

C.N.I.D.E.C.A

**COMPAGNIE NATIONALE DES INGENIEURS
DIPLOMES EXPERTS
PRES LES COURS D'APPEL ET
LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES**

COLLOQUE du 5 Avril 2007

Sous le haut – patronage de

Mr Renaud CHAZAL de MAURIAC
Premier Président de la Cour d'Appel de Paris

*« L'expertise, les normes techniques
et l'état de l'art »*

*Le Pavillon Dauphine
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny
75116 PARIS*

Intervention de Monsieur Jacques POIRIER Expert Judiciaire

LE CONTRAT, LES SAVOIRS TECHNIQUES ET LA NORME

L'auxiliaire du Juge.

L'expert est commis pour «éclairer le Juge» qui prononcera le jugement au fond. Il est ainsi l'auxiliaire du Juge.

Si un magistrat, souvent différent de celui qui jugera au fond, décide de nommer un expert, c'est parce qu'il estime que des éléments clés du conflit échappent à la compétence habituelle des Juges, qui est, naturellement, celle du droit. C'est parce que des questions techniques peuvent jouer un rôle significatif dans la solution judiciaire du litige. Comme le disait récemment Monsieur le Procureur Général près la Cour d'Appel de Lyon, c'est «la considération de la science et l'expérience professionnelle de l'expert» qui le fait choisir.

Ce sont donc bien les «savoirs techniques» de l'expert, complémentaires des savoirs judiciaires du Juge, qui vont permettre d'éclairer ce dernier.

La mission, toute la mission, rien que la mission.

Le magistrat qui commet l'expert délimite le champ de sa mission. Le plus souvent, il demande que l'expert, au regard des documents contractuels à caractère technique, dise « qui devait faire quoi », ce qui est survenu, et indique « tous éléments de fait susceptibles de permettre la détermination des responsabilités ». Ce qui conduit souvent à commencer par:

«Se faire communiquer tous éléments et pièces qu'il estimera utiles à sa mission».

Il convient donc de recenser et d'examiner les documents contractuels utiles à l'accomplissement de la mission. Parfois, il faut « décrire le genèse de l'affaire ». Toutes expressions qui conduisent à examiner le contenu technique du contrat formé.

La formation du contrat.

En laissant de côté les trop nombreuses affaires où le contrat n'a pas été réellement formalisé, l'expert d'abord, le Juge ensuite, vont assimiler les volontés des parties et ce qui était convenu.

A cet égard, on ne dira probablement jamais assez l'importance du «preamble».

Nous connaissons tous ces contrats américains qui « disent tout ».

Volumineux certes mais ne laissant en principe passer aucune considération sans l'explicitier. La raison en est probablement une économie globalisée où il n'est pas possible de supposer acquis et partagés les principes fondamentaux de notre monde romain. Les questions techniques y sont traitées par un recours direct aux considérations scientifiques. En particulier:

·Les «requirements», ou spécifications techniques requises, y sont détaillées. En d'autres termes le « quoi»

·Il en est de même de la façon de les obtenir. En d'autres termes le «comment, par qui».

C'est ici que la norme prend son plein sens positif au service des contractants. Si elle est *effectivement* appropriée au contrat en cours de définition, elle permet de simplifier la rédaction du contrat. Ceci suppose que l'analyse technique de chacun des contractants soit conduite comme s'il n'y *avait* pas de norme. En conséquence, que les techniciens impliqués dans la négociation maîtrisent le contenu technique de la norme.

« Il faut donc que, fort de leurs capacités scientifiques, ils relisent attentivement le libellé de la norme, excluent du contrat les paragraphes qui ne sont pas appropriés au cas d'espèce et la complètent sur les points où elle *s'avère* lacunaire, toujours *relativement* au cas d'espèce. S'il n'en était pas ainsi, l'expert ne pourrait que constater des erreurs « parce que c'était demandé par la norme» ou « parce que la norme ne le demandait pas».

Je pourrais citer à mots couverts - il y a eu conciliation après dépôt du rapport - le cas de ces industriels réputés qui *avaient* respecté scrupuleusement une norme *devenue* scientifiquement stupide du fait des progrès accomplis dans l'élaboration des aciers.

La norme ou les documents à caractère normatifs

En effet, la norme est habituellement établie par consensus, soit au sein d'une profession (par exemple la Fédération de la Mécanique), d'un Etat (l'AFNOR), de l'Union Européenne (le CEN) ou du monde (l'ISO) en résulte deux conséquences:

La première est que le *travail* de normalisation est assez lent. Donc la norme ne peut que très exceptionnellement rendre compte de l'état de l'art présent dans un domaine technique donné. Les «meilleurs» industriels peuvent, et à mon avis *doivent*, être en *avance* sur la norme. Cette expression signifie qu'ils maîtrisent mieux la connaissance scientifique que la moyenne de leurs concurrents et qu'ils sont à même de prendre des décisions judicieuses au-delà de ce qu'énonce la norme.

