



## Introduction

# Normes privées et législation étatique

L'Etat n'a pas – et n'a jamais eu – le monopole de la production et de la mise en œuvre de normes. A côté et en plus des normes étatiques, il y a toujours eu des normes sociales, éthiques, professionnelles, techniques, etc., qui se distinguent des normes étatiques tant par leur genèse que par les sanctions prévues en cas d'inobservation.

Parfois, on a l'impression que l'importance de ces normes privées est plus grande aujourd'hui que par le passé; que la législation étatique est en quelque sorte en perte de vitesse par rapport aux normes privées. Il est vrai, sans doute, que l'autorégulation est à la mode et que la production de normes privées rencontre peut-être moins d'objections et de réserves que jadis. A l'instar de la situation que nous connaissons en ce qui concerne un autre élément essentiel du rôle de l'Etat dans la société, à savoir sa fonction privilégiée en matière d'utilisation de la force ou de moyens de contrainte, il semblerait que l'Etat soit en train de perdre la place prééminente qu'il a acquise, en matière de production de normes, au cours des deux derniers siècles.

Je ne suis pas sûr que cette analyse de la situation et de son évolution soit vraiment pertinente. Pour en savoir davantage, il faudrait procéder à une étude approfondie qui pourrait aussi nourrir la réflexion générale sur le rôle de l'Etat et plus particulièrement du législateur dans la société. Ce qui me paraît certain, en revanche, c'est que le législateur doit apprendre à mieux s'arranger ou collaborer avec les producteurs de normes privées.

Dans le cadre de cette journée scientifique 2006, nous n'avions pas l'ambition d'étudier l'histoire ou la théorie du droit, voire de la société. Il ne s'agissait pas d'examiner tous les aspects et les multiples facettes de la production et de l'exécution de normes privées et étatiques. Notre but était surtout d'élucider les questions juridiques et légistiques que soulève l'interaction entre les normes privées et la législation étatique. La présentation et l'analyse d'exemples concrets devaient montrer, en particulier, comment et à l'aide de quelles techniques légistiques on peut réussir à bien articuler les normes privées et la législation étatique dans la pratique législative.

Les normes privées et la législation étatique interagissent. Les normes privées peuvent précéder ou suivre la législation étatique; elles peuvent l'affaiblir ou, au contraire, la renforcer; elles peuvent la compléter ou, au contraire, la contredire. La législation étatique, quant à elle, peut s'appuyer sur les normes privées, elle peut y renvoyer ou, au contraire, l'exclure.



L'articulation et l'interaction entre les normes privées et la législation étatique peuvent prendre diverses formes et recourir à diverses techniques légistiques. Il existe, en particulier, différentes manières d'intégrer ou d'incorporer des normes privées dans la législation étatique:

- les autorités étatiques peuvent approuver des normes privées et leur donner ainsi une légitimité différente de celle des normes purement privées;
- le législateur peut donner force obligatoire générale à des normes privées et élargir ainsi leur portée;
- le législateur peut déléguer des compétences législatives à des acteurs privés et les investir ainsi de prérogatives étatiques;
- le législateur peut renvoyer à des normes privées, soit de façon statique, c'est-à-dire en désignant de façon précise une norme en vigueur à un moment donné, soit de façon dynamique, c'est-à-dire en acceptant que les normes privées auxquelles il renvoie peuvent évoluer;
- le renvoi à des normes privées peut être de nature exclusive ou simplement illustrative, destiné par exemple à signaler une concrétisation possible et admissible d'une notion juridique indéterminée.

Ces diverses techniques, ces divers modes d'interaction entre la législation étatique et les normes privées soulèvent des problèmes différents, pas seulement du point de vue juridique d'ailleurs:

- La délégation de compétences législatives à des privés peut être inconciliable avec les limites constitutionnelles qu'impose le principe démocratique consacré par la Constitution fédérale; ce principe s'oppose en particulier à ce que, sans fondement constitutionnel explicite, des normes privées régissent des domaines entiers relevant de la compétence et de la responsabilité de l'Etat.
- La délégation de compétences législatives à des privés - que ça soit sous la forme d'une clause de délégation à proprement parler ou sous la forme d'un renvoi dynamique - peut se heurter aux exigences du principe de la légalité selon lequel toute délégation de compétences législatives doit reposer sur une base légale au sens formel et désigner l'objet, le but et l'étendue de la délégation ou in-



diquer les grandes lignes de la réglementation à adopter. Une telle délégation est sans doute moins problématique lorsque les compétences législatives déléguées se limitent à l'édiction de dispositions qui mettent en œuvre une loi existante.

- Les normes privées, en raison de leur mode de production qui diffère de la production étatique de normes, ne jouissent pas de la même légitimité et ne résultent pas d'une pesée des intérêts censée tenir compte, de façon équitable, de l'ensemble des intérêts en présence. On peut donc se demander, si l'Etat, en faisant siennes des normes privées ne risque pas de se faire instrumentaliser par des intérêts particularistes ou corporatistes et de violer ainsi le principe de l'égalité de traitement.
- De plus, on peut se demander si le fait de s'appuyer sur de telles normes ne correspond pas à l'idée de la subsidiarité, l'autorégulation pouvant être considérée comme une expression ou une conséquence de ce principe.
- Enfin, on peut se demander également, si l'Etat aurait les moyens, les capacités et le savoir nécessaire pour développer et édicter lui-même des normes étatiques adéquates dans les domaines régis aujourd'hui par des normes privées avec la caution explicite ou implicite de l'Etat. Le fait de s'appuyer sur de telles normes serait-il ainsi une manière d'éviter une législation arbitraire?

On pourrait sans doute multiplier encore ces problèmes, juridiques ou autres, que suscitent la coexistence et l'interaction des normes privées et de la législation étatique. Dans les exposés et les discussions de cette journée les interrogations suivantes ont notamment été mises en évidence:

- La genèse des normes privées: Qui participe au processus de production des normes privées? Quelle est la représentativité et quelle est la légitimité des personnes ou organisations qui produisent ces normes? Est-ce que toutes les personnes ou organisations concernées peuvent y participer? De quelle manière les destinataires sont-ils associés à la genèse de ces normes?
- La fonction des normes privées (comparée à celle de la législation étatique): Est-ce que les normes privées précèdent et préparent la législation étatique? Est-ce qu'elles ont en quelque sorte un caractère expérimental et est-ce qu'elles cèdent, par conséquent, la place à la législation étatique dès qu'elles se révèlent adéquates? Ou, au contraire, est-ce qu'elles sont un substitut, voire un obstacle, à la législation étatique, leur fonction étant précisément de parer à la menace d'une intervention du législateur?



- La mise en œuvre et les sanctions en cas d'inobservation des normes privées: Qu'en est-il du respect des normes privées? Est-ce qu'un dispositif existe pour les mettre en œuvre même contre la volonté des destinataires ou est-ce que leur observation est purement volontaire? En admettant que des sanctions adéquates existent, est-ce qu'il est admissible que des sanctions importantes soient prises par des acteurs privés, sans intervention de l'Etat?
- La publicité et la transparence: Est-ce que les normes privées sont suffisamment publiques et accessibles? Qu'en est-il de l'accès payant à certaines normes privées?
- L'adéquation des normes privées: Le fait de laisser aux privés le soin de légiférer dans certains domaines n'est-il pas la seule manière ou en tout cas une manière intelligente d'assurer l'expertise nécessaire dans la production de normes et de ce fait aussi l'adéquation des normes par rapport aux problèmes à résoudre ou aux buts poursuivis par le législateur?
- Les normes privées et le fédéralisme: Les normes privées ne conduisent-elles pas à une unification des règles juridiques difficilement acceptables si l'Etat les produisait et édictait lui-même? En d'autres mots, est-ce que la sensibilité fédéraliste serait moins forte si l'unification du droit se faisait par le biais de la législation privée?

La journée scientifique 2006 nous a permis d'approfondir au moins certaines de ces questions et de fournir des éléments de réponse dans des domaines où les normes d'origine privée sont particulièrement importantes dans la pratique. Les différentes contributions et la discussion qui a suivi montrent toutefois aussi qu'il n'est guère possible de donner des réponses générales et péremptoires. Il importe notamment de nuancer notamment en fonction des domaines concernée et des formes ou techniques utilisées en pratique pour définir le mode d'interaction entre les normes privées et la législation étatique.

*Luzius Mader, président de la SSL*