voy. par exemple l'arrêt de la Cour de cassation de France du 4 février 1976 confirmant l'engagement de la responsabilité de Gaz de France pour la mise en service d'un chauffe-eau défectueux (*Bul. civ.*, III, n° 49 ; *JCP* 1976, IV, 107 et la brève analyse de la décision par M. Rouland, « La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi) », contribution au colloque *Le droit mou, une concurrence faite à la loi*, Paris X, publié en ligne : <http://www.glose.org/CEDCACE7.pdf>, consulté le 3 avril 2013).

Benoit Frydman

l'intoxication des personnes, mais aussi des explosions soufflant l'ensemble de l'immeuble, sinon le pâté de maisons. Dans le contexte embryonnaire de notre « société du risque »⁵⁰, les compagnies du gaz sont alors intervenues pour indiquer non seulement aux fabricants de ces appareils les prescriptions à respecter, mais aussi pour informer le public des appareils conformes à ses prescriptions et dont elle recommandait l'achat⁵¹. Leurs fabricants purent apposer sur ceux-ci la marque de cette attestation de conformité. On trouve ici l'un des exemples, en France, de l'apparition et bientôt de la généralisation, à l'ère de la société industrielle en train de devenir également société de consommation, d'une technique appelée à un rôle majeur dans les dispositifs de normalisation contemporains : le « label ».

En quoi le label constitue-t-il un tournant décisif dans l'histoire contemporaine de la normalisation ? Après tout, la pratique qui consiste à marquer une chose pour en indiquer l'origine, en garantir la qualité, voire la sécurité est extrêmement ancienne. Le poinçon de l'ébéniste, la marque lapidaire du tailleur de pierres et la signature du peintre nous en donnent des exemples anciens et familiers, certainement pas uniques. Cependant, le label n'est pas la marque. Si la marque peut aussi fonctionner comme un signe d'origine, de qualité et de sécurité communiqué au public, le label (au sens courant de l'usage de ce mot en Français) a ceci de spécifique que, même

lorsqu'il est apposé par le fabriquant lui-même, de sa propre initiative et sous sa responsabilité⁵², il fait référence non à l'identité du producteur, mais affirme la conformité du produit à des prescriptions, à un cahier des charges, brefs à une norme extérieure, qui n'est pas propre au fabriquant, mais commune à un produit ou une gamme de produits. Si bien qu'avec le label, c'est la norme elle-même qui est exhibée et publiée. Le label indique la conformité de la chose à une norme. Elle l'indique de manière simple et visible, généralement par un signe aisément reconnaissable, une forme de logo. Si le label exprime ainsi la norme de manière simplifiée, c'est bien sûr parce qu'il n'a pas ici pour objet d'expliquer dans le détail comment fabriquer l'appareil ni même à quelles prescriptions il doit répondre ou quelles performances il doit accomplir. Dans le label, la communication de la norme ne s'adresse pas au spécialiste, mais au public, au consommateur, auquel il a pour objet d'indiquer que le produit est bon et sûr car il répond à un certain nombre de conditions que le destinataire ne connaît pas, mais auxquelles on pourra néanmoins remonter en cas

50. U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, 2001.

51. En Allemagne, les tuyaux et vannes en fonte pour distribution d'eau et de gaz furent normalisés dès 1882, de même que les profilés, les tuyauteries et les matériaux de construction des chaudières (Maily, *op. cit.*, p. 25).

52. Comme c'est le cas très généralement pour les objets étiquetés conformes à une norme nationale ou européenne, ainsi les vêtements, jouets et autres choses affublés de la norme « NE ».

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

de problème. Avec le label donc, la norme technique quitte les lieux austères et professionnels du bureau d'étude, du laboratoire, de l'usine et entre, sous le feu des projecteurs, de plein pied dans la vie publique, à l'instar de la marque et avec les mêmes potentialités.

Mais ce n'est pas tout. Le label est un bien plus que le signe extérieur de la norme. Il est la pointe émergée, mais aussi le point d'ancrage d'un dispositif complexe qui tend à intégrer dans une filière unique ou cohérente plusieurs techniques opérant à différents stades de la normalisation. Comme nous le révèle déjà l'exemple des appareils de chauffage (et le phénomène ne va faire que s'amplifier), le label présuppose en effet logiquement (mais pas toujours effectivement) non seulement la norme qu'il indique, mais aussi un processus de vérification du respect de cette norme. Cette vérification, qui s'appelle la « certification » du produit, sera confiée à un tiers indépendant, qui sera lui-même « accrédité » pour remplir cette mission. La certification s'intègre ainsi au dispositif de la normalisation industrielle, encore qu'elle trouve son origine ailleurs, dans le domaine de l'assurance. L'histoire du Bureau Veritas, probablement l'un des plus anciens bureaux de certification, nous permet d'en comprendre le cheminement. Cet organisme français, qui perdure jusqu'à aujourd'hui comme un leader dans le domaine de la certification, avait été fondé à Anvers en 1828 dans le but d'évaluer, à l'intention des compagnies d'assurance maritime, les risques de naufrage des bateaux. Elle cotait ainsi plusieurs milliers de navires en leur attribuant l'une des trois notes de son système d'évaluation (1/3, 2/3 et 3/3), ce qui influençait le montant de la prime, voire déterminait l'assurabilité du risque. Sorte d'agence de notation avant la lettre, le bureau fut rapidement conduit à étendre et modifier son activité en examinant, pour le compte des assurances, que les navires assurés respectaient bien les normes de sécurité imposées par celles-ci et à le certifier en qualité de « témoin ». Le succès fut tel que la compagnie s'établit à Paris dès 1833 et élargit ensuite ses activités de certification aux autres modes de transport (aériens et routiers), puis à tous les domaines⁵³.

Dans la perspective du label, c'est donc l'ensemble d'une chaîne de confiance — laquelle comme chacun sait est basée sur le contrôle — qui se met en place et parcourt, à l'instar de la filière juridique et judiciaire, mais suivant des modalités et des formes très différentes, l'ensemble des étapes qui vont de l'édiction de la norme à la vérification de son respect effectif et à la sanction de ses éventuelles violations⁵⁴. Cette institutionnalisation verticale, mais décentralisée de la normalisation se déroule simultanément à une autre intégration

53. Ces informations ont été puisées sur le site web du Bureau Veritas : http://www.bureauveritas.fr/wps/wcm/connect/bv_fr/local, consulté le 1^{er} avril 2013.

54. Pour une synthèse de ce schéma d'intégration : J. Ch. Graz, « Quand les normes font loi. Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », *Revue Études Internationales*, vol. 35 (2004), pp. 233-260, spéc. p. 249.

Benoit Frydman

institutionnelle, horizontale celle-là, qui s'élargit, en fonction des besoins de coordination, au fur et à mesure de l'extension des filières de production, de distribution et des marchés. Les « normes d'usine », créées par l'entreprise elle-même et appliquées en son sein pour les produits de sa marque, laissent progressivement la place à des normes de secteur et à des associations professionnelles, regroupant des catégories d'ingénieurs, qui les élaborent et les administrent à un niveau national. Les Anglais s'organisent les premiers en fondant en 1901, à l'initiative de l'Institut des ingénieurs civils, l'Engineering Standards Committee, qui se charge de la normalisation dans le domaine mécanique⁵⁵. En France, de manière peu surprenante, c'est l'industrie électrique qui ouvre la marche en 1907, suivie dès l'année suivante par le chemin de fer⁵⁶. Aux États-Unis, plusieurs centaines d'associations privées sectorielles de ce type perdurent jusqu'à aujourd'hui et jouent un rôle actif dans l'émission de standards⁵⁷.

Cependant, les États ne restent pas inactifs. Ils prennent conscience de l'importance de la standardisation à l'occasion du premier conflit mondial et de l'industrialisation de l'économie de guerre et suscitent la création d'organismes nationaux de normalisation publics, privés ou mixtes⁵⁸. Les Pays-Bas, pays neutre mais grand fournisseur de matériel aux belligérants, créent le premier institut national de normalisation, bientôt suivis par l'Allemagne en 1917, et par les États-Unis en 1918. Les associations d'ingénieurs civils, électriques, mécaniques et miniers s'y fédèrent avec l'association pour les tests et matériaux (ASTM), rejoints par les ministères de la guerre, de la marine et du commerce, pour fonder l'American Engineering Standard Committee (AESC)⁵⁹, devenu depuis l'American Standards National Institute (ANSI)⁶⁰. Tous les pays industrialisés suivent rapidement le mouvement dont la Belgique, avec l'Association belge de standardisation en 1919⁶¹, et la France avec l'Association française de normalisation (Afnor), créée en 1926. À cette date, 19 pays possèdent désormais des organismes nationaux de normalisation.

55. Maily, *op. cit.*, p. 26.

56. *Ibidem*.

57. J. Ch. Graz, *op. cit.*, p. 237.

58. Maily, *op. cit.*, pp. 26-27.

59. J. Yates and C. Murphy, « From Setting National Standards to Coordinating International Standards : the Formation of the ISO », in *Business and Economic History On-line*, vol. 4, 2006, URL : <http://www.thebhc.org/publications/BEHonline/2006/yatesandmurphy.pdf>, p. 6.

60. www.ansi.org.

61. Il s'agit d'une association professionnelle privée créée à l'initiative du Comité central industriel, devenu la FEB. En 1945, lui succède l'Institut belge de normalisation, créé par arrêté-loi, lui-même relayé en 2003 par l'actuel bureau de normalisation NBN, lui aussi créé par la loi (<http://www.nbn.be/FR/nbnenbref.html>).

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

Outre ces instituts qui fonctionnent de manière plus ou moins autonome, les États développent une véritable politique de normalisation, qui constitue désormais l'un des instruments de leur politique et industrielle. C'est bien sûr le cas des États qui fonctionnent selon un système d'économie dirigée ou planifiée ou encore corporatiste, comme les régimes fascistes et les pays communistes, avec d'abord la Russie, puis l'URSS et la Chine, qui va développer un effort gigantesque en matière de normalisation⁶². Mais les États industriels capitalistes ne sont pas en reste. Les États-Unis en particulier ont ainsi créé, de manière extrêmement précoce, dès 1901, un bureau national des standards au sein de leur ministère du Commerce, qui existe toujours aujourd'hui sous le nom de National Institute for Standards and Technology (NIST). Cette administration publique développe une véritable stratégie économique globale en matière de standardisation. Elle compte environ 5.500 collaborateurs pour un budget annuel qui avoisine le milliard d'euros⁶³. En réalité, la normalisation n'est pas de gauche ou de droite, collectiviste ou capitaliste. Plutôt, elle participe à tous les types de systèmes des sociétés industrielles, moyennant des modalités d'organisation et des contraintes différentes, mais sous des formes finalement similaires et qui parviennent d'ailleurs à se coordonner. La normalisation technique constitue en bref une composante essentielle au fonctionnement de nos sociétés et économies contemporaines complexes.

Le mouvement d'institutionnalisation de la normalisation se prolonge ensuite par leur fédération au niveau international. Le secteur électronique, encore lui, en est le pionnier en créant, dès 1906, la commission électrotechnique internationale (CEI), qui existe toujours et a publié plus de 6000 normes dans le souci d'assurer l'uniformisation de la technologie, l'interopérabilité des réseaux, la qualité et la sécurité des matériaux et des installations. D'autres normes internationales sont établies de manière sectorielle dans le domaine des télécommunications et de l'Internet, de l'alimentation et de la santé. Toutefois, comme au plan national, un système institutionnel intégré a été en outre développé par la fédération des organismes nationaux de normalisation. L'Association internationale de standardisation est créée en 1926. Néanmoins, en dépit de son nom et de son siège, établi à New-York, l'association coordonne en pratique principalement les pays d'Europe continentale, c'est-à-dire les pays du système métrique. Le monde britannique, celui des « inch countries » y est peu actif, à l'instar des États-Unis, qui rejoignent l'association à la veille du crack de 1929 mais auront ensuite d'autres préoccupations économiques. L'œuvre de coordination internationale demeurera en définitive très limitée, même si elle réalise notamment la standardisation des formats

62. F. Burke, « The Administrative Law of Standardization in the Popular Republic of China », *Journal of Chinese Law*, vol. 1 (1987), pp. 271 et s.

63. Voy. les informations données sur le site du NIST pour 2012 : http://www.nist.gov/public_affairs/general_information.cfm.

Benoit Frydman

du papier (A4, etc.)⁶⁴. Il est au passage assez intrigant de constater que la fameuse division entre les pays de common law et de civil law, qui structure et sépare le monde des règles de droit, se redouble à peu près exactement, dans le monde de la mesure (primordiale à l'époque pour les normes techniques), avec le clivage entre les pays du pouce et ceux du mètre. Cependant, alors qu'en droit, la common law livre une concurrence sévère au droit civil dans le monde postcolonial de l'après-guerre, la rationalisation française du système de poids et de mesures, le kilo et le mètre, appuyé sur le système décimal⁶⁵, s'imposera quant à elle comme unité de mesure standard internationale.

Pendant la seconde guerre mondiale, l'AIS est mise en hibernation en Suisse. Cependant, le conflit provoque une fois de plus une intervention accrue des États et une intensification du processus. Dès 1943, les Alliés créent le comité des Nations-Unies pour la coordination des standards⁶⁶ et préparent intensivement la création d'une nouvelle institution. L'ISO, créée en 1947, jouera un rôle moteur décisif dans la normalisation globale et accompagnera l'évolution et l'extension du domaine des normes, tandis que la construction européenne donne également lieu à la création d'institutions de normalisation intégrées, qui seront investies d'une fonction essentielle pour l'établissement et le fonctionnement du marché unique⁶⁷.

Concomitamment à cette construction institutionnelle, les normes elles-mêmes poursuivent leur évolution en s'adaptant aux changements et aux besoins de l'économie. Nous avons vu comment les préoccupations de sécurité ont modifié, avec le label, la signalisation et la fonction de la norme. Elles contribuent également bien sûr à l'évolution de leur contenu : aux normes de spécification des produits, s'ajoutent désormais des normes de performance. Ces dernières ne déterminent plus les mesures des objets ou leurs conditions de fabrication, mais les qualités qu'on est en droit d'attendre d'eux. L'importance et le domaine de ces normes de qualité ne vont cesser de croître, d'autant qu'elles accompagnent les nouvelles préoccupations dominantes de la production industrielle moderne. Après la seconde guerre mondiale, l'obsession du rendement est relayée par celle de la qualité, qui vise à produire à destination de marchés mieux approvisionnés, mais plus exigeants, non pas un plus grand nombre d'objets, mais des objets de meilleure qualité, sans vice ni défaillance.

64. Yates and Murphy, *op. cit.*, p. 5 et p. 12.

65. Le mètre représente un 10 millionième de la distance entre le pôle nord et l'équateur. Le kilo représente le poids d'un décimètre cube d'eau pure.

66. UNSCC : United Nations Standards Coordinating Committee (Yates and Murphy, *op. cit.*, p. 13).

67. Voy. la seconde partie de cet article et la contribution d'A. Van Waeyenberge consacrée spécifiquement à l'ISO.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

Cette nouvelle préoccupation donne lieu à d'importantes innovations sur les sites de production où une nouvelle génération de managers introduit la politique de la « qualité totale », du « zéro défaut » et ses différents instruments : les cercles de qualité, les inspections et tests, etc. Pour garantir la sortie d'un produit de qualité, il faut analyser et améliorer toutes les étapes du processus de production, qui sont examinées à la loupe. Ainsi se produit un nouveau virage décisif dans le domaine de la normalisation : la procéduralisation des normes. Aux normes de produits, qui portent sur les outputs de la chaîne de production, s'ajoutent désormais les normes de process, qui vont spécifier, dans un souci de qualité, des exigences d'organisation qui visent l'activité productive elle-même. Ici encore, on sera intrigué de constater un parallèle remarquable avec le mouvement contemporain de procéduralisation des normes dans les domaines moral, politique et juridique, qui a été théorisé dans la mouvance de Jürgen Habermas et de l'École de Francfort. Les normes de process, à la différence des normes de performance, garantissent la qualité du produit non pas directement, mais à travers la qualité du processus de production qui a permis sa fabrication. Elles vont donner lieu à la célèbre série de normes ISO 9000, de même qu'ultérieurement à la série ISO 14000 en matière de gestion environnementale (traitement des déchets, prévention de la pollution, substances dangereuses et toxiques, etc.). Ce sont des normes qui assurent, à l'intention des clients et partenaires, la qualité du système d'organisation et de gestion de l'entreprise. Il s'agit en réalité de normes de management qui, à la faveur de la procéduralisation, ont effectué leur jonction avec les normes techniques et vont désormais pouvoir fusionner ou intégrer leurs structures et leurs instruments.

B. Les normes de gestion

Il nous faut à ce stade interrompre le cours de notre récit et effectuer un retour dans le temps pour considérer brièvement l'autre versant de l'histoire des normes, celle des instruments et des dispositifs qui gèrent, organisent et dirigent les conduites des êtres humains

et des populations. Cette histoire est parallèle à celle de la standardisation technique et il faudrait la débiter elle aussi à la naissance des premières civilisations, à leurs activités et à leurs ouvrages. Rappelons-nous qu'il ne s'agit en réalité que d'une seule et même histoire que seule le strabisme divergent de l'ontologie moderne nous a empêchés jusqu'ici de contempler dans un même plan. Si on se limite à l'histoire moderne, nous sommes grandement aidés par les travaux bien connus de Michel Foucault dans *Surveiller et punir*⁶⁸ et

68. Gallimard, 1975.

Benoit Frydman

*La volonté de savoir*⁶⁹, mais par ses cours au Collège de France et ses interventions sur la biopolitique⁷⁰. Cette histoire, que Foucault fait débiter au 18^e siècle, à la fin de l'Ancien régime, s'il est permis de la synthétiser ici à l'extrême, se déroule elle-aussi sur deux niveaux : un niveau macro, celui de la biopolitique, qui gère les populations, et un niveau de mise en œuvre de cette politique, celui des institutions disciplinaires, qui forment, surveillent et dirigent au plus près les individus. La biopolitique traduit une nouvelle conception du pouvoir politique, qui ne se caractérise plus par le droit de faire mourir, caractéristique de la souveraineté, mais par le souci de faire vivre et prospérer la population et l'économie. Cette politique de développement (dont nous avons vu avec le Colbertisme l'impact en termes de normalisation technique) enrichit la panoplie des instruments du pouvoir, notamment par le perfectionnement des techniques de dénombrement et d'enregistrement et par le développement des outils mathématiques et statistiques, qui sont à l'origine de la naissance de nouvelles normes, comme les taux de mortalité ou le niveau de vie et d'activité, le rendement des populations⁷¹. Au niveau institutionnel, Foucault concentre son étude sur les lieux d'enfermement comme la caserne, l'école, l'atelier et bien sûr la prison, où s'expérimentent de nouvelles technologies d'un pouvoir disséminé qui tend moins à réprimer qu'à dresser et corriger les corps et les esprits afin de les discipliner, c'est-à-dire d'ajuster parfaitement les comportements et les performances des uns et des autres aux tâches spécifiques qui leur sont assignées par l'institution.

Au sein de l'atelier, que les révolutions industrielles sont en train de transformer en manufacture puis en gigantesque usine, la division du travail, dont nous avons vu comment elle accentuait le besoin de normalisation technique, renforce et généralise le dispositif du travail à la chaîne. Cette chaîne ne remplit pas seulement la fonction d'accroître le rendement par la division des tâches, mais également d'attacher le travailleur à son poste et à lui imprimer le rythme de

69. Gallimard, 1976. Il s'agit du premier tome de son histoire de la sexualité.

70. Notamment *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-78)*, Gallimard/Seuil, 2004. À consulter sur ce thème plutôt que *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-79)*, dont le titre induit quelque peu en erreur et qui est davantage consacré au néo-libéralisme. Notons que Foucault est demeuré moderne en cela qu'il a considéré les normes de gestion des personnes, indépendamment des normes techniques des objets, auxquelles il ne s'est pas intéressé, alors même que les travaux précurseurs de Canguilhem, qui ont manifestement grandement influencé les développements sur la norme dans *Surveiller et punir*, y invitaient pourtant d'une manière qui apparaît, aujourd'hui du moins, assez évidente. Thibault Le Texier note en outre que Foucault ne s'est pas intéressé à la production en usine, sinon les développements sur l'atelier de *Surveiller et punir*, qui traitent de l'atelier par analogie avec la prison (« Foucault, le pouvoir et l'entreprise : pour une théorie de la gouvernementalité managériale », *Revue de philosophie économique*, 2011-12, pp. 53-85).

71. Sur cette question, nous renvoyons aux travaux fondateurs d'A. Desrosières : *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte, 2010 [1993] ainsi que, plus récemment, *Gouverner par les nombres : l'argument statistique II*, Paris, Presses de l'École des Mines, 2008.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

son travail, comme le Charlot des *Temps modernes* en a si durablement imprimé l'image dans notre mémoire collective. Lors de la deuxième révolution industrielle, l'industrie automobile naissante érige, avec Henri Ford et Louis Renault notamment, la chaîne en véritable modèle de production. L'organisation de ce travail divisé devient l'objet d'une nouvelle discipline, le management, qui prétend avec l'ingénieur Frederick Taylor au titre de science⁷². Il s'agit de décomposer le processus de production en étapes simples ; de déterminer, pour chaque étape, le meilleur geste à accomplir ; de mesurer les performances en les chronométrant et de les améliorer en supprimant tous les gestes inutiles (c'est-à-dire sans valeur ajoutée) ; d'exercer la main d'œuvre à l'exécution correcte de ces gestes et de l'inciter à l'obéissance et au rendement en déterminant des critères de rémunération adéquats.

Comme nous l'avons vu, le souci de la qualité des produits l'emportera progressivement sur la course exclusive à la productivité. Dès 1924, le mathématicien américain Walter Shewhart invente, au sein des laboratoires de la compagnie des téléphones Bell, une méthode de contrôle de la qualité qui repose sur des outils statistiques, le recours systématique aux graphiques et trouve une source d'inspiration dans la sémiotique de Charles Sanders Peirce, le philosophe fondateur du pragmatisme. Le statisticien William Deming applique sa méthode à la fabrication de munitions pendant la seconde guerre mondiale. Après la guerre, Shewhart, Deming et d'autres sont appelés au Japon, qui fait de l'amélioration de la qualité un impératif national dans la politique économique de reconstruction du pays. Le « fordisme » laisse place au « toyotisme » comme modèle de production et d'organisation du travail, dont l'ingénieur industriel Taiichi Ohno formule les règles et les techniques dans les années soixante⁷³. Parallèlement, la politique de la qualité se développe, se diffuse et se généralise aux États-Unis, où elle génère des institutions spécifiques, comme les cercles de qualité par exemple. Ce modèle ne se transfère que tardivement en Europe, principalement par le moyen de la normalisation et de la certification de la série de normes ISO9000, à partir des années 1990.

Ce tournant de la qualité, dont nous avons déjà vu qu'il avait profondément influencé l'évolution de la normalisation technique, par la création d'un nouveau type de normes, d'une nouvelle fonction assignée à la norme, manifestée par le label, et du développement de la filière de la certification, est donc également à l'origine d'évolutions très importantes dans le domaine de la gestion. Celles-ci se manifestent notamment par l'invention de nouvelles techniques et instruments de contrôle, que l'on désignera sous le terme de « nouveau

72. F. Taylor, *The Principles of Scientific Management*, Eldrich Press, 1911. Taylor avait déjà publié *The Shop Management* en 1903.

73. T. Ohno, *Toyota Production System : Beyond Large-Scale Production*, Productivity Press, 1988 ; *Workplace Management*, Productivity Press, 1988.

Benoit Frydman

management ». Si l'efficacité est l'objectif cardinal de la normalisation, la qualité est le concept opératoire qui ouvre de nouveaux territoires et de nouvelles ambitions à la normalisation contemporaine, dans le même temps où elle permet la fusion des normes techniques et managériales. Dès lors, tandis que l'efficacité forme logiquement le souci premier de l'économiste et du gestionnaire, la qualité est un concept auquel doit absolument s'intéresser, aussi étrange que cela puisse paraître au premier abord, le juriste ou, si l'on préfère, le normatologue. Qu'est-ce que la qualité ? Comment oriente-t-elle l'activité, l'organisation et les comportements ? Par quels règles, moyens et procédures ? Voilà des interrogations auxquelles une théorie de la normalisation contemporaine doit chercher à répondre et qui nous en apprendrait beaucoup sur « les règles du jeu » dans le monde contemporain.

Ainsi, la qualité ne détermine pas, dans le langage managérial, des propriétés intrinsèques à l'objet produit lui-même. Elle est définie, de manière purement pragmatique, comme les attentes du client ou plus largement de l'utilisateur. L'ambition première du management de la qualité est ainsi d'orienter toute la production en fonction de la satisfaction et des besoins du client. La qualité n'est pas davantage définie de manière substantielle mais procédurale, nous l'avons vu, comme le résultat d'un processus. L'objectif est d'aboutir au « zéro défaut » en traquant tout au long des étapes de la production les causes des défaillances que l'on constate à la sortie au moment des tests, vérifications et des enquêtes de satisfaction des clients. Cette recherche suppose une analyse fine et détaillée de chaque étape des processus de l'entreprise, schématisés par exemple dans un « logigramme ». Cette analyse des processus ne se limite pas à la chaîne de production, mais étend son emprise à tous les départements de l'organisation, la distribution, le stockage, le transport, la commercialisation, le service après-vente et jusqu'à la gestion elle-même. La mesure, la rationalisation, la surveillance et le contrôle ne concernent plus seulement l'ouvrier assigné à son poste de travail, mais s'étendent aux employés et aux cadres, qui étaient jusqu'ici relativement à l'abri dans leurs bureaux et que l'on s'empresse d'ailleurs de reloger dans des « paysagers » à vocation panoptique. Le tournant de la qualité accompagne ainsi le passage d'une économie de produits à une économie de services, dans laquelle ce dont il s'agit d'assurer la qualité n'est plus une chose fabriquée, mais une prestation délivrée par un agent ou une équipe. La politique de la qualité tend ainsi vers la notion de « qualité totale »⁷⁴, déjà présente dans le modèle japonais.

La qualité vise certes l'organisation intérieure en chacun de ses départements et services mais aussi l'entreprise dans le contexte de ses relations avec l'ensemble de ses parties prenantes, clients et four-

74. TQM et TQS pour *Total Quality Management* et *Total Quality System*.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

nisseurs, travailleurs, riverains et pouvoirs publics. Après la série des 9000, les normes ISO 14000, mises au point dans les années 2000, visent ainsi la gestion environnementale de l'entreprise, avant que la norme ISO 26000, établie en 2010, ne traite plus généralement de la gestion par l'entreprise des risques et des relations avec l'ensemble des parties prenantes dans le cadre d'une politique de responsabilité sociale.

D'autre part, si la qualité se détermine par les attentes subjectives des clients et des parties prenantes, il ne s'agit pas pour autant d'une notion évanescence. Dans l'univers du management, la qualité ne s'oppose pas à la quantité ; elle n'échappe pas à l'emprise du chiffre. Ce n'est pas pour rien que la notion a été inventée et mise en place par des mathématiciens et des statisticiens. La qualité s'évalue et se mesure par référence à des points de contrôle définis, les indicateurs, dont les compteurs s'affichent sur le « tableau de bord » du manager. Ce dispositif, désormais généralisé à l'ensemble du management et qui absorbe une grande part de l'énergie et du temps des gestionnaires, va pouvoir s'appuyer sur les progrès révolutionnaires des technologies de l'information et de la communication, qui permettent et favorisent l'enregistrement d'un nombre illimité de données à intervalles périodiques rapprochés, voire en temps réel, et rendent compte, de la manière la plus fine, la plus individualisée, la plus détaillée possibles, des résultats, du rendement, des coûts et des performances de chaque étape, de chaque service, de chaque individu, dans chacune de ses multiples tâches. Mais le tableau de bord n'est bien sûr pas qu'un outil d'enregistrement et de mesure. C'est aussi et surtout, comme son nom l'indique, un dispositif de pilotage, destiné à atteindre un certain nombre d'objectifs. Si la « donnée » est présentée comme une composante du réel (encore qu'elle soit déjà le produit de fabrication d'un indicateur défini), l'objectif à atteindre est une norme, la norme qui oriente le comportement vers la fin à atteindre.

La gestion par objectif s'opère par le moyen de l'une des technologies les plus puissantes et les plus intéressantes du nouveau management : le *benchmarking*. Son principe très simple revient à fixer le niveau de performance à atteindre par référence à un modèle, défini généralement par les performances d'une autre entreprise, leader du marché. La littérature attribue généralement la paternité du système à l'entreprise américaine de copieurs Xerox, dans les années 1980. Mais le *benchmarking* fonctionne parfaitement par référence à d'autres normes, par exemple, sur la base du principe d'un accroissement des performances de x % par rapport à l'année antérieure, dans un processus d'amélioration continue de la qualité, du rendement, des profits, etc. Bien plus, la technologie du management par les indicateurs et du *benchmarking* peut être spécifiée pour analyser, au sein même de l'entreprise, les performances des agents et des équipes

dans le temps et les comparer entre eux. L'usage interne de cette technique permet, conformément à ce que préconise la théorie néo-

Benoit Frydman

libérale, d'importer et de faire jouer la concurrence dans un domaine pourtant soustrait aux règles du fonctionnement du marché, celui de l'entreprise et plus généralement de l'organisation. La technologie du benchmarking permet de spécifier la gestion par objectif au niveau de chaque service et de chaque agent. Elle permet également de classer les performances des uns et des autres (le « ranking ») et de les publier afin de louer et récompenser les meilleurs et de blâmer et sanctionner les moins bons. Ces dispositifs, ainsi couplés avec des incitants adaptés (primes ou amendes, promotions ou licenciements), créent de puissantes motivations, mais des aussi des pressions fortes, parmi les travailleurs de l'entreprise et les agents économiques en général, qui y réagissent fortement et souvent même les anticipent, en y adaptant leur comportement. Le dispositif est à la fois efficace et peu coûteux dans la mesure où les agents eux-mêmes deviennent leurs propres surveillants.

Cette logique de l'évaluation permanente et tous azimuts⁷⁵ ne fait en réalité qu'importer dans l'entreprise des techniques éprouvées depuis très longtemps au sein de l'institution scolaire. Cependant, leur développement à l'occasion de leur transposition à l'entreprise et les ressources gigantesques offertes par les technologies de l'information et de la communication vont en démultiplier la puissance, en même temps qu'elles en réduisent les coûts et en facilitent la généralisation à l'ensemble de la société. Car, à la faveur de ces développements technologiques, les dispositifs d'évaluation peuvent désormais s'aventurer en dehors des lieux relativement discrets et confinés des institutions de surveillance où ils sont nés, comme l'école et l'usine, essayer à l'air libre et investir à visage découvert les milieux ouverts des sociétés de contrôle, comme l'avait indiqué Gilles Deleuze, au départ de certaines intuitions de Foucault⁷⁶. L'agent, qu'il s'agisse d'un être humain ou d'une organisation, quelle que soit sa forme ou son but, voire même un animal, une machine ou un hybride, bref tout ce dont le comportement peut être conduit vers un but, un objectif ou dans une certaine direction, peut désormais être piloté par le système des indicateurs, du benchmarking, des classements et des incitations qui y sont associés. Bien plus, ce pilotage peut opérer de manière pleinement efficace à l'air libre et à distance (un peu à la manière dont le bracelet électronique associé à un positionnement GPS fournit une solution de substitution à l'enfermement en cellule). Il peut concerner toutes les activités auxquelles peuvent être associées, d'une manière ou d'une autre, la compilation et l'analyse de données, c'est-à-dire pratiquement tous les aspects de la vie personnelle et sociale, à

75. On parle ainsi d'évaluation à 360° lorsque l'agent est évalué par l'ensemble des personnes avec qui il collabore au sein et même en dehors de l'entreprise.

76. G. Deleuze, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? », in Association pour le Centre Michel Foucault, *Michel Foucault philosophe, rencontre internationale*, Seuil, 1989, pp. 185-195. – G. Deleuze, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *Pourparlers*, Ed. de Minuit, 1990, pp. 240-247.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

l'heure du « big data »⁷⁷. L'heure est venue pour les normes technico-managériales et leurs dispositifs de se poser en concurrents directs et sérieux des règles juridiques et des institutions politiques issues de la Modernité.

II. La concurrence des normativités à l'âge global

Cette incursion dans l'histoire des normes techniques et managériales, qui demeure en partie à écrire, nous montre qu'il n'y a pas, d'un côté, un système juridique organisé à l'échelle des États et du monde et, de l'autre, un « infra-droit », selon l'expression de Carbonnier⁷⁸, formé d'une masse plus ou moins indéterminée et hétéroclite de normes techniques, que le droit serait appelé à mettre en ordre. Nous voyons plutôt deux modes structurés, organisés et institutionnalisés de régulation qui se font face ou plutôt se tournent le dos. Comme l'écrit bien Foucault, les normes ne sont pas un « infra-droit », mais un « contre-droit », un concurrent de l'ordre juridique, dont la discrétion ne doit pas nous abuser, pas plus que les rodomontades du spectacle de la loi en majesté⁷⁹. Le silence que cette dernière observe avec obstination à l'égard de l'appareil normatif ne dénote pas seulement du mépris ; elle révèle également une sourde hostilité envers un adversaire pressenti de longue date.

Selon Foucault, l'ordre de la loi aurait déjà amorcé son déclin à la fin de l'Ancien régime, alors qu'elle n'a pas encore entamé son règne officiel, qui commence à la Révolution. Dès ce moment, les disciplines auraient pris efficacement le relais du contrôle minutieux des conduites, à l'abri des regards, dans les lieux clos de la surveillance. Sans doute Foucault anticipe-t-il, mais de peu, en tout cas sur le plan de l'histoire des idées. Dès le début du 19^e siècle, Saint-Simon lance en effet, sur les terrains philosophique et politique, le débat sur le remplacement du gouvernement politique et juridique par l'organisation et la direction industrielles de la société⁸⁰. Saint-Simon, qui a connu la Révolution française, dont il déteste la violence et les errements, autant que les régimes réactionnaires qui lui succèdent, pense que la véritable révolution politique sera en réalité la révolution industrielle. C'est elle qui va substituer à l'ancienne société féodale une nouvelle

77. A. McAfee et E. Brynjolfsson, « Big Data : The Management Revolution », *Harvard Business Review*, October 2012.

78. *Sociologie juridique*, P.U.F., 2^e éd., 1978, pp. 213 et s.

79. Et Foucault d'ajouter : « Et si le juridisme universel de la société moderne semble fixer les limites à l'exercice des pouvoirs, son panoptisme partout répandu y fait fonctionner, au rebours du droit, une machine à la fois immense et minuscule qui soutient, renforce, multiplie la dissymétrie des pouvoirs et rend vaines les limites qu'on lui a tracées » (M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, pp. 224-225).

80. J. Grange, « L'industrialisme de Saint-Simon », consulté le 22 avril 2013 sur <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/27/97/57/PDF/Saint-Simon-Grange.pdf>.

Benoit Frydman

organisation fondée sur la division du travail et l'association des producteurs. Reprenant une formule de Rousseau, qui résonne ici d'un écho singulier, Saint-Simon enseigne que « l'administration des choses » est appelée à se substituer au « gouvernement des hommes »⁸¹. La République et les différents régimes postrévolutionnaires ne sont que des formes temporaires du pouvoir politique de l'État souverain, dont ils annoncent le dépérissement inexorable. Comme le résumera bien Durkheim, si la société traditionnelle était politiquement commandée, « la société industrielle doit être industriellement administrée »⁸². Il ne s'agit en aucun cas, contrairement aux libéraux, de remplacer la main de fer de l'État par la main invisible du marché en laissant faire les individus et les entrepreneurs à leur guise. Le saint-simonisme croit au contraire à l'avènement d'une organisation scientifique de la société, conduite par les plus aptes, sur le modèle de l'atelier ou d'une grande fabrique. Tournant le dos au modèle politico-juridique de la démocratie, des droits de l'homme et des libertés, il promeut plutôt une forme de technocratie fondée sur l'administration scientifique de la production organisée en vue de l'utilité commune⁸³. Pour autant ce nouveau régime, qu'il appelle de ses vœux, ne verra pas le jour au terme d'un nouveau grand soir révolutionnaire, mais par l'organisation progressive de l'association des producteurs en réseaux décentralisés. Saint-Simon prophétiserait en quelque sorte la montée en puissance de la normalisation industrielle et annoncerait « la révolution managériale » qui substitue, en douceur, au règne des souverains de toutes espèces celui des administrateurs et des gestionnaires⁸⁴.

Le modèle de la société industrielle gérée comme une grande entreprise, par des ingénieurs sociaux, aura une grande et longue influence, à la fois parmi les socialistes utopiques et dans les doctrines technocratiques, comme celle d'Auguste Comte, qui promeut à son tour, sous le nom de « sociologie » un gouvernement scientifique de la société, proche des idées de son inspirateur Saint-Simon⁸⁵. Les saint-simoniens proprement dit compteront dans leurs rangs de nombreux

81. XXX à compléter

82. J. F. Mattéi, « L'État moderne et l'inflation de la technocratie », in S. Goyard Fabre éd., *L'État au XX^e siècle*, Vrin, 2004, pp. 289 et s., spéc. p. 294 et la référence à E. Durkheim, *Le socialisme, sa définition, ses débuts, la doctrine saint-simonienne*, recueil d'articles édités par M. Mauss, P.U.F., 1992, p. 180.

83. *L'organisateur* (1819), *Le système industriel* (1821), *Le catéchisme des industriels* (1823-24). « La vraie liberté consiste à développer sans entrave et avec toute l'extension possible une capacité temporelle ou industrielle utile à l'association. L'idée vague et métaphysique de liberté serait contraire au développement de la civilisation et à l'organisation d'un système bien ordonné qui exige que les parties soient fortement liées à l'ensemble et dans sa dépendance » (Saint-Simon, *Oeuvres*, t. III, pp. 15-17, cité par Mattéi, op. cit., p. 291).

84. J. Burnham, *L'ère des organisateurs*, Calmann-Lévy, 1947 (éd. originale anglaise : *The Managerial Revolution*, 1941).

85. A. Comte, *Cours de philosophie positive : leçons de sociologie* (leçons 47 à 51), Garnier-Flammarion, 1999.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

polytechniciens et autres ingénieurs, qui se targueront « de pouvoir résoudre mieux que quiconque toutes les questions sociales et politiques exactement de la même manière, et pour la même raison, qu'ils savaient mieux que quiconque construire une route ou un pont »⁸⁶. Il n'est dès lors guère surprenant de voir la lutte entre les deux modèles (politique et industriel) se prolonger, sur le terrain, entre les juristes, d'une part, et les ingénieurs, de l'autre, qui se disputent le pouvoir de régulation, notamment à l'occasion de l'institutionnalisation progressive de la standardisation technique⁸⁷.

Nous assistons aujourd'hui à une nouvelle phase de cette lutte des normativités techniques et juridiques, qui prend un tour à la fois plus ouvert, donc nécessairement plus spectaculaire, et plus critique en cette phase de grande réorganisation sociale que constitue la phase actuelle de globalisation. De nombreux exemples peuvent être observés de cette concurrence que livrent les normes techniques et managériales aux règles juridiques classiques depuis une vingtaine d'années, soit dans le champ global, soit dans celui de la construction européenne, qui fait figure en la matière de véritable « laboratoire » de la globalisation⁸⁸. Nous les classerons ici encore en deux séries : d'une part, ceux qui manifestent l'extension du domaine des normes techniques, très au-delà du circuit de la production, à des matières qui relevaient jusqu'alors de la réglementation politique et juridique (A) ; d'autre part, l'application des dispositifs du nouveau management public à la gestion par delà les frontières des services publics et au pilotage des États eux-mêmes, au nom de la gouvernance européenne et globale (B)⁸⁹.

A. L'irrésistible extension du domaine de la norme technique

La politique de libéralisation des échanges qui caractérise la construction européenne et la globalisation a fourni l'occasion d'un transfert massif de compétences des règles juridiques nationales vers des

86. Ph. Nemo, *La société de droit selon F.A. Hayek*, PUF, 1988, pp. 423-424, commentant l'étude de Hayek sur Saint-Simon dans *The Counter-Revolution of Science*.

87. M. Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006, en particulier le sous-chapitre intitulé « Rivalitäten und grundsätzliche Kritik : Techniker gegen Juristen », pp. 352 et s.

88. Sur cette question, voy. la thèse à paraître d'A. Van Waeyenberge sur *Les nouveaux instruments juridiques de la gouvernance européenne* (Larcier, 2014).

89. Nous nous bornerons ici à une présentation succincte de ces exemples, en renvoyant aux contributions réunies dans le présent ouvrage, qui en présentent une description et une analyse approfondie.

Benoit Frydman

normes techniques européennes et globales⁹⁰. En 1985, la Commission Delors, en charge de la préparation du Marché unique à l'horizon 1992, prit conscience qu'elle ne pourrait atteindre cet objectif en continuant de recourir à la méthode communautaire classique. Celle-ci consiste à harmoniser les législations des États membres lorsque des règles communes apparaissent nécessaires pour réaliser les objectifs assignés par les traités à la construction européenne. Cette harmonisation se réalise par la voie soit de règlements, soit de directives, dont l'adoption est le résultat d'une procédure législative spécifique. Celle-ci implique la collaboration des différents organes politiques des institutions communautaires, principalement la Commission, le Parlement et le Conseil. Pour passer du « Marché commun » au « grand Marché » puis au « Marché unique », il fallait s'attaquer aux barrières non plus tarifaires aux échanges, comme les droits de douane depuis longtemps supprimés, mais à certains

en réalité de règles juridiques imposées par les États dans le souci de garantir la sécurité et la santé des consommateurs et la protection de l'environnement. La Commission Delors se rendit compte que des centaines de directives, dont la plupart devaient être décidées à l'unanimité, seraient nécessaires pour harmoniser au niveau européen ces exigences, pourtant légitimes et importantes, mais diversement formulées et organisées par les réglementations nationales. Leur adoption aurait représenté un travail législatif considérable et insurmontable dans les délais impartis. Dans le prolongement de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union⁹¹, la Commission décida d'adopter une « nouvelle approche »⁹². Celle-ci se fonde en premier lieu sur le principe de reconnaissance mutuelle des législations des États membres, au terme duquel le produit qui correspond aux prescriptions techniques de l'État d'origine peut librement circuler dans l'ensemble de l'Union. L'harmonisation n'est donc plus requise sous la réserve des « exigences essentielles » en matière de santé, sécurité, environnement, etc., qui sont consignées dans des directives cadres. Ces exigences se bornent cependant à formuler des objectifs généraux et renvoient, pour le surplus, c'est-à-dire pour la plus grande part et de manière concrète, aux « normes européennes harmonisées ». Ces dernières sont élaborées par les organismes européens de normalisation, soit le Comité européen de normalisation (CEN), l'ISO communautaire en quelque sorte, et d'autres organismes spécialisés en matière électronique ou de télécommunication princi-

90. Voy. aussi les développements sur cette question dans l'article d'A. Van Waeyenberge, « L'ISO, une norme pas comme les autres » publié dans le présent volume.

91. En particulier, l'arrêt *Cassis de Dijon* (1979) qui avait établi le principe de la reconnaissance mutuelle.

92. Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, J.O. n° C 136 du 04/06/1985, pp. 1 à 9. — Pour une étude juridique approfondie de ces questions : P. Pecho et A. Van Waeyenberge, « La normalisation technique vue de Luxembourg », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2010, pp. 387-394.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

palement. Il peut s'agir soit de normes européennes proprement dites, soit de normes internationales (comme les normes ISO), incorporées par les instances européennes, ce qui est de plus en plus souvent le cas⁹³. Selon leur logique habituelle, le respect de ces normes techniques n'est pas obligatoire pour le fabricant ou l'importateur des produits qui souhaitent commercialiser ceux-ci au sein du grand marché européen. La nouvelle approche crée cependant un incitant puissant à les adopter dans la mesure où la déclaration de conformité à ces normes présume de leur respect des exigences essentielles.

Il résulte en clair de la nouvelle approche que ce sont désormais les normes techniques européennes ou internationales, et non plus les législations nationales ni même le droit de l'Union européenne au sens strict, qui fixent en pratique et concrètement les prescriptions à respecter en matière de santé, sécurité et environnement pour la quasi-totalité des produits et des services qui circulent et sont commercialisés dans l'Union européenne. Encore faut-il bien comprendre qu'il ne s'agit pas d'un simple changement de « format » de la réglementation, celle-ci étant exprimée dans la forme d'une norme technique, subordonnée à une directive, plutôt que d'une loi nationale ou d'une directive proprement dite. Car, à l'occasion de ce changement de véhicule de la normativité, l'ensemble des filières institutionnelles d'élaboration et de mise en œuvre des règles dans ces domaines passent de l'empire du droit au domaine de la standardisation. Les normes techniques sont en effet élaborées, non plus par les instances politiques traditionnelles, mais bien au sein du CEN, de l'ISO ou des organismes sectoriels spécialisés. Selon la procédure qui leur est habituelle, les travaux associent les organismes nationaux de normalisation et des experts désignés par eux en provenance de l'industrie et des utilisateurs, ainsi que des professionnels de la normalisation en vue de la réalisation d'un large consensus. La mise en œuvre de ces normes et des exigences essentielles auxquelles elles se conforment est ensuite assurée conformément au dispositif du label et de la certification. Le fabricant ou l'importateur qui veut commercialiser au sein de l'Union un produit soumis aux directives « nouvelle approche » est en effet tenu d'apposer le « marquage CE », qui nous est devenu familier, par lequel il atteste lui-même que le produit en question respecte les exigences essentielles ou, ce qui revient au même, les prescriptions techniques correspondantes. Ce marquage CE, assorti d'une déclaration de conformité, constitue un véritable « passeport européen » pour ce produit qui interdit aux États de faire obstacle à leur mise sur le marché sur le territoire ou de soumettre celle-ci à des conditions ou procédures d'autorisation complémentaires et réduit à l'extrême les possibilités de retrait de ces produits du marché⁹⁴. En outre, le marquage CE implique la soumission des produits aux

93. Voy. l'étude précitée de Van Waeyenberge dans le présent ouvrage.

94. Pecho et Van Waeyenberge, *op. cit.*, pp. 391-392.

Benoit Frydman

procédures d'évaluation de leur conformité⁹⁵, lesquelles varient selon les États et les produits, mais incluent notamment les procédures de certification par des organismes accrédités ou par les pairs, les garanties de l'assurance qualité ou des procédures de test⁹⁶. Cependant, les normes techniques adoptées dans le cadre de la nouvelle approche (ou en dehors) échappent à tout contrôle de validité juridique et ne peuvent faire l'objet ni d'un recours en annulation devant la Cour de justice de l'Union, ni d'un recours par les particuliers, dont on estime qu'ils n'ont pas d'intérêt à les contester⁹⁷.

Le système adopté dans le cadre de la nouvelle approche a enfin comme conséquence indirecte, sinon de rendre obsolète, du moins d'inciter à l'alignement des prescriptions techniques nationales sur les normes techniques européennes. En effet, puisque le produit pourra circuler à l'intérieur des frontières pour autant qu'il respecte ces dernières, le maintien d'exigences légales internes plus contraignantes n'aurait en définitive pour seul effet pratique que d'entraver la position concurrentielle des fabricants nationaux, sans pouvoir empêcher le moins du monde l'entrée et la vente des produits en provenance de l'étranger qui ne s'y conformeraient pas. Cet alignement peut se faire par voie législative ou réglementaire, mais elle s'opérera plus naturellement par le moyen d'un alignement des normes techniques nationales sur les normes européennes et internationales, favorisé par les dispositifs et les procédures des organismes supranationaux de normalisation. Le système est considéré par la Commission comme un nouveau modèle de corégulation réussi et qui a fait ses preuves⁹⁸. L'Union européenne vient d'ailleurs d'adopter un nouveau règlement en 2012 dans les buts notamment d'élaborer les normes techniques plus rapidement et d'assurer une meilleure représentativité des parties prenantes, notamment des petites et moyennes entreprises. Bien plus, le règlement rend possible désormais l'élaboration de normes européennes harmonisées dans le domaine des services⁹⁹.

Au niveau global, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) a été confrontée à un problème analogue pour surmonter les obstacles à la libéralisation du commerce, engendrés par les prescriptions tech-

95. *Ibidem* et la jurisprudence citée par ces auteurs.

96. J. Ch. Graz, « Quand les normes font loi. Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », *Revue Etudes internationales*, vol. XXXV, 2004, pp. 233-260, spéc. p. 249.

97. Pecho et Van Waeyenberge, *op. cit.*, pp. 393-394.

98. O. Borraz, « Les normes, instruments dépolitisés de l'action publique », in P. Lascoumes et P. Le Galès, *Gouverner par les instruments*, éd. Sciences-Po, 2004, p. 145.

99. Règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision n° 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

niques imposées par les ordres juridiques nationaux. Elle y a répondu par une solution similaire à la nouvelle approche, ce qui confère, avec d'autres exemples, quelque crédit à la thèse du laboratoire européen de la globalisation¹⁰⁰. Deux accords importants ont ainsi été conclus au sein de l'OMC en 1994 et 1995 sur les obstacles techniques au commerce des produits (OTC) et des services (AGCS). Ces accords n'autorisent les États parties à élaborer des réglementations et des procédures d'évaluation techniques, qui font obstacle au libre commerce transnational, que lorsque et dans la mesure où ceux-ci se révèlent nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt public en matière de sécurité nationale, de santé et de sécurité des personnes et des animaux, de protection de la végétation et de l'environnement, ainsi que pour prévenir des risques de tromperie¹⁰¹. Ces accords incitent les États à se référer aux normes et aux procédures d'évaluation et de certification internationales en la matière. Ils leur fournissent en outre un « code de pratiques » pour l'élaboration conforme de ces normes et procédures¹⁰². Ainsi, les règlements et procédures d'évaluation techniques conformes aux normes et procédures internationales sont présumés, de manière réfragable, « ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international ». Ils peuvent dès lors être invoqués avec succès dans les litiges commerciaux, en particulier devant l'Organe d'appel de l'OMC. L'importance pratique de ce système est considérable dès lors qu'on estime que les normes internationales affectent environ 80% du commerce mondial¹⁰³.

Parmi ces normes techniques, la récente norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale des organisations mérite une attention particulière¹⁰⁴. Adoptée en 2010, cette norme a pour ambition de fixer un standard global dans le domaine très dynamique de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)¹⁰⁵. La norme propose une définition claire de cette notion, sur laquelle s'est déjà alignée la Commission européenne¹⁰⁶, et des engagements qu'elle recouvre,

100. Voy. aussi *infra* II.B à propos de la méthode ouverte de coordination.

101. Accord OTC, art. 2.2.

102. Accord OTC, art. 4.

103. OCDE, *Regulatory Reform and International Standardisation*, 1999, cité par J. Ch. Graz, *op. cit.*, p. 241.

104. Voy. dans le présent volume l'étude spécifique de M. A. Careira Da Cruz, ainsi que la littérature scientifique déjà abondante disponible sur le sujet, en particulier l'ouvrage dirigé par M. Capron, F. Quairel-Lanoizelée et M.-F. Turcotte, *ISO 26000, une norme « hors norme »*, Economica, 2011. Voy. aussi les travaux de C. Gendron et de l'École de Montréal à la Chaire de responsabilité sociale et développement durable à l'UQAM, entre autres : « Normaliser la responsabilité sociale. Le pari d'ISO 26000 », *Les Cahiers de la CRSDD*, 07-2010.

105. Voy. à ce sujet le livre publié à ce sujet par le Centre Perelman, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007.

106. Communication de la Commission européenne du 25 octobre 2011 (COM 2011 681) intitulée : « La responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », pp. 7-8.

Benoit Frydman

ainsi qu'un processus de mise en œuvre de la politique de RSE par l'entreprise ou l'organisation. Les engagements ne sont pas à proprement parler juridiques, mais incontestablement normatifs et à vocation régulatoire. Ils concernent les conditions de travail dans les entreprises, les conséquences de la production et de l'activité en général sur l'environnement et plus largement le rapport aux droits de l'homme. Ils visent non seulement l'entreprise elle-même, mais plus largement sa « sphère d'influence », qui peut s'étendre, pour les grands groupes ou les entreprises têtes de réseau, à l'ensemble de la chaîne de production ou de valeur que l'organisation contrôle économiquement. En clair, il s'agit pour l'entreprise de veiller à ce que ses produits et ses services soient fabriqués et délivrés, par elle et ses sous-traitants, dans des conditions de travail et environnementales acceptables, sans violer ni se rendre complice d'une violation des droits fondamentaux des personnes concernées par ses activités. Pour aboutir à cette norme, ISO a mis au point, dès 2005, une procédure *ad hoc* associant à ses travaux non seulement les organismes nationaux de normalisation, mais des représentants de l'ONU, du Global Compact en particulier, et de l'Organisation internationale du travail (OIT), ainsi que des représentants syndicaux et des ONGs actives dans les domaines concernés. L'ISO a réussi le tour de force d'aboutir en cinq ans à un large consensus, là où l'ONU avait tenté en vain, durant des dizaines d'années, d'établir un statut juridique des entreprises multinationales et de leurs responsabilités. Bien entendu, il ne s'agit que de normes volontaires, qui sont proposées aux entreprises. En outre, les représentants de celles-ci ont veillé à ce que la norme ISO 26000 soit déclarée non certifiable et qu'elle ne puisse être considérée comme un standard international au sens de l'accord OTC de

Néanmoins, plusieurs organismes nationaux de normalisation, dont l'AFNOR en France, proposent d'ores et déjà des certifications nationales, de même que des organismes privés d'audit¹⁰⁷. Le Global Report Initiative (GRI), qui a été associé aux travaux, a adapté son plan normalisé pour les rapports non financiers des entreprises à la norme ISO 26000. L'explosion des codes de conduite d'entreprises et la guerre des standards dans certains secteurs, notamment entre l'américaine SA8000 et la chinoise CSC9000T, a suscité le besoin d'un standard unique, conforme aux grands principes fixés par l'OIT et l'ONU, mais plus détaillé et opérationnel pour les entreprises, ainsi que pour l'ensemble de la filière de contrôle et d'évaluation des engagements, en ce compris les agences de notation non financières. La norme ISO 26000 répond à ce besoin et il y a fort à parier qu'en dépit des garan-

107. AFNOR Certification a développé un modèle d'évaluation AFAQ 26000 Responsabilité Sociétale – DD, reprenant tous les critères de la norme ISO 26000, qui se présente comme une « véritable traduction opérationnelle de l'ISO 26000 », qui « mesure le degré d'intégration des principes de responsabilité sociétale au sein de l'organisation » (*L'ISO 26000 en 10 questions*, Brochure de l'AFNOR disponible en ligne sur le site de l'AFNOR, p. 12).

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

ties de papier données au lobby des grandes entreprises, sa mise en œuvre impliquera bientôt la mise en place d'une filière globale de certification, permettant aux entreprises socialement responsables de se reconnaître entre elles et de faire affaire ensemble. Avec la norme ISO 26000, on voit que les acteurs sociaux privilégient désormais la voie de la normalisation technique par rapport à la réglementation juridique pour réguler des rapports sociaux qui semblaient pourtant relever du noyau dur de la juridicité¹⁰⁸. On voit également que la concurrence de la normalisation par rapport à la réglementation signale ici plus fondamentalement le déplacement subreptice de la pression, qu'opère le mouvement de la RSE, des États vers les entreprises transnationales et leurs chaînes globales de valeur, pour la mise en œuvre à l'échelle du monde de standards sociaux et environnementaux et d'autres politiques, notamment en matière de lutte contre la corruption.

On aurait tort cependant d'interpréter l'extension du domaine de la normalisation comme un simple passage de relais des instances internationales de l'ONU vers d'autres enceintes internationales, celles de l'ISO. D'abord, parce que l'ISO ne fonctionne pas selon les règles du droit international public ni comme une organisation interétatique¹⁰⁹. Elle a pour membres les organismes nationaux de normalisation, lesquels ne sont pas tous publics, loin s'en faut. Ensuite, parce qu'avec la normalisation, ce n'est pas seulement l'élaboration de la norme qui échappe aux instances classiques du droit, mais l'ensemble de la filière de mise en œuvre et de contrôle, comme on l'a vu avec la nouvelle approche européenne. Enfin, parce que l'ISO, malgré son dynamisme et l'importance de son activité, ne jouit d'aucun monopole sur les processus de normalisation globale et que ceux-ci se déroulent également dans le cadre d'institutions purement privées.

Tel est le cas, par exemple, de la normalisation comptable des sociétés cotées en bourse¹¹⁰. La comptabilité est le langage des affaires. C'est bien sûr une matière très technique, mais bien plus qu'une matière technique car elle traduit en données chiffrées et communique à l'intention de la société et des tiers des informations capitales sur l'entreprise, la valeur de ses actifs, l'état de son endettement et des risques, le résultat même de son activité, bénéficiaire ou déficitaire. La comptabilité intéresse donc non seulement les entreprises, mais la collectivité : les investisseurs, ainsi que les créanciers de l'entreprise, qui mesurent ainsi sa solvabilité et par suite le crédit qu'ils sont prêts

108. Voy. dans le même sens J. Ch. Graz, « Quand les normes font loi. Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale », *op. cit.*

109. Voy. l'étude de Van Waeynberge sur l'ISO dans le présent volume.

110. Les développements qui suivent s'appuient essentiellement sur l'excellente étude qu'Arnaud Van Waeynberge consacre à la politique comptable européenne dans son ouvrage sur *Les instruments juridiques de la gouvernance européenne*, Larcier, 2014 (à paraître). Le lecteur francophone peut également se référer aux travaux de M. Capron, N. Veron, X. Dieux, E. Chiapello et K. Medjad sur cet important dossier.

Benoit Frydman

à lui accorder ; l'État et les pouvoirs publics en général puisque le résultat de la société détermine notamment le montant des impôts dont celle-ci est redevable envers la collectivité ; les travailleurs attachés à leur outil de travail et dont les représentants peuvent être associés à la gestion ou à la surveillance et de manière générale toutes les parties prenantes. C'est pourquoi, la comptabilité, dont les règles ont longtemps été prises en charge par les professionnels des comptes et de leur surveillance, est devenue progressivement au 20^e siècle, une matière réglée par la loi et le droit, du moins en Europe continentale. L'Union européenne a dès lors manifesté logiquement le souci d'harmoniser les normes comptables et s'y est engagée par plusieurs directives publiées entre 1979 et 1984. L'harmonisation est cependant demeurée inachevée en raison de blocages politiques, notamment de l'Allemagne, résultant de divergences culturelles importantes entre les États de l'Union. En effet, en matière comptable à nouveau, comme dans le domaine du droit et celui des étalons de mesure, une ligne de démarcation culturelle traverse la Manche. Les Anglo-saxons considèrent davantage la société comme un bien marchand dans la perspective d'un investisseur, qui s'intéresse à la valeur de son action et donc au cours de bourse. Les Européens considèrent davantage l'entreprise comme une institution, qui affecte la collectivité et l'intérêt général, et dont il convient dès lors de surveiller l'état de santé. La comptabilité y est dès lors beaucoup plus marquée par des préoccupations prudentielles et fiscales.

En l'absence d'accord entre les Européens, les entreprises européennes les plus importantes ont adopté les normes comptables américaines pour la présentation de leurs comptes. D'une part, le respect de celles-ci conditionnait leur admission à la côte sur la place de New-York, la plus grande du monde. D'autre part, ces normes tendaient à s'imposer comme standard global en raison de la primauté des États-Unis dans le secteur de la finance comme dans l'activité connexe de l'analyse et de l'évaluation financières. Les normes comptables représentent en effet le référentiel sur la base duquel travaillent notamment les auditeurs et les agences de notation de crédit. Après diverses tentatives infructueuses, l'Union européenne a finalement réagi en 2002 en abandonnant pour l'essentiel à l'International Accounting Standard Board (IASB) le soin d'élaborer les normes comptables européennes. Établi à Londres, l'IASB est l'organe d'une fondation privée, établie dans l'État américain du Delaware et dominée par les grands cabinets d'audit (les « big four »), qui finance l'IASB et nomme ses membres¹¹¹. L'IASB est composée pour l'essentiel d'experts comptables, répartis en principe selon les différentes régions géographiques du monde, mais où le monde anglo-saxon est surreprésenté et l'influence des

111. Cette fondation a été rebaptisée IFRS Foundation depuis le 1^{er} juillet 2010. Ses statuts sont publiés en ligne sur le site de l'IFRS : <http://www.ifrs.org/The-organisation/Governance-and-accountability/Constitution/Documents/IFRS-Foundation-Constitution-January-2013.pdf>.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

« big four » très sensible. L'IASB élabore, publie, interprète et révisé les normes comptables dites IFRS¹¹². Selon la procédure qu'elle a elle-même organisée, l'Union européenne n'a plus ensuite qu'à homologuer ces normes comptables, qui acquièrent dans ce cas une force réglementaire obligatoire dans l'ensemble de l'Union. En règle, l'Union a conservé certes le pouvoir de refuser d'homologuer les normes IFRS. Mais, comme Van Waeyenberge le montre très bien, ce pouvoir revient à peu de choses en pratique. D'abord, l'Union n'a fait que rarement usage de cette prérogative. Elle a voulu s'opposer aux normes 32 et 39 relatives à la valorisation de certains actifs financiers et a demandé en conséquence à l'IASB de revoir ces normes. Mais l'affaire a finalement débouché sur un compromis boiteux, qui conserve pour l'essentiel la position de l'IASB, et un refus d'homologation partiel de l'une des normes contestées. Cependant, même lorsque l'Union refuse l'homologation, la Commission européenne suggère néanmoins aux entreprises de mettre en œuvre la norme refusée à titre volontaire. Quoi qu'il en soit, l'Union ne dispose d'aucun moyen de proposer l'adoption ou la modification d'une norme ni de peser sur la composition ou le fonctionnement de l'IASB. Cette délégation, sans précédent par son ampleur, du pouvoir normatif à une instance purement privée, correspond à une stratégie normative de l'Union. Celle-ci poursuivait le but non seulement de dépasser ainsi ses blocages internes, mais aussi de mettre en cause le leadership américain en proposant les normes IFRS à l'adoption d'autres pays à travers le monde en vue de l'imposer comme le standard comptable global. Cette stratégie a d'ailleurs assez bien réussi puisque le Brésil, la Chine, l'Inde et le Japon ont depuis adopté les normes IFRS et que la négociation est largement engagée en vue d'une harmonisation avec les normes américaines. Force est cependant de constater que le coût de la stratégie est très important puisque l'Europe ne peut espérer imposer « son » standard qu'en renonçant à tout moyen effectif d'en influencer le contenu et l'agenda. Plus généralement, le dossier comptable montre bien comment la paralysie des structures politiques de gouvernance conduit, tant sur le plan régional que global, au transfert du pouvoir normatif vers des instances privées spécialisées, ce qui induit notamment un passage de la réglementation vers la normalisation. Dans le cadre de la lutte globale pour le droit, une telle transition n'est évidemment pas que formelle, mais produit des effets très concrets. Comme l'analyse bien Van Waeyenberge, la « victoire » de l'IASB sur l'Union en ce qui concerne l'évaluation de certains actifs financiers à leur « juste valeur » c'est-à-dire en pratique à la valeur du marché et donc du cours de bourse, a produit des effets importants et négatifs durant la crise financière de 2007 en poussant à une dévaluation excessive de certains actifs sains, portant sur des sous-jacents immobiliers, ce qui a contribué à aggraver la crise, ainsi que le tarissement du crédit bancaire et interbancaire (« credit crunch »). Cette action dite « pro-

112. À charge de mener une procédure de consultation publique, sans grande conséquence, qui a été imposée par l'Union européenne.

Benoit Frydman

cyclique » des normes comptables s'est ajoutée aux effets du même type produits par le fonctionnement des agences de notation, avec lesquelles les normes comptables opèrent de manière complémentaire.

B. La gouvernance transnationale par les indicateurs

Les techniques du nouveau management ont ouvert la voie à l'application des méthodes d'organisation du travail au-delà de l'entreprise à toutes les activités de service et notamment aux services publics¹¹³. On appelle « nouveau management public » (NMP) les initiatives prises en ce sens, à partir des années 1990, notamment au Royaume-Uni à l'initiative du New Labour de Tony Blair, mais également en France et de manière assez générale dans les administrations publiques. Les gouvernants, tant de gauche que de droite, ont été séduits par ces techniques destinées à augmenter à la fois le rendement des fonctionnaires et la « qualité » des services publics (définis en fonction des attentes des usagers), tout en maîtrisant davantage la croissance des dépenses publiques. Dans le contexte de la construction européenne et de la globalisation, les mêmes dispositifs ont été mis à profit pour tenter de contourner les blocages et les lourdeurs de la gouvernance internationale et régionale. Ils ont été préconisés et mis en œuvre pour assurer une forme de gouvernance de certains services publics par le moyen de mécanismes d'harmonisation concurrentielle, parfois appelés « coopération »¹¹⁴. Bien plus, tant les organisations internationales que des institutions privées y recourent désormais pour assurer, selon les mêmes techniques, une forme spécifique de gouvernance globale des États dits souverains. Le recours à certaines de ces techniques, tel le benchmarking, permet en outre de faire émerger du dispositif de gouvernance lui-même, des standards normatifs globaux.

L'usage des indicateurs comme instrument de gouvernance dans le cadre du « laboratoire européen » est habituellement associé à la méthode ouverte de coordination (MOC). Cette méthode de l'Union européenne a pour objectif d'avancer dans la voie de l'harmonisation entre les États membres dans les domaines où l'Union ne possède pas de compétences spécifiques ou là où des blocages politiques ne permettent pas d'avancer selon les voies des procédures de décision classiques. Comme le montre bien Arnaud Van Waeyenberge, dans son ouvrage sur *Les nouveaux instruments juridiques de la gouvernance européenne*¹¹⁵, la MOC n'est pas le seul cadre dans lequel le pilotage

113. En réalité, les techniques de « rationalisation » de l'activité administrative sont bien plus anciennes. Elles avaient déjà été notamment bien analysées par M. Weber à travers son étude de la rationalité bureaucratique.

114. B. Nalebuff et A. Brandenburger, *La co-opération, une révolution dans la manière de jouer concurrence et coopération*, Village Mondial, Paris, 1996.

115. Larcier, 2014 (à paraître).

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

par les indicateurs et le benchmarking sont utilisés comme outils de la gouvernance européenne. Ces outils jouent un rôle déterminant et se substituent à la méthode communautaire classique dans un nombre croissant de domaines que l'on appelle les « nouvelles politiques » de l'Union européenne, comme par exemple la politique relative à l'eau ou aux substances chimiques (REACH), etc.

L'exemple de la justice est particulièrement intéressant dans la mesure où il permet de prendre la mesure de la concurrence qu'impose la normativité managériale dans un domaine qui constitue le cœur même du dispositif de mise en œuvre et de contrôle des règles juridiques¹¹⁶. La politique d'évaluation et de réforme par les indicateurs des institutions judiciaires a été mise au point d'abord au sein du Conseil de l'Europe, après la chute du mur de Berlin, à destination des pays « en transition » d'Europe de l'est et d'Europe centrale. Il s'agissait de proposer un modèle à ces pays afin de les aider à se transformer en véritables états de droit. Ce modèle supposait notamment la (re)construction d'un système judiciaire indépendant et impartial, garantissant aux citoyens un recours accessible et effectif à une justice de qualité. Une commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) a été créée à cet effet, chargée de mettre au point des indicateurs, de collecter et de comparer les performances dans les différents États membres du Conseil de l'Europe. L'Union européenne a repris quasi-intégralement ce modèle et en a imposé le respect aux pays candidats à l'adhésion, au titre de règles de bonne gouvernance démocratique. Le modèle a ensuite été retourné pour évaluer les performances effectives des appareils judiciaires des États de l'ouest, qui l'avaient d'abord inspiré, mais étaient secoués par diverses crises et « dysfonctionnements » graves¹¹⁷, en vue d'orienter les réformes jugées nécessaires. Le modèle européen prévoit notamment la généralisation dans tous les États de conseils supérieurs de la justice ou de la magistrature, agences indépendantes en charge du management de l'administration judiciaire. Des réformes ont été mises en œuvre dans plusieurs États, dont les Pays-Bas, en pointe en la matière, mais aussi en France et beaucoup plus laborieusement en Belgique. Elles visent à la fois la maîtrise des coûts par le transfert de la gestion financière vers les juridictions elles-mêmes, l'augmentation des rendements par la mesure de la charge de travail des magistrats et la mise en place d'incitants notamment financiers, ainsi que la rationalisation et la disciplinarisation de l'activité judiciaire par le pilotage par les indicateurs et le benchmarking. La mise en œuvre de ces réformes suscite, comme dans d'autres secteurs, d'importantes réticences et parfois d'actives

116. B. Frydman et E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, 2011. D. Piana, *Judicial Accountabilities in New Europe: From Rule of Law to Quality of Justice*, London, Ashgate, 2010. Voy. également la contribution de D. Piana dans le présent volume.

117. Comme l'affaire Dutroux en Belgique et l'affaire d'Outreau en France notamment.

Benoit Frydman

résistances, qui sont généralement mises sur le compte de l'archaïsme et du corporatisme des magistrats.

Ces résistances au changement manifestent également le choc entre la culture managériale de l'efficacité et la culture juridictionnelle, viscéralement attachée au principe fondateur de l'indépendance de la justice, conçu lui-même comme une garantie constitutionnelle majeure de l'État de droit. Ainsi, pour prendre un exemple simple, il semble tout naturel aux managers de proposer des indicateurs fondés sur le taux de recours et le taux de réformation des jugements et des arrêts. L'activation d'une voie de recours signale que les attentes du justiciable, rebaptisé pour l'occasion « client », n'ont pas été rencontrées, tandis que la réformation de la décision signale que la première décision n'était pas la bonne et suscite des coûts et une perte de temps et de rendement liées à la nécessité de réexaminer l'affaire. En même temps, il est manifeste qu'un dispositif de « pilotage » qui fait reposer l'évaluation des juges sur de tels indicateurs menace l'indépendance des magistrats et contredit le principe de l'autonomie du jugement qui est au cœur de l'acte juridictionnel. On voit ainsi comment la logique managériale peut, sans se substituer aux règles de droit ou de procédure, mais en se superposant à celles-ci pour remplir des objectifs de rationalisation administrative, prendre le pas sur les garanties juridiques de l'État de droit au prétexte d'en renforcer l'efficacité. En outre, la technique du benchmarking est génératrice de normes, qui peuvent être ensuite reprises par les instances judiciaires à l'instar ou en lieu et place des normes juridiques existantes. C'est ainsi que, pour apprécier si une décision a été obtenue dans un « délai raisonnable », ce qui constitue l'une des garanties du droit au procès équitable (art. 6 CEDH) et l'un des motifs de recours les plus fréquents devant la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci s'est référée à plusieurs reprises aux références données par la CEPEJ, sur la base des données qu'elle recueille.

Une fois encore, le dispositif managérial ne nécessite pas nécessairement l'intervention d'institutions publiques en charge de la gouvernance. L'exemple du *Academic Ranking of World Universities*, mieux connu sous le nom de « classement de Shanghai », en fournit un excellent exemple. Ce classement a été mis au point artisanalement par un professeur de chimie, vice-doyen de son état, et trois de ses collaborateurs. Il visait à l'origine à établir un benchmark pour l'Université Jiao Tong de Shanghai, sélectionnée par le gouvernement chinois en vue de se hisser parmi les meilleures universités du monde¹¹⁸. Ce classement a été conçu avec des moyens très modestes, en se servant de quelques indicateurs pondérés, basés sur des données aisément accessibles dans le domaine public, comme le nombre de prix Nobel et de médailles Fields attribués à des professeurs en poste (20

118. N. C. Liu, « The Story of Academic Rankings », *International Higher Education*, 2009, n° 54, p. 2.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

%) ou à d'anciens étudiants (10 %), le nombre de chercheurs les plus cités dans leur discipline (20 %) ou le nombre d'articles publiés dans les revues *Science* et *Nature* (20 %). Poussé par les encouragements du ministère chinois de l'éducation et par l'enthousiasme de collègues étrangers pour l'initiative, un véritable classement a été établi et publié pour la première fois en 2003 et continuellement depuis sur une base annuelle et de plus en plus raffinée. En dépit du caractère très partiel et réducteur de ces critères (qui ne concernent que les sciences de la nature et ne portent en rien sur l'enseignement) et des nombreuses critiques dont il a fait l'objet¹¹⁹, le classement de Shangāi s'est rapidement imposé comme un référentiel global, peut-être parce qu'il était le premier¹²⁰. Bien qu'il soit douteux que le classement influence effectivement de manière sensible le choix des étudiants qui s'inscrivent à l'Université, celui-ci produit néanmoins des effets régulatoires observables. Il est ainsi utilisé par de nombreux managers d'universités comme référentiel, moyen de fixer des objectifs et de mesurer les effets de leur politique de gestion¹²¹. Il est utilisé comme justification à l'appui de réformes législatives et administratives, comme par exemple pour la loi de réforme des universités en France, le Président Sarkozy ayant fixé l'objectif de placer un certain nombre d'établissements français dans le groupe de tête du classement et certaines réformes décidées ayant pour but déclaré de fournir les moyens d'atteindre cet objectif. Enfin, certaines législations accordent au classement des effets de droit, comme la Russie, qui dispense les diplômes émis par les universités les mieux classées, de procédures administratives de reconnaissance de leur équivalence¹²². L'intérêt pour le classement est tel que l'initiative a suscité de nombreux concurrents et que l'Union européenne a créé son propre *U-multirank*, qui deviendra opérationnel en 2015¹²³.

119. Par exemple, J.-C. Billaut, D. Bouyssou et Ph. Vincke, « Should you believe in the Shangāi ranking ? An MCDM view », *Cahier du LAMSADE*, n° 283, LAMSADE, 2009. Disponible à <http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00388319/en/>.

120. Les économistes évoquent à cet égard l'avantage du « first mover ». Cet avantage est interprété comme déterminant (« critical »), mais pas totalement décisif (« decisive ») par C. Shapiro et H. Varian, « The Art of Standards Wars », *California Management Review*, 41 (1999), pp. 8-32, spéc. pp. 13, 16, 17 et 32.

121. Quand bien mêmes ils le critiquent. Voy. notamment la politique de Ph. Vincke, Recteur de l'ULB de 2006-2010, mathématicien et auteur de contributions critiques sur le ranking de Shangāi (notamment l'article précité), assisté notamment de C. Dehon. Un colloque a d'ailleurs été consacré à l'ULB aux rankings et à l'usage que l'on peut en faire dont les actes ont été publiés : C. Dehon, D. Jacobs, C. Vermandele (dir.), *Ranking Universities*, éd. ULB, 2009.

122. Le 25 avril 2012, la résolution 389 du gouvernement de la Fédération de Russie a accordé l'équivalence automatique aux diplômes émis par les Universités du top 300 du classement de Shanghai et des autres grands classements universitaires internationaux (B. Frydman et G. Lewkowicz, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2013/01, <http://www.philodroit.be>).

123. <http://www.u-multirank.eu>.

Benoit Frydman

Les dispositifs d'évaluation et de contrôle, que l'on appellera plus sommairement « les indicateurs », ayant ainsi prouvé leur efficacité dans le domaine de la gestion publique, sont également mobilisés de plus en plus intensivement pour opérer le pilotage des États eux-mêmes par les instances de la gouvernance européenne et globale¹²⁴. Il en va ainsi particulièrement au niveau de la gouvernance financière, qui constitue un enjeu particulièrement important et un moyen de levier considérable en raison de l'endettement des États et de leur besoin impérieux de financement à des taux abordables. Les critères de Maastricht, établis en vue du passage à l'euro comme monnaie européenne, peuvent être considérés comme une forme rudimentaire de pilotage des États par les indicateurs¹²⁵. Le système a été considérablement renforcé par le récent Pacte de stabilité et de croissance. La norme des 3 % de déficit public, érigée en règle d'or, dont la violation est susceptible d'entraîner des sanctions automatiques et auquel nombre d'États ont accordé, outre sa portée supranationale, la valeur d'une règle constitutionnelle, démontre la force que peuvent acquérir certains critères, qui ne procèdent pourtant d'aucune nécessité scientifique¹²⁶, mais que l'on vise à imposer par delà la volonté politique et démocratique des États.

Au niveau global, la Banque mondiale a construit un système beaucoup plus élaboré de pilotage des États par les indicateurs. Tout le monde ou presque connaît désormais son fameux classement « Doing Business », qui classe l'ensemble des États du monde en fonction de leur attractivité pour les investisseurs. Si le classement constitue, selon les observateurs, un paramètre non négligeable dans la décision des investisseurs institutionnels et des fournisseurs de crédit, il produit surtout des effets régulatoires sur les États eux-mêmes. Ceux-ci sont incités à améliorer leur position dans le classement par la mise en œuvre de réformes adéquates pour favoriser et protéger au mieux lesdits investissements. La Banque a ainsi ajouté récemment à son classement un nouvel instrument, le « reform simulator » qui permet

124. Sur cette question, il faut consulter : K. Davis, A. Fisher, B. Kingsbury & S. Engle Merry (eds), *Governance by Indicators. Global Power Through Quantification and Rankings*, Oxford U.P., 2012, et l'article de K. Davis, B. Kingsbury & S. Engle Merry, « Indicators as a Technology of Global Governance », *Law & Society Review*, Volume 46 (2012), pp. 71-104.

125. Les critères de convergence de Maastricht ont été intégrés par le Traité de Maastricht à l'article 121 § 1^{er} du Traité instituant la Communauté européenne : <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l25014.htm&title=Site%20officiel%20UE>.

126. Les critères de Maastricht, dont la norme des 3 %, ont été établis à la hâte, semble-t-il, à la demande du cabinet du Président Mitterrand, par des agents du ministère du budget, pour des raisons purement politiques. G. Abeille, « Pourquoi le déficit à 3 % du PIB est une invention 100 % ... française », *La Tribune*, 1^{er} octobre 2010 : <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://www.latribune.fr/actualites/economie/france/20101001triboo0554871/pourquoi-le-deficit-a-3-du-pib-est-une-invention-100-francaise.html>.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

d'anticiper les gains ou les pertes que telle ou telle réforme serait de nature à provoquer par rapport à la note d'un État et par

conséquent à sa position dans le classement¹²⁷. La Banque mondiale ne s'est toutefois par arrêtée en si bon chemin. Ralliée aux thèses du mouvement *Law & Développement*, selon lesquelles l'établissement d'un système institutionnel et d'un environnement juridique de qualité constitue une condition essentielle au développement économique des États, la Banque a également mis au point un classement des États en fonction de leur respect de la « rule of law » ou des règles de l'état de droit. Cet indice composite assez complexe agrège, de manière pondérée, les résultats de multiples autres indicateurs partiels, portant sur tel ou tel aspect de la « rule of law ». Il ressort de l'étude approfondie que D. Restrepo consacre à cet indicateur une conception de la « rule of law » qui s'éloigne sensiblement de la conception traditionnelle de ce principe dans les états de common law et encore davantage des principes associés à l'état de droit dans les pays continentaux¹²⁸. L'index intègre et agglomère pêle-mêle des indications qui concernent effectivement le contenu de la législation et le fonctionnement des institutions politiques et judiciaires, avec d'autres notions qui touchent davantage à l'économie et encore à la protection des investissements, voire à d'autres éléments encore de la vie sociale du pays, comme le taux de criminalité par exemple. La notion de « rule of law » en sort donc profondément transformée, à la fois dans son contenu, dans sa fonction et dans son *modus operandi*. Plus important encore, on voit que le dispositif de l'indicateur peut permettre d'influencer, voire de contrôler, non seulement le fonctionnement de l'institution judiciaire d'un pays, mais potentiellement l'ensemble de sa politique juridique. Dans la même logique, l'ONU elle-même et d'autres organisations privées multiplient d'ailleurs les indicateurs qui mesurent et classent les performances des États dans le domaine de la démocratie et des droits de l'homme¹²⁹. On peut imaginer ensuite toutes les conséquences politiques, juridiques ou économiques que l'on pourra attacher éventuellement plus tard à ce type de données. Tout se passe donc comme si les normes de gestion, après avoir été longtemps les auxiliaires des règles juridiques, en charge des mesures techniques et des détails, devenaient à présent des instruments de pilotage du droit lui-même. Il apparaît clairement en tout cas que les instances de la gouvernance globale ont trouvé dans les indicateurs un moyen d'exercer leur mission, tout en contournant les difficultés des procédures internationales classiques.

127. <http://www.doingbusiness.org/reforms/reform-simulator>

128. Lire l'étude fascinante de ce classement dans le présent volume par D. Restrepo, « Le mathematical turn : l'indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale ».

129. Voy. l'étude de D. Restrepo précitée.

Benoit Frydman

Encore une fois cependant, on se gardera bien de penser que ces indicateurs sont des outils qui seraient réservés, par nature ou en pratique, aux seules instances officielles de gouvernance. Il s'agit au contraire d'instruments disponibles et relativement peu coûteux qui peuvent être et sont effectivement mis en place relativement facilement dans notre société de l'information et de la communication, tout en produisant des effets réglementaires potentiellement importants. En témoigne, de manière spectaculaire, la fonction régulatrice quasi-institutionnelle exercée par les agences de notations financières dans le domaine de l'allocation globale du crédit¹³⁰. Nées aux États-Unis, il y a un siècle, à l'occasion des émissions d'actions et d'obligations pour financer la construction des réseaux ferroviaires, les trois grandes agences Standard & Poors, Moody's et Fitch, qui contrôlent aujourd'hui 90% du marché mondial de la notation, ont vu leur importance et leur rôle, en même temps que leur chiffre d'affaires, s'accroître à mesure du développement des marchés financiers. La globalisation des marchés par le démantèlement des barrières nationales et entre les différents marchés d'actifs, ainsi que la démultiplication de la gamme des produits financiers inventés par l'ingénierie financière, a considérablement augmenté les possibilités d'investissements, mais aussi accru le besoin d'informations sur les risques de chacun de ceux-ci. En outre, la désintermédiation bancaire, qui met les emprunteurs en relation contractuelle directe avec les prêteurs, lesquels subissent donc directement le risque de défaut, a élargi des banques vers l'ensemble des investisseurs l'intérêt de connaître ces informations. Il en résulte un système dans lequel toutes les émissions obligataires ou leurs auteurs doivent, préalablement à leur lancement sur le marché, se faire évaluer, le plus souvent de manière payante, par une ou plusieurs agences de crédit. La note qui leur est attribuée, qui détermine par référence à des petites lettres devenues célèbres de AAA à D, le risque de défaut, c'est-à-dire de non remboursement à l'échéance, conditionne la possibilité même de la mise de l'emprunt sur le marché, ainsi que le taux d'intérêt auquel il devra être proposé pour trouver preneur. Les débiteurs et les instruments obligataires demeurent tout au long de l'opération sous la surveillance des agences, qui informent en continu le marché sur l'évolution de la solvabilité en augmentant ou en abaissant leur note ou en lançant des avertissements. Si la notation des agences influence ou non, de manière plus ou moins sensible, l'évolution des marchés eux-mêmes, elle exerce son influence normative principalement par rapport aux débiteurs, que ceux-ci soient des entreprises privées, des collectivités publiques ou même des États souverains. En effet, dans la mesure où la note de crédit contribue substantiellement à déterminer l'accès des demandeurs de crédit au marché, ainsi que le coût de leur financement, ceux-ci sont fortement

130. Sur ce sujet, on lira l'étude approfondie de G. Lewkowicz dans le présent volume : « Gouverner l'État par les instruments : le cas des agences de notation de crédit ». – Voy. également notre ouvrage *Les agences de notation financières entre les États et les marchés*, Larcier, 2013.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

incités à s'aligner sur les critères plus ou moins pertinents fixés par les agences pour leur évaluation. Il en va d'autant plus ainsi que les notes des agences sont prises comme référence par toute une gamme d'instruments normatifs, tant publics que privés, qui déterminent les comportements des investisseurs. Ainsi, les réglementations prudentielles des États, mais aussi le Comité de Bâle, qui réunit ces autorités financières dans un réseau mondial, se sont référés de manière de plus en plus importante, jusqu'à la crise de 2008, aux notations des agences pour fixer le coefficient de fonds propres que doivent retenir les banques lorsqu'elles accordent des prêts. De même, des règles légales ou statutaires fixent le niveau de risque acceptable pour les fonds d'investissement, leur interdisant de détenir des titres jugés par trop spéculatifs ou les obligeant à s'en dessaisir lorsque la note des titres qu'ils détiennent en portefeuille est abaissée en dessous d'un certain seuil. Nombre d'instruments financiers ou de contrats de prêt donnent des effets juridiques aux notes de crédit en stipulant par exemple que l'abaissement de la note entraînera une augmentation corrélative du taux d'intérêt ou déclenchera, à un certain seuil, le remboursement anticipé de la totalité de l'emprunt ou même de tous les emprunts souscrits par un même débiteur (*triggers*). Enfin, les notes des agences sont intégrées dans les logiciels utilisés au sein des investisseurs institutionnels par les opérateurs (*traders*). Ceux-ci sont d'ailleurs de plus en plus souvent remplacés par des robots dont les décisions sont paramétrées notamment par référence aux notes des agences, qui déclenchent ainsi des décisions automatiques d'achat et de vente des obligations. Des études ont montré comment le référentiel normatif qui sous-tend la notation du crédit influence et détermine la conduite des emprunteurs, qu'il s'agisse du modèle de gestion et d'affaires des entreprises ou de la politique des collectivités locales¹³¹. Les mêmes observations peuvent être faites à l'égard des États fortement endettés, qui ont besoin de faire constamment appel au crédit pour refinancer leur emprunt, et auxquels une dégradation de leur note « souveraine » risque d'imposer des conditions insoutenables, quand elle ne les prive pas d'un accès direct au marché, comme on a pu l'observer au cours de ces dernières années pour plusieurs États européens. La crise des dettes souveraines et notamment l'abaissement de la note des États-Unis et de la plupart des États européens a déclenché un véritable bras de fer entre les États et les agences, qui se traduit notamment par l'imposition de nouvelles réglementations et de nouvelles responsabilités, en même temps que par la poursuite d'actions judiciaires assez spectaculaires. Il apparaît cependant peu probable, en l'état actuel des choses, que cette lutte se solde par un retour à l'ancien modèle de la régulation financière, issue de la crise de 1929. Au contraire et de manière paradoxale, chaque crise dans laquelle l'action des agences de notation est contestée, produit des réformes qui ne font en définitive que renforcer et institutionnaliser

131. Voy. l'excellente étude de T. Sinclair, *The New Masters of Capital : American Bond Rating Agencies and the Politics of Creditworthiness*, Cornell, 2005.

Benoit Frydman

la fonction régulatrice et normalisatrice que les agences assurent de fait dans l'environnement global.

III. Repenser les rapports entre les normes techniques et les règles juridiques

Face à cette emprise croissante des standards techniques et des indicateurs managériaux, on ne peut manquer de s'interroger sur la validité et la légitimité de ces normes, de même que sur la nécessité de repenser et de réaménager les rapports que le droit entretient avec elle. Cette réflexion apparaît d'autant plus urgente que la tendance que nous avons montrée à travers l'analyse de plusieurs exemples est réellement globale au sens où, loin de se limiter aux opérations transnationales ou aux institutions de la gouvernance mondiale, les normes techniques et de gestion investissent et colonisent l'ensemble des champs sociaux à tous les niveaux, y compris nationaux, locaux et sectoriels, et envahissent progressivement tous les aspects de la vie publique, sociale et privée, jusque et y compris le domaine de l'intimité.

A. La légitimité des standards et des indicateurs

Bien que la question de la légitimité des standards techniques ne fasse pas encore l'objet d'un discours très articulé, faute d'un véritable débat public sur cette question, on peut relever, dans la définition même des normes techniques et les justifications données au développement de ces outils, trois arguments principaux, plus ou moins explicites, qui méritent d'être soumis à l'épreuve de la critique.

Le premier argument consiste simplement dans le fait que les standards et les normes techniques ne seraient précisément que techniques, c'est-à-dire dénués de toute portée politique. Nous avons rencontré cette distinction entre les normes techniques qui administrent les choses et les règles politiques et juridiques qui gouvernent les hommes depuis le début et tout au long de cette étude. L'argument tire sa force de la « constitution moderne » en tant qu'elle sépare précisément les objets des sujets, les lois de la science et les normes de la technique, d'un côté, et, de l'autre, les institutions politiques et les règles juridiques. Il remplit en réalité une fonction essentiellement idéologique, qui consiste à masquer la nature politique des choix dont procèdent ces normes et des effets qu'elles produisent¹³².

132. Dans le même sens F.-X. Dudouet, D. Mercier et A. Vion, « Politiques internationales de normalisation. Quelques jalons pour la recherche empirique », *Revue française de science politique*, 2006, pp. 367-392. Nous entendons ici le terme « idéologie » au sens de Marx comme un discours qui travestit la réalité dans le but de rendre celle-

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

L'administration des choses ne constitue pas moins un mode de règlement des conduites que le gouvernement des hommes proprement dit. Il en va d'ailleurs de même en matière juridique : le droit des biens ne produit pas moins d'effets politiques que le droit des personnes, notamment en termes d'allocation des ressources. Il en va d'autant plus ainsi en matière technique que les normes managériales ont désormais intégré le champ des standards techniques et qu'il s'agit bien pourtant de moyens de diriger les hommes et leurs comportements.

Un deuxième argument, que véhiculent toutes les définitions des standards techniques, tend au caractère purement volontaire et consensuel des normes qu'ils proposent. Les standards ne poseraient pas de problème de légitimité dès lors que personne ne serait obligé

de les suivre et qu'au contraire il appartient à chacun de décider librement et positivement d'adopter et de respecter un standard (*opting in*). A nouveau, cet argument n'est pas exact en fait. Dans nos sociétés technologiques, la plupart de nos activités en réseau, qu'il s'agisse de nous déplacer, de communiquer, de travailler, sont organisées selon des standards dont il est quasiment impossible de s'émanciper et qui s'imposent de fait à tout le monde. Il en va de même pour les opérateurs économiques, fabricants, intermédiaires, fournisseurs de biens et de services, marchands ou non marchands. La contrainte de respecter le standard s'impose de fait avec la même force contraignante que l'obligation juridique de circuler à droite (ou à gauche) sur la voie publique. Le fait que le standard lui-même, à la différence de la règle du Prince, se présente comme purement facultatif et dénué de tout *imperium* ne doit pas nous abuser. Il ne faut pas traiter le standard comme une source formelle du droit, qu'il n'est pas, mais considérer plutôt, d'un point de vue pragmatique, les effets de régulation qu'il produit¹³³.

Le troisième et dernier argument qui prétend fonder la légitimité des normes techniques est probablement le plus lourd et le plus fondamental sur le plan philosophique, même s'il est généralement invoqué de manière anodine, notamment en vue de persuader les personnes hostiles ou méfiantes du caractère inoffensif des processus de normalisation en projet ou en cours. Cet argument consiste à dire que le standard technique ou l'indicateur ne crée pas véritablement la norme. Il ne fait que formuler ou contribue à faire émerger une norme qui procède en réalité de la nature des choses ou des nécessités de la vie sociale. Ainsi, dans les techniques de gouvernance publique

ci légitime (v. par ex. L. Althusser, « Idéologie et appareil idéologique d'État (AIE) », *Positions*, éd. sociales, 1976, pp. 67-125).

133. Voy. B. Frydman et G. Lewkowicz, « Les codes de conduite, source du droit global ? », in I. Hachez et al. (ed.), *Les sources du droit revisitées : normativités concurrentes*, Bruxelles, Anthemis, 2012, pp. 179-210, où nous développons le même argument pragmatique à propos des codes de conduite.

Benoit Frydman

ou de management d'entreprise, on commence par collecter systématiquement et durablement une série de données, déterminées selon un certain nombre d'indicateurs, qui permet de déterminer les performances de chacun des acteurs et leurs évolutions, de les comparer, de les classer et d'établir ainsi une moyenne ou, mieux encore, une moyenne souhaitable (*benchmark*). Le choix des indicateurs est lui-même le plus souvent précédé d'une procédure d'enquête, qui associe les travailleurs et parfois les parties prenantes à l'analyse de l'activité et des performances souhaitées. Les objectifs, confirmés par consensus, deviennent ainsi la norme et fixe pour tous l'objectif à atteindre dans une double perspective d'harmonisation et d'amélioration continues. De même, pour les normes techniques, le choix entre cinq largeurs différentes pour l'écart des rails de chemin de fer ou entre plusieurs normes de téléphonie portable ou de format numérique des « fichiers » codant des mots, des sons ou des images, semble obéir à un processus naturel, que personne ne maîtrise complètement en tout cas, et qui dépend tout à la fois de lois physiques, de l'état des techniques, des possibilités de fabrication et de distribution, de la qualité des performances, des attentes des utilisateurs, des contraintes de la situation antérieure (*technology path*), etc. On connaît bien ce type d'argument tiré des nécessités de la vie sociale et de la nature des choses, auquel les juristes d'ailleurs ne manquent pas eux-aussi de recourir : c'est l'argument du droit naturel¹³⁴. Les normes techniques et les indicateurs ne procéderaient pas d'une volonté politique qu'il s'agit d'imposer à la société et qui doit donc être légitime et valide. Elles seraient moins décidées que découvertes progressivement à la faveur d'une procédure qui tiendrait davantage de la recherche scientifique et du développement technique que de la délibération politique. L'exemple du mètre, défini au départ du méridien terrestre par une commission de l'Académie des sciences sous la Révolution française et à la base d'une redéfinition fondamentale des unités des poids, mesures et capacités, constitue une illustration remarquable de la volonté d'inscrire la norme dans la nature elle-même. L'idée qui présida à cette longue et difficile entreprise de calcul était que seul un étalon inscrit dans une mesure physique pourrait échapper à l'arbitraire et parvenir ainsi à la fois à la permanence et à l'universalité¹³⁵.

Ceci se reflète d'ailleurs également dans les procédures des organismes de normalisation qui, à tous les niveaux, privilégient l'obtention d'un large consensus par opposition aux procédures de votes majoritaires typiques des assemblées et de modes de décision politiques. Il n'en demeure pas moins que cet argument ne résiste pas davantage que les deux précédents à un examen sérieux. Le choix des indicateurs est décisif, même si les acteurs et parfois même les

134. Sur cette question, Ch. Perelman, « Droit positif et droit naturel », in *Éthique et droit*, P.U. Bruxelles, 1990, pp. 461 et s., spéc. pp. 466-467.

135. Cette histoire est très bien racontée par G. Guedj dans *Le mètre du monde*, précité.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

auteurs n'en perçoivent que plus ou moins clairement les enjeux et les effets futurs. La norme future procède du choix des indicateurs et le tableau de l'enregistrement des performances, s'il se présente comme purement descriptif, est déjà prescriptif, ce qui permet précisément d'en inférer la norme¹³⁶. Comme l'écrit Canguilhem, une norme « à faire droit, à dresser, à redresser. Normer, normaliser, c'est imposer une exigence à une existence, à un donné »¹³⁷. L'élaboration des indicateurs et leur « amélioration » progressive peut donc donner lieu à d'importantes luttes où sous le masque de l'expertise se dissimulent le conflit des intérêts. De même, le choix entre différents standards techniques dans le domaine de l'électricité et du chemin de fer ou aujourd'hui de l'informatique et des réseaux de communication, n'est le fruit ni de la nécessité ni du hasard, mais de luttes intenses économiques et politiques, sous des formes variées qui vont du compromis raisonnable à la guerre ouverte, en passant par les luttes d'influence, le lobbying intensif et des campagnes de mobilisation de l'opinion publique¹³⁸.

Dès lors, si les standards et les indicateurs ne sont pas ce qu'ils prétendent être, à savoir des normes purement techniques, facultatives et neutres, mais bien des modes de gouvernance, qui dirigent les conduites et produisent des effets politiques, alors la question de leur légitimité est effectivement posée. Dans l'ordre interne et européen, la légitimité des règles de droit repose, d'une part, sur le caractère démocratique de la procédure de leur adoption ; d'autre part, sur leur conformité à l'état de droit, sous le contrôle des juridictions. Or les standards et les indicateurs ne présentent visiblement aucune de ces deux garanties. D'une part, les organismes de normalisation, quant bien même ils organisent des procédures de discussion et d'adoption qui associent des groupes d'utilisateurs et de parties prenantes, ne sont en rien comparables à des instances politiques ni démocratiques. En outre, nombre de standards et d'indicateurs sont élaborés, comme on l'a vu, en dehors de ces organismes, par des groupements et associations divers, parfois même par une seule entreprise ou un club très fermé. D'autre part, les standards et les indicateurs échappent en tant que tels à tout contrôle juridictionnel. À cet égard, la position de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui déclare irrecevable les recours contre les normes techniques européennes, à défaut d'intérêt, est tout-à-fait révélatrice d'un certain formalisme, qui conduit les

136. En droit aussi, les règles se présentent souvent dans un style descriptif. L'article 516 du Code civil qui détermine que « tous les biens sont meubles ou immeubles » ne décrit pas tant le monde, pas fidèlement du moins car les arbres peuvent être des meubles (par anticipation) et les vaches des immeubles (par destination). Il introduit en réalité deux régimes de règles très différentes dans le domaine des biens, notamment pour l'acquisition et la perte de la propriété, les formalités de transmission, les sûretés, etc.

137. Canguilhem, *op. cit.*, p. 177.

138. C. Shapiro et H. Varian, « The Art of Standards Wars », *California Management Review*, 41 (1999), pp. 8-32.

Benoit Frydman

juristes à s'aveugler sur la portée réelle de ces normes. Elle n'est cependant pas isolée et on aperçoit mal comment un recours contre les standards et les indicateurs pourrait aboutir devant les juridictions internes, soit judiciaires soit administratives, encore moins devant une cour constitutionnelle ou la Cour européenne des droits de l'homme. Cette indifférence des instances politiques et judiciaires se fonde traditionnellement, comme on a vu, sur la position infiniment subsidiaire des normes techniques dans la hiérarchie des normes. On peut cependant se demander si cette position doit être maintenue lorsque les normes techniques et des indicateurs de gouvernance concurrencent les règles juridiques, se substituent à elles dans des domaines de plus en plus larges et importants, voire se mettent à « piloter » les règles de droit et les institutions politiques et judiciaires. Au niveau global, qui constitue, on l'a vu, un terrain de prédilection pour le développement des standards et des indicateurs, le problème de la légitimité se pose dans des termes différents, puisqu'il n'y a ni instances démocratiques de production du droit, ni possibilité de recours juridictionnel. On s'y trouve cependant devant la même nécessité de penser ou de repenser les rapports entre, d'une part, les règles et les institutions du droit international, et, d'autre part, ces standards et indicateurs qui prennent chaque jour davantage d'importance et de force.

B. Les rapports entre les ordres juridiques et normatifs

La thèse juridique classique de la position subordonnée et subsidiaire, voire inexistante, des standards et indicateurs par rapport aux règles de droit est tellement contredite par l'expérience qu'elle apparaît non seulement intenable, mais imprudente. Il est important de réfléchir à nouveaux frais sur les rapports entre le droit et les normes techniques dans le monde contemporain. Plusieurs hypothèses divergentes s'affrontent sur cette question, qui a notamment donné lieu à un débat intéressant dans la philosophie du droit allemande contemporaine.

Selon un premier scénario, proposé notamment par le grand théoricien des systèmes sociaux Niklas Luhmann, la réorganisation des sous-systèmes sociaux au niveau global se traduira par la disparition du droit au profit de régulations sectorielles. Ces dernières, au rang desquelles il faut ranger les standards et les indicateurs, diffèrent fondamentalement, selon lui, des règles juridiques, en tant qu'elles auraient une portée cognitive plutôt que normative. Dans le vocabulaire de Luhmann, cela signifie qu'elles visent à adapter les comportements aux évolutions du système plutôt qu'à lui résister ou à le transformer en vue de satisfaire des attentes en termes de justice¹³⁹. Luhmann en

139. N. Luhmann, *Sociologische Aufklärung*, II, 3e éd., Surkhamp, 1986, p. 63.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

vient ainsi à prédire la fin du droit comme « anomalie européenne », dont la globalisation va atténuer l'importance¹⁴⁰.

D'autres contestent cependant cette prédiction crépusculaire et annoncent que le droit conserve ou du moins devrait conserver sa fonction indispensable de médiation qu'il est seul à pourvoir remplir. Telle est la position défendue par Jürgen Habermas, qui résulte précisément de son grand débat avec Luhmann. Dans *Droit et démocratie*, Jürgen Habermas propose une modélisation de la société, également divisée en sous-systèmes, mais dans lequel le droit opère comme une « courroie de transmission »¹⁴¹. Cette courroie est censée relayer les aspirations de la société civile et, dans le meilleur des cas, les imposer aux sous-systèmes du marché et de l'administration en particulier. Cependant, reconnaît Habermas, le plus souvent cette courroie fonctionne à rebours du schéma constitutionnel et permet au marché et à l'administration d'imposer par le droit leurs disciplines à la société civile, qui se trouve ainsi « colonisée » par ces systèmes. Entre les citoyens, d'une part, et, d'autre part, le marché et l'administration se trouvent les espaces publics institutionnels, le parlement et les tribunaux, où le droit s'élabore et se dit dans une forme et une langue qui lui permet à la fois de s'imposer aux systèmes sociaux et à la société civile. Le droit est ainsi autant traducteur que médiateur. Sans

lui, les différents systèmes et instances sociales ne pourraient plus ni se coordonner ni s'ajuster. Pour le dire autrement, le droit est ce qui fait lien, ce qui maintient l'unité entre les différents sous-ensembles d'une société complexe et fragmentée¹⁴². Dans sa théorie du droit global, Günther Teubner, bien que disciple de Luhmann, propose un modèle finalement assez proche de celui d'Habermas. Pour Teubner et Fischer-Lescano, la société globale est une société fragmentée en secteurs, régulés par des instances et des normes spécifiques, d'ordre technique¹⁴³. Lorsque les régulations de ces sphères entrent en collision sur un objet, il revient au droit d'assumer une fonction de traduction et de médiation entre les régulations sectorielles, en formulant les termes du différend, dans la perspective de dégager la voie à un compromis, à un arbitrage et à assurer ainsi, à tout le moins

140. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Surkhamp, 1993, p. 585.

141. J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997. – Sur le rôle du droit dans la philosophie de Habermas, on peut se référer à mon article, « Habermas et la société civile contemporaine », in B. Frydman (éd.), *La société civile et ses droits*, Bruylant, 2004, pp. 123-144. Sur les rapports entre le droit et l'économie chez Luhmann et Habermas, ainsi que dans l'analyse économique du droit : B. Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, Ed. du C.N.R.S., 2000, pp. 25-41.

142. Alors que pour Luhmann, le droit n'est qu'un sous-système parmi d'autres comme le système économique, l'administration, la religion, sans position privilégiée.

143. A. Fischer-Lescano et G. Teubner, « Regime-Collisions : the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 25 (2004), pp. 999 et s.

Benoit Frydman

à la marge, une fonction de coordination intersectorielle. Ainsi, sur la question des médicaments, le droit est intervenu pour dans le conflit entre la logique de la protection de la propriété intellectuelle et des brevets, d'une part, et, d'autre part, la politique de la santé et de la lutte contre les maladies épidémiques et endémiques, en formulant les termes d'un droit d'accès des pays en développement aux molécules brevetées à un prix préférentiel, différent de celui pratiqué par les compagnies pharmaceutiques dans les pays développés. Pour Teubner et Fischer-Lescano comme pour Habermas, le droit parvient donc à préserver une fonction intersystémique par sa propriété unique (ou en tout cas dont les régulations techniques seraient dépourvues) de médium universel, seul capable de traduire vers un système spécialisé les aspirations politiques ainsi que les exigences ou les contraintes des autres sous-systèmes. Le droit demeure ainsi le grand intégrateur et le seul garant possible de la cohésion sociale. Cette thèse rejoint la position de Jean Carbonnier selon qui la norme juridique dispose du pouvoir spécifique d'être « capable de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale », alors que « l'inverse n'est pas vrai »¹⁴⁴.

C. L'étude pragmatique des interactions entre les normes et les règles

Par delà leurs divergences, toutes ces théories partagent, avec de nombreuses autres, le fait d'envisager « l'internormativité », pour reprendre l'expression de Jean Carbonnier, ou le « pluralisme normatif », pour parler comme William Twining¹⁴⁵, sous la forme d'une relation entre des systèmes de normes. Il s'agit de considérer les relations entre les normes techniques et les règles juridiques à la manière dont le pluralisme juridique ordonné tente de coordonner les relations des différents ordres juridiques entre eux¹⁴⁶. Une telle manière de voir, caractéristique de la pensée juridique moderne, spécialement continentale, qui représente le droit sous le paradigme de l'ordre juridique, apparaît cependant à la fois massive et très exigeante quant aux conditions à réunir pour aménager les relations entre le droit et les normes techniques.

D'un point de vue pragmatique, cher à l'École de Bruxelles, cette approche par les ordres ou les systèmes n'apparaît pas nécessairement comme la plus éclairante. Une alternative plus modeste, mais également plus proche des réalités de la pratique, consiste à observer

144. J. Carbonnier, « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrenois, 1978, p. 256.

145. W. Twining, « Normative and Legal Pluralism : A Global Perspective », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20, pp. 473-517.

146. M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, t. 2, Seuil, 2006.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

comment s'opère sur le terrain, dans certaines situations que l'on définira comme des contextes d'actions, la rencontre entre, d'une part, des normes techniques et managériales et, d'autre part, des règles juridiques. L'exploration des différents chantiers du droit global nous fournit, dans tous les secteurs, un très grand nombre de situations où normes juridiques et techniques se côtoient, entrent en compétition ou sont agencées selon des configurations diverses. Cette forme d'analyse est d'ailleurs préconisée et pratiquée, au-delà de l'approche pragmatique des normes proprement dite, par plusieurs courants issus de la sociologie, notamment de la sociologie du droit¹⁴⁷, ou de l'économie, en particulier (néo-)institutionnaliste¹⁴⁸. Elle conduit à des résultats différents et peut-être plus nuancés que les thèses intersystémiques.

Ainsi, nous avons mis en évidence, dans la deuxième partie de cette étude, un certain nombre de situations de concurrence entre normes techniques et juridiques dans l'environnement global. Or ces exemples ne confirment pas nécessairement la thèse de la supériorité « internormative » des normes juridiques par rapport aux normes techniques. Nous avons même pu observer des situations inverses où des dispositifs normatifs de gestion, comme le benchmarking et les classements, sont utilisés pour prendre le contrôle et piloter à distance l'évolution des règles de droit et des institutions juridiques¹⁴⁹. Mais l'observation des pratiques nous met également en présence d'autres types de phénomènes, qui échappent nécessairement à une analyse en termes de relation d'ordres, notamment les cas d'hybridation des normes techniques et juridiques, par l'effet de l'inventivité de l'ingénierie normative et la pression de la « lutte pour le droit ».

147. On se référera ici aux travaux J. Comaille, de J-G Belley et tout particulièrement d'A.J. Arnaud. Il faut également mentionner ici les travaux de l'École de Nice dite du « droit économique », notamment les articles que Laurence Boy a consacrés aux rapports entre les normes techniques et les normes juridiques, par exemple : « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, dossier « La normativité », janvier 2007.

148. De manière très explicite sur cette question, voy. l'introduction à l'ouvrage de Ch. Bessy, Th. Delpuech et J. Péliasse (dir.), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*. L'ouvrage, qui se concentre sur les rapports entre le droit et l'économie, distingue ainsi une conception « exogène » des relations entre droit et économie, privilégiée tant par les juristes positivistes et formalistes que par les tenants de l'analyse économique du droit, du moins dans l'approche classique, d'une approche « endogène » à laquelle les contributeurs de l'ouvrage se rallient. Ils indiquent ainsi très clairement : « Les analyses présentées dans l'ensemble des chapitres confirment le constat, établi depuis longtemps par plusieurs traditions sociologiques, selon lequel il existe non pas un rapport d'extériorité et de subordination, mais des interactions complexes et intriquées entre droit et déploiement des activités économiques » (p. 10). V. Aussi pp. 19 et s. au sujet de la notion d'internormativité.

149. Voy. notamment les agences de notation financières, ainsi que les classements « Doing Business » et « Rule of Law » de la Banque mondiale. De telles tentatives existent aussi bien entre les normes de même forme, qu'il s'agisse de normes juridiques ou de normes techniques et de gestion (comme dans l'élaboration d'indices composites, censés synthétiser différents indices par exemple).

Benoit Frydman

Le système des permis de polluer négociables, mis en place à la suite du Protocole de Kyoto, notamment au sein de l'Union européenne, dans le cadre de la politique de réduction des émissions de carbone et de lutte contre le réchauffement climatique, nous en donne un exemple particulièrement intrigant, même s'il ne fonctionne pas pour l'instant de manière satisfaisante. L'ingénierie juridico-financière a mis en place un système de gouvernance, basé sur la création d'un marché artificiel, dans lequel des autorisations administratives d'émettre des gaz à effet de serre dans l'atmosphère sont insérées dans des titres négociables, qui sont ensuite échangés sur le marché en sorte de produire un prix de référence, susceptible d'orienter les choix des agents économiques en termes d'investissement dans des technologies propres. On a donc développé de toutes pièces un dispositif hybride qui concerne à la fois et transcende les frontières de la politique, de l'économie et du droit. Plus généralement, on peut voir dans le développement spectaculaire actuel des monnaies dites complémentaires des instruments de régulation hybrides, qui peuvent être interprétées comme des faisceaux de normes en circulation. Dans un autre domaine, on observera avec un intérêt particulier l'intégration de normes directement dans des instruments informatiques, comme des logiciels ou des protocoles, qui ont pour effet de contraindre ou de conduire les procédures de décision, l'organisation de la gouvernance ou plus directement le comportement des acteurs¹⁵⁰.

L'approche pragmatique des normes en contexte nous apporte encore d'autres enseignements utiles. Elle met notamment en évidence le caractère « disponible » des dispositifs techniques et de gestion, lesquels se trouvent en quelque sorte à la disposition des acteurs qui en maîtrisent la technique et peuvent les mettre en œuvre à un coût relativement réduit. Ainsi, les techniques des agences de notation financières sont-elles imitées par des agences non financières, qui évaluent les performances des entreprises sur le plan de leur responsabilité sociale et de leur contribution au développement durable. On peut classer les États en fonction de leur ouverture aux investissements étrangers, mais aussi du degré effectif de protection des droits de l'homme qu'ils accordent à leurs ressortissants ou à ceux qui séjournent sur leur territoire. Ne conviendrait-il pas de nuancer la thèse selon laquelle les normes de gestion servent toujours des fins hégémoniques, dès lors que l'on serait parvenu en pratique à retourner ces outils au service d'entreprises d'émancipation ? Une fois encore, il importe, plutôt que de s'enfermer par un jugement hâtif, d'étudier d'abord l'instrument et de tester son potentiel. Ce qui ne nous dispense pas cependant d'une véritable réflexion philosophique sur la manière dont ses normes modifient en profondeur notre rapport au monde, voire le monde lui-même.

150. Sur cette question, voy. l'ouvrage fondateur de L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, version 2.0, 2006.

Prendre les standards et les indicateurs au sérieux

En conclusion, il nous apparaît nécessaire et urgent que le juriste s'émancipe d'une conception par trop étroite, formelle et rigide de la juridicité, afin de porter son regard, son intérêt et ses études dans le champ plus vaste de la normativité, dans toute la diversité de ses formes et de ses techniques¹⁵¹. Il serait grand temps et d'ailleurs très excitant de compléter la théorie du droit par une théorie des normes, qui en analysera les modes d'élaboration et d'application, les institutions spécifiques, la dynamique et les conflits, etc. Certes, le juriste n'occupera pas seul ce terrain où il est nécessairement appelé à dialoguer et à travailler en collaboration étroite avec le sociologue, l'économiste, le manager et l'ingénieur, le philosophe également. Mais il n'a pas d'autre alternative que de s'engager dans l'exploration de ces terres inconnues, s'il veut conserver sa fonction éminente de spécialiste des normes. Car, à un moment où, comme cela s'est déjà produit à plusieurs reprises dans l'histoire, la notion, le domaine, les moyens et les techniques du droit évoluent, la prétention du juriste à en demeurer le maître ne peut se fonder sur un prétendu monopole mais uniquement sur son travail et sur son talent.

151. Dans le même sens, voy. les travaux déjà publiés et en cours de Catherine Thibierge, notamment *La force normative. Naissance d'un concept* (ouvrage collectif), L.G.D.J., 2009.