La seconde est que la norme ne peut, sauf exception, qu'être l'image d'un optimum relatif d'une technique donnée. Car ceux qui ne sont pas les meilleurs ne peuvent évidemment tolérer que la norme les disqualifie. Il est à craindre que l'importance de cet aspect ait été accrue avec l'élargissement de l'Union à des pays à population peu nombreuse.

En sens inverse, pour les industriels nouveaux entrants, la norme les aide en indiquant ce qu'il faut faire au minimum.

Il vient donc, tant au stade de la formation du contrat qu'à celui du conflit judiciaire, que la norme ne peut pas être une référence qu'on ne discute pas.

Les cas particuliers

Cette description comporte évidemment des cas particuliers, d'ailleurs les plus connus du public, des journalistes et des parlementaires.

Il s'agit d'abord des normes visant à l'interopérabilité. Un exemple suffira. Les prises de courant sont interchangeables dans chacun des grands pays européens mais pas d'un pays à l'autre.

Il s'agit surtout des normes, assez peu nombreuses en réalité, qui sont d'application obligatoire. En France, elles sont rendues obligatoires par le Règlement. Il en est ainsi par exemple du marquage « CE » destiné à faire connaître qu'un matériel est « sûr ». Mais une telle insertion dans le Règlement, ici dans le Code du Travail, ne signifie pas que l'autorité publique a vérifié que le matériel est effectivement sûr. L'obligation réglementaire renvoie à l'engagement du fabricant ou de l'importateur qui « déclare » que le matériel est sûr en apposant la marque « CE ». C'est donc un engagement de responsabilité et non une certification.

Je crois légitime de rapprocher les règlements techniques imposés par l'administration du cas où les normes sont d'application obligatoire. Car je considère que c'est une grande force de la France de disposer de corps techniques compétents qui exercent une surveillance efficace sans ralentir le progrès " s'agit là d'un avantage concurrentiel qu'il faut à mon avis conserver.

" peut légitimement conduire les industriels à choisir de signer un contrat en France pour rendre le droit français applicable, le cas échéant en dernier recours.

Les directives européennes.

Pour assurer l'existence même du grand marché, l'Union Européenne a multiplié les textes d'harmonisation visant à supprimer les raisons - ou prétextes - techniques permettant d'arrêter un produit aux frontières intérieures. A cette fin, elle a édicté des « exigences essentielles » - le sens est plus clair en anglais (« essential requirements ») - fixant des objectifs techniques en termes généraux. Comme il faut des textes plus détaillés pour les mettre en œuvre, la tâche est accomplie par les comités européens de normalisation - auxquels s'appliquent les observations précédemment formulées -.

Le fait - je cite - que « un équipement ... fabriqué conformément à une norme française transposant une norme européenne harmonisée (couvrant) une ou plusieurs des exigences essentielles (d'une directive) est présumé conforme aux exigences essentielles » doit donc, à mon avis, être considéré avec les réserves d'usage. Il n'y a pas nécessairement été fait le meilleur usage possible de la connaissance scientifique disponible à l'époque des faits.

Faut-il rappeler que l'expert doit éclairer le Juge et pas seulement constater la conformité à une norme - sauf, bien entendu, si la conformité à la norme est un des chefs de sa mission - ?

Au stade de l'expertise.

Souvent, les parties (ou leurs conseils) allèguent le libellé de tel ou tel point de détail d'une norme non cité dans le contrat pour soutenir leurs intérêts. Il y a lieu d'être extrêmement circonspect, sauf dans le cas d'une norme rendue d'application obligatoire par le Règlement. Car, pour les mêmes raisons qu'au moment de la formation du contrat:

La norme n'est pas nécessairement appropriée au cas d'espèce c'est l'examen des documents techniques permet l'appréhender.

La norme ne représente en général pas, par principe, le meilleur de la connaissance - l'expert la maîtrise généralement et il peut la compléter par la recherche bibliographique, par exemple, ou par l'enquête auprès des pairs -.

Mais la norme constitue un socle à partir duquel le débat expertal peut être engagé, pourvu qu'il porte sur les savoirs techniques inclus dans la norme et qu'il ne se réduise pas à un formalisme - qui ne répondrait pas à ce que le Juge attend de l'expert-.

S'il fallait conclure par une formule lapidaire, je proposerais:

- La norme aide à la formulation du contrat, elle n'aide pas à la conduite de l'expertise. Elle y est un élément parmi d'autres. La connaissance scientifique de l'expert est ce qui permet d'éclairer le Juge

Intervention de Monsieur Michel VILLARD Expert Judiciaire

LES « STANDARDS DE FACTO », ETUDE DE CAS POUR L'INFORMATIQUE

La première partie de l'exposé présente, pour illustrer le concept de "standard de facto", la norme SET relative aux échanges de données CAO.

La deuxième partie traitera des référentiels constitutifs des règles de l'art en matière de gouvernance informatique.

La troisième partie présentera quelques normes en matière de projet informatique et d'ingénierie logiciel.

Exemple illustratif : les échanges de données CAO et la norme SET

SET (spécifications du standard d'échange et de transfert) est une norme AfnorZ 68-300, publiée en norme expérimentale en août 1985 et homologuée en décembre 1993.

Le principal objectif de la norme était les échanges d'informations entre systèmes de CAO (conception assistée par ordinateur) différents, notamment dans les filières aéronautiques et automobiles, entre les constructeurs, les équipementiers les sous-traitants et les fournisseurs.

Le SET a défini une structure de données unique qui incluait les informations de nature géométrique et graphique, telles que les maquettes 3D du produit ou le dessin 2D, et les informations non graphiques telles que les attributs des entités.

Des interfaces SET avec les systèmes de CAO leaders ont été utilisés pendant quelques années, puis le SET a été progressivement abandonné.

En effet, le SET n'a jamais été capable d'accueillir d'intégralité des informations d'un système CAO quelconque pour deux raisons principales :

- le retard entre la sortie d'une nouvelle fonctionnalité dans un système CAO et sa publication pour la rendre accessible à l'interface SET,
- les pertes d'informations qui résultaient des échanges via les interfaces.

Aujourd'hui, force est de constater que tous les grands constructeurs aéronautiques et automobiles ont choisi le logiciel CATIA de Dassault Systèmes et mettent au point des protocoles d'échanges par programme avec les partenaires.

Une condition contractuelle pour participer au programme est donc d'utiliser CATIA dans la bonne version et de respecter des règles définies dans un protocole d'échange, par exemple le repère absolu et les repères relatifs dans l'espace, les modes de modélisation des pièces et des assemblages, les styles de textes et de cotations des plans, etc.

Cet exemple de l'échange de données CAO me semble illustrer tout à fait une réalité du monde informatique : c'est très souvent le leader d'un marché qui impose sa technologie laquelle devient un "standard de facto".

D'autres exemples pourraient être cités, aussi bien des produits commerciaux (Windows, Oracle, ...) que des produits Open source (Linux, Apache, MySQL, PHP, ...).

Les référentiels constitutifs des règles de l'art en matière de gouvernance informatique : ITIL, COBIT et norme ISO 20000

ITIL

ITIL (Information Technology Infrastructure Library) est un ensemble de bonnes pratiques (en anglais, "best practices") pour la gestion d'un système d'information, édictées par l'Office public britannique du Commerce au milieu des années 80. L'objectif était d'améliorer le niveau de service des départements informatiques du secteur public.

ITIL est aujourd'hui un standard reconnu dans le monde entier qui est devenu le guide méthodologique pour les Directions Informatiques. Les bonnes pratiques de ce référentiel sont utilisées comme moyen d'application des obligations légales telles que Sarbane Oxley Act.

Le recueil des meilleures pratiques ITIL est constitué de 8 ouvrages. Les deux principaux thèmes concernent :

- Le soutien des services aux utilisateurs (Service Support) ;
- La fourniture des services aux clients du système d'information (Service Delivery).

COBIT

Le référentiel COBIT (Control Objectives for Information & related Technology) est une méthode de maîtrise et d'audit des systèmes d'information, éditée par l'Information System Audit & Control Association (ISACA) en 1996. C'est un cadre de contrôle qui vise à aider le management à gérer les risques (sécurité, fiabilité, conformité) et les investissements.

COBIT est destiné aux auditeurs. Il leur fournit un guide pour évaluer un SI sans rien oublier d'important.

COBIT retient 34 processus regroupés dans quatre domaines fonctionnels :

- Plan and Organize (planifier et organiser) : activités qui doivent être réalisées par l'entreprise si elle souhaite se doter d'un SI convenable ;
- Acquire and Implement (acheter et mettre en exploitation) : Cette partie couvre les processus concernant la mise en oeuvre des outils informatiques ;
- Deliver and support (produire et gérer le service) : Cette partie couvre les processus concernant l'exploitation et l'utilisation ;
- Monitor and evaluate (contrôler et évaluer) : Cette partie couvre les processus concernant le suivi et l'évaluation du SI.

COBIT fournit un dispositif d'évaluation des 318 tâches qui composent ces 34 processus, par rapport aux meilleures pratiques, sur une échelle de 0 (inexistant) à 5 (optimisé).

La norme ISO 20000

La nouvelle norme ISO/IEC 20000 de Gestion de Service (service management), en remplacement de la norme BS 15000, a été publiée en novembre 2005.

La norme ISO 20000 repose sur les meilleures pratiques ITIL et est composée des processus suivants :

- Fourniture de Services :
 - Gestion de la Capacité
 - Gestion de la Continuité des services IT et Gestion de la Disponibilité
 - Gestion des Niveaux de Service
 - Service Reporting
 - Gestion de la Sécurité IT
 - Gestion Financière IT
- Contrôle :
 - Gestion des Configurations
 - Gestion des Changements
- Mise en Production :
 - Gestion des Mises en Production
- Résolution :
 - Gestion des Incidents
 - Gestion des Problèmes
- Relation :
 - Gestion des Relations Commerciales
 - Gestion des Fournisseurs

Quelques normes en matière de projet informatique et ingénierie du logiciel

- La norme homologuée NF Z67-100-3 d'octobre 1994 : Traitement de l'information - Système d'information documentaire en ingénierie informatique - Partie 3 : contenus types de la documentation courante des projets informatiques
- La norme internationale ISO/CEI 24744 (Février 2007) : Ingénierie du logiciel - Méta-modèle pour les méthodologies de développement
- La norme internationale ISO/CEI 14143-1 (Février 2007) : Technologies de l'information - Mesurage du logiciel - Mesurage de la taille fonctionnelle - Partie 1 : définition des concepts
- La norme internationale ISO/CEI 25001 (Février 2007) : Ingénierie du logiciel - Exigences de qualité et évaluation du produit logiciel (SQuaRE) - Planification et gestion
- La norme internationale ISO/CEI 12207 (Août 1995) : Technologies de l'information. Processus du cycle de vie des logiciels.
- La norme internationale ISO/CEI 14598-3 (Février 2000) : Ingénierie du logiciel - Évaluation du produit - Partie 3 : procédés pour développeurs
- La norme DIN EN ISO 9241-110 Août 2006 : Ergonomics of human-system interaction - Part 110: Dialogue principles

- La norme homologuée NF EN 82045-1 Mars 2002 : Gestion de documents - Partie 1 : principes et méthodes
- Le fascicule de documentation Z67-101 (Septembre 1984) : Recommandations pour la conduite des projets informatiques
- etc.

Conclusion

Nous avons présenté le concept de "standard de facto" en informatique, qui est souvent une technologie leader sur son marché.

Nous avons présenté ensuite les référentiels constitutifs des règles de l'art en matière de gouvernance informatique (ITIL, COBIT, la norme ISO 20000) et donné quelques exemples de normes en matière de projets informatiques et d'ingénierie du logiciel.

Ces standards de facto, ces référentiels ou ces normes sont-ils applicables en expertise dès lors qu'ils ne sont pas explicitement cités dans les conventions entre les parties ?

Intervention de Monsieur Pierre Jacques LHOMME Expert Judiciaire

LA COMBUSTION « NORMALISEE »

Le domaine de la combustion industrielle n'échappe pas à l'activité normative de la communauté européenne.

La combustion industrielle concerne les chaudières et les fours.

Dans le premier cas il s'agit de mettre un fluide en pression en chauffant un récipient clos et résistant, le fluide est en général de l'eau ou sa vapeur, afin d'utiliser cette pression pour mouvoir des machines, on retient le mot pression.

Dans le second cas il s'agit d'augmenter la température d'un matériau pour en faciliter la transformation : fusion forge cuisson etc..

Les combustibles utilisés sont chronologiquement :

- solides : le bois le charbon
- liquides : dérivés du pétrole : fioul divers
- gazeux : gaz naturel, gaz de pétrole liquéfié (butane,propane)

L'aboutissement de cette activité normative dans le domaine qui nous intéresse est concrétisé par les deux directives européennes :

- Directive européenne 97/23/CE : Equipements sous Pression dont les chaudières
- Directive européenne 89/392/CE du 14 juin 1989 relative aux Machines s'appliquant aux fours car les fours sont des machines modifiée en 1998 par 98/37/CE et en 2006 par 2006/42/CE .

Pourquoi une directive plus récente pour les chaudières ? tout simplement par ce que les réglementations nationales étaient anciennes et fort détaillées .

L'autre différence majeure est constituée par les principes régissant chaque directive et liée à l'histoire des réglementations dans chaque pays membre.

La Directive Equipements sous Pression impose l'observation stricte d'obligations qui est vérifiée par des organismes certificateurs agréés.

La Directive Machines impose au constructeur de faire une analyse de risque et de certifier que les exigences essentielles, visant la sécurité et la santé des personnes sont bien respectées, il s'agit d'auto certification et nul organisme vérificateur ne peut se substituer au constructeur.

Ceci entraîne comme conséquence que le respect d'une norme dérivée de la directive machine entraîne une présomption de conformité et rien de plus !

La déclaration « CE » de conformité du constructeur entraîne sa responsabilité.

L'histoire de la réglementation française relative aux équipements sous pression débute par l'ordonnance du 29 octobre 1823 pour les appareils à pression de vapeur installés à terre et faisait suite à l'ordonnance du 2 avril de la même année pour les appareils à vapeur installés à bord des bateaux .

Ces ordonnances sont les textes fondateurs de notre culture réglementaire, ils répondaient à l'augmentation alarmante du nombre d'accidents, elle même fonction du nombre de chaudières en service et avaient pour but la sécurité des travailleurs

L'ordonnance du 29 octobre 1823 sera remplacée par l'ordonnance du 22 mai 1845 très innovante et précise en matière d'obligations de sécurité, qu'il s'agisse de matériel construit en France ou importé !

Malgré plusieurs dispositions législatives dont certaines répressives (loi du 21 juillet 1856) les accidents continuent à se multiplier.

Les conséquences des explosions et incendies en termes de victimes et de dégâts matériels sont tels que les propriétaires d'appareils à vapeur se regroupent en associations de propriétaires d'appareils à vapeur : APAV, la première fondée à Mulhouse en 1867, dans le but d'éviter les accidents et de rendre l'exploitation de la vapeur aussi économique que possible.

La création des APAV de 1857 à 1880 couvre le territoire national et le décret ministériel du 30 avril 1880 leur donne la possibilité d'effectuer les visites réglementaires et reprend en même temps les dispositions techniques.

Au début du XXème siècle les accidents reculent enfin !
En 1905 il y avait 144 000 appareils à vapeur en service en France !

Le décret du 2 avril 1926 dont l'objectif est de « concilier dans toute la mesure du possible les mesures imposées par la sécurité publique avec les exigences de l'industrie » est le texte de base pour la réglementation.

Les prescriptions de ce décret sont indépendantes du combustible utilisé et constituent toujours la base de la réglementation actuelle, tant pour son champs d'application qu'en matière d'épreuve, d'appareillage et de visite réglementaire.

Depuis l'origine les chaudières sont chauffées au charbon par divers dispositifs

- sur grille fixe, à la pelle ou par spreader stoker
- sur grille mobile alimentée par une trémie

mais il n'y a pas de sécurité et l'allumage est manuel , encore aujourd'hui

- en charbon pulvérisé pour les grosses puissances (centrales thermiques)

le combustible est particulièrement dangereux et les explosions ravageuses .

Les combustibles liquides n'apparaissent qu'après la deuxième guerre mondiale, l'idée de sécurité du système de combustion n'est pas encore d'actualité.

Il faudra attendre les années 60 et l'arrivée du gaz naturel en provenance des Pays Bas pour que les premières recommandations soient émises.

Les travaux conjoints de l'Association Technique du Gaz, des Syndicats Professionnels de Constructeurs et de Gaz de France, en 1965, aboutirent aux textes dits C-30.

Ces textes serviront de base à la norme NF E 32020 de 1991 révisée en 1994.

Le texte fait référence à la norme NF EN D 35-425 de décembre 1991, ne s'appliquant pas explicitement aux fours.

Mais le premier choc pétrolier a porté ses fruits en matière de rendement, et se traduit par l'arrêté du 5 février 1975 ; l'environnement n'est pas en reste et donnent naissance aux textes suivants :

- décret du 13 mars 1974 portant sur la création de zones de protection spéciales
- arrêté du 20 juin 1975 relatif aux chaudières en vue de réduire la pollution atmosphérique et d'économiser l'énergie
- loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement. par l'évolution du classement des activités industrielles soumises à déclaration ou autorisation s'applique aussi aux fours industriels créant sur certains points des confusions.

Aujourd'hui les normes NF EN 12952-8 et 12953-7 : « exigences pour les équipements de chauffe pour combustibles gazeux et liquides des chaudière » ont été homologuées en décembre 2002,

Notons qu'en parallèle des textes cités la normalisation s'applique aussi aux brûleurs automatiques à air soufflé pour combustibles (liquides) et gazeux destinés aux chaudières : Norme NF EN 676 (février 1997).

Une mention dans la définition du champ d'application précise que cette norme ne s'applique pas aux brûleurs destinés à être utilisés dans des Processus industriels, cette réserve est presque toujours omise et un projet de norme ISO l'a carrément oublié en 2006 !

La réglementation relative aux systèmes de combustion utilisés dans les processus (fours) industriels a une histoire plus linéaire.

La succession des combustibles est la même que celle des chaudières et a seulement commencé beaucoup plus tôt cf la guerre du feu !

La réglementation date de l'arrivée du gaz naturel en provenance des Pays Bas.

Le premier texte est de juillet 1965 : « Recommandations en vue de la sécurité et de l'emploi des gaz combustibles riches dans les fours industriels » rédigé par le Syndicat des Constructeurs de Fours et Equipements Thermiques , l'Association Technique du Gaz (ATG) et Gaz de France .

L'accent mis sur la sécurité explique le lien avec la législation du travail et la directive machines 89/392/CE du 14 juin 1989 et la directive 89/655/CE transcrites seulement en droit français par les décrets 93-40 et 93-41 du 11 janvier 1993.

- Le décret 93-40 s'applique aux matériels neufs ou d'occasion
- Le décret 93-41 fixe les conditions de mise en œuvre, d'organisation du travail et d'utilisation des équipements de travail et moyens de protection.

La recommandation ATG entre dans le domaine réglementaire par un arrêté du Ministère du Travail du 26 mars 1968 (combustibles liquides).

Ce texte sera suivi par des dispositions émanant des Caisses d'Assurance Maladie Sud-Est (27/02/72) Provence Cote d'Azur Corse (21/11/73) puis Rhône-Alpes (3/03/75) et finalement un arrêté du 3 novembre 1977 étendra ces dispositions générales à l'ensemble du territoire.

En revenant aux décrets 93-40 et 93-41 (11/01/93)

La mise en conformité des équipements en service, au 1 janvier 1993 et maintenus en service au 1 janvier 1997 devra être effectuée avant le 1 janvier 1997.

Cette mise en conformité se fait en accord avec la réglementation existant au 31 décembre 1992, celle du 3 novembre 1977, suivant un plan à présenter à l'inspection du travail avant le 1 janvier 1996 avec un délai de réalisation de cinq ans.

Dois-je dire qu'aujourd'hui 5 avril 2007 il existe encore des équipements non conformes à cette réglementation !

Où en sommes nous aujourd'hui ?

La directive 89/393/CE a donné naissance à la norme européenne EN 746 concernant les équipements thermiques industriels et plus particulièrement à la norme EN 746-2, publiée par l'AFNOR en 1997, sous la référence NF EN 746-2 qui s'applique aux équipements de combustion et de manutention des combustibles utilisés dans les installations thermiques industrielles.

Cette norme avait une durée de cinq ans et se terminait au 31 décembre 2002.

Il y avait aussi une période de mise en conformité, un peu plus suivie que la précédente, mais il y a toujours des équipements non conformes !

La norme NF EN 746-2 est en cours de révision et le projet est disponible à l'AFNOR sous la référence pr EN 746-2.

En conclusion nous voyons clairement l'évolution de deux réglementations dont les principes à respecter sont très différents :

- dans le cas de la Directive Equipements sous Pression (DESP) il y a des règles à respecter et le respect en est constaté par un organisme certificateur extérieur agréé.
- dans le cas de la Directive Machines il y a auto certification par le constructeur et délivrance par celui-ci du certificat CE, preuve de l'analyse de risque.

L'affaire s'est compliquée, en France par le nombre de Ministères, parties à la réglementation: Travail, Industrie et Environnement.

Les exigences des autorisations et arrêtés d'exploitation sont parfois simplement impossibles à respecter, du fait d'exigences contradictoires et de réglementations que l'on voudrait faire converger.

Malgré tout les procédés de combustion industrielle à haute température sont aujourd'hui beaucoup plus économes en énergie et beaucoup moins polluants qu'ils ne l'étaient il y a quinze ans, je m'interroge toutefois sur l'influence de la normalisation sur cette évolution.

Intervention de Maîtres Friedrich NIGGEMANN et Frédéric JONGLEZ DE LIGNE Avocats

LA NORME DANS LE PAYSAGE EUROPEEN

Les normes techniques jouent un rôle essentiel dans le développement des relations économiques, qu'elles aient pour fonction de fixer des standards de sécurité ou de qualité, ou d'assurer la compatibilité des productions.

Dès ses origines, la Communauté Européenne s'est intéressée à la normalisation. Dès 1961 était créé le Comité Européen de Normalisation (« CEN »), avec pour objet l'introduction d'une normalisation à travers l'Europe afin de faciliter le développement des échanges de biens et services par l'élimination des barrières que constituent les dispositions de nature technique. Le CEN est assisté dans cette mission par deux autres organismes, le CENELEC pour l'électrotechnique et l'ETSI pour les télécommunications.

On le voit, la norme joue un rôle essentiel dans la libre circulation des marchandises. Les Etats membres s'en sont bien rendus compte. Le deuxième moteur dans l'œuvre de harmonisation était la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui a dû intervenir pour déjouer les effets restrictifs au commerce intra-communautaire des normes.

Cette intervention a été cependant insuffisante et la Commission a pris le relais de la jurisprudence pour œuvrer dans le sens d'une harmonisation des normes.

La norme reste cependant essentiellement d'application volontaire. Elle n'acquiert un caractère obligatoire que par un mécanisme législatif lui conférant un caractère obligatoire général, ou contractuel.

Voici les quatre chapitres de mon exposé :

La norme et la libre circulation des marchandises

La libre circulation des marchandises a été placée dès la signature du traité de Rome en 1957 au cœur de la Communauté Economique Européenne.

Elle constitue depuis cette date un des axes majeurs de la politique communautaire. Cette dernière s'est attaquée dans un premier temps aux obstacles tarifaires et quantitatifs aux échanges : le démantèlement des droits de douanes et des contingentements était effectif dès 1968.

Très rapidement, il est toutefois apparu que ce démantèlement n'était pas suffisant pour assurer la libre circulation des marchandises. D'autres obstacles venaient entraver les échanges intra-communautaires, parmi lesquels les règles techniques jouaient un rôle significatif.

Depuis bien avant l'ère industrielle, les Etats ont, à des degrés divers, réglementé la production, la vente ou l'utilisation de certaines catégories de produits. L'objectif de ces réglementations est généralement la protection de la santé publique, de la sécurité des biens et des personnes, la loyauté des transactions et plus récemment la protection de l'environnement ou du patrimoine. Elles conduisent à rendre obligatoires certaines exigences

telles que les caractéristiques techniques ou propriétés d'emploi, dénomination de vente, terminologie mais aussi essais ou méthodes d'essais.

Ces réglementations, généralement prises sur une base nationale, ont pour conséquence de contraindre à fabriquer des produits différents pour chaque pays et éventuellement à les soumettre à des procédures d'approbation ou de certifications parfois longues et coûteuses, quel que soit par ailleurs le bien fondé de ces réglementations. Elles constituent un obstacle technique aux échanges.

Selon l'article 28 du Traité instituant les Communautés Européennes, les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les Etats membres. La définition des mesures d'effet équivalent a été donnée en 1974 par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans son arrêt *Dassonville* : toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intra-communautaire (11 juillet 1974, 8/74, Rec. p.837).

La Cour de Justice a eu par la suite à de nombreuses reprises l'occasion de préciser le régime de l'interdiction des mesures d'effet équivalent, notamment au travers de son célèbre arrêt *Cassis de Dijon* du 20 février 1979, dans lequel elle a reconnu la possibilité d'exceptions au principe d'interdiction, en l'absence d'harmonisation communautaire, à la double condition que l'objet des mesures en cause soit de satisfaire des « exigences impératives telle que la santé ou la sécurité publique, la protection des consommateurs et de l'environnement et que les mesures en cause soient proportionnées à l'objectif poursuivi, c'est à dire qu'elles aient un lien direct avec celui-ci et qu'il n'existe pas de moyen moins entravant pour les échanges permettant d'atteindre le même but.

La Cour a par la suite précisé qu'un Etat membre n'est pas en droit d'empêcher la commercialisation d'un produit provenant d'un autre Etat membre dont le niveau de protection de la santé et de la vie des personnes équivaut à celui que la réglementation entend assurer ou établir. Il serait en effet contraire au principe de proportionnalité qu'une réglementation nationale exige que les produits importés satisfassent exactement aux mêmes dispositions ou caractéristiques techniques prescrites pour les produits fabriqués dans l'Etat membre en cause, alors que ces produits importés garantissent le même niveau de protection pour les utilisateurs.

Cette jurisprudence vise clairement les seules mesures d'origine étatique et suppose qu'une autorité étatique soit intervenue pour rendre une norme obligatoire. La principale objection à l'application de l'article 28 du Traité et de la jurisprudence *Dassonville* aux normes techniques est leur nature volontaire : les normes techniques n'émanent pas d'autorités étatiques mais d'organismes privés qui ne sont pas des émanations de l'Etat.

La Cour de Justice a donc étendu en 1982 son interdiction aux mesures même non-obligatoires adoptées par les Etats membres qui peuvent constituer une barrière en ce qu'elles sont susceptibles d'influencer le comportement des commerçants et des consommateurs dans cet Etat et donc d'entraver les objectifs de la Communauté (CJCE 24 novembre 1982, *Commission c/ Irlande « Buy Irish »*, aff. 249/81, Rec. p. 4005). La Cour a ainsi rejeté le critère du caractère obligatoire ou non d'une norme pour l'application de l'article 28 du Traité. Le critère a alors été de déterminer si la source de la norme était étatique ou non. De la jurisprudence se dégagent cinq critères pour déterminer si tel ou tel organisme peut être considéré comme d'origine étatique ou non :

- L'implication de l'autorité publique dans la création ou la dissolution de l'organisme
- L'implication de l'autorité publique dans les règles applicables à l'organisme (autorisation des statuts par l'Etat)
- L'implication de l'autorité publique dans la direction de l'organisme
- L'implication de l'autorité publique dans le financement de l'organisme
- L'implication de l'autorité publique dans la définition des activités de l'organisme.

Aucun de ces critères n'est cependant suffisant en soi à caractériser une implication étatique suffisante ; l'extension du contrôle de la Cour de Justice s'en trouve donc nécessairement restreinte.

Malgré les efforts de la Cour de Justice, le contrôle jurisprudentiel a posteriori reste limité et surtout un processus long et donc contraire aux exigences de la construction du marché commun. La Commission a donc continuellement cherché l'harmonisation des normes.

Harmonisation communautaire

Parallèlement au développement de la jurisprudence de la Cour de Justice, la Commission a souhaité se doter des instruments nécessaires à l'harmonisation.

Elaboration de normes européennes

Ainsi, la directive n°83/189 (aujourd'hui codifiée sous le numéro 98/34) a posé les fondements juridiques de la transparence de la normalisation européenne et a doté les institutions communautaires de l'instrument politique de base pour son action en matière de normalisation, à savoir le « mandat » : Le Comité Normes et Règles Techniques (CNRT), regroupant les représentants des Etats membres, peut « inciter la Commission à inviter les organismes européens de normalisation à élaborer une norme européenne dans un délai déterminé » (Directive n°98/34, article 6 § 3).

Dès lors qu'un sujet d'étude est formellement inscrit au programme de normalisation d'un des trois organismes de normalisation, les organismes nationaux de normalisation ne peuvent plus adopter une norme nationale sur ce même sujet. Ainsi, la cristallisation des positions nationales est évitée.

Lorsqu'une norme européenne est adoptée, elle est reprise à l'identique comme norme nationale et remplace toute norme nationale divergente. L'adoption de la norme européenne se fait sur la base d'un vote formel national normalement exprimé par l'organisme de normalisation national membre de l'organisme européen, dans les délais fixés par l'organisme européen. Une norme est adoptée lorsque au moins 71% des votes exprimés sont positifs. Le poids de chaque pays, comme au sein du Conseil, est extrapolé à partir de la population et du poids économique des autres pays.

La reprise de la norme au niveau national peut se faire soit par entérinement (annonce que la norme européenne a le statut de norme nationale), la feuille de couverture (ajout d'une page de couverture nationale au texte de la norme européenne, solution adoptée par l'AFNOR), traduction lorsque la norme nationale est publiée dans une langue autre que la norme européenne.

La numérotation de la norme ainsi adoptée est transparente d'un pays à l'autre : elle reprend les codes nationaux (NF en France, DIN en Allemagne, BS au Royaume-Uni, etc.) suivi de la référence européenne EN xxxx.

Fin 2005, 60% de la collection française de normes était d'origine européenne.

La « Nouvelle Approche »

Afin d'accélérer le processus d'harmonisation, d'éviter la fragmentation de la réglementation produit par produit et de permettre une adaptation rapide des normes aux évolutions technologiques, le Conseil a adopté le 7 mai 1985 une résolution concernant une « nouvelle approche » en matière d'harmonisation technique et de normalisation. Cette résolution définit les principes d'une harmonisation communautaire des réglementations techniques nationales.

La Nouvelle Approche est fondée sur quatre principes :

- l'harmonisation réglementaire est limitée à des exigences essentielles de sécurité (ou d'autres exigences d'intérêt collectif) auxquelles doivent se conformer tous les produits mis sur le marché qui bénéficient alors d'une libre circulation sur tout le territoire communautaire ;
- l'élaboration des spécifications dont ont besoin les industriels pour se conformer aux exigences essentielles est confiée aux organismes européens de normalisation ;
- les normes restent volontaires ;
- les administrations doivent reconnaître une présomption de conformité aux exigences essentielles pour les produits fabriqués conformément aux normes européennes.

La vingtaine de directives adoptées sur cette base respectent toutes un schéma type : elles couvrent un catégorie de produits largement définie. Les spécifications de conception sont limitées dans le corps de la directive à des exigences essentielles de sécurité ou d'autres visant à la protection de l'intérêt général, qui seules sont des objectifs pour tous les produits mis sur le marché. Le soin de détailler les exigences essentielles pour des catégories de produits déterminées est laissé aux normes harmonisées, mais cela n'est pas obligatoire : la directive « nouvelle approche » peut fonctionner sans norme harmonisée.

Toutes les directives prévoient des procédures obligatoires d'évaluation de la conformité, à la charge du fabricant, préalablement à la mise sur le marché. Les procédures portent à la fois sur la conception du produit et le processus de fabrication. Elles sont choisies en fonction du risque encouru parmi huit modules, désignés par les lettres A à H et définis dans la Décision n°93/465 du Conseil du 22 juillet 1993, allant de la simple déclaration CE de conformité par le fabricant (module A) à des procédures plus contraignantes impliquant l'intervention d'un organisme tiers désigné par les différents Etats membres (laboratoire d'essai, organisme certificateur ou d'inspection). Ces organismes accrédités, notifiés à la Commission, doivent répondre à des critères d'impartialité et de compétence.

Lorsqu'un produit respecte les exigences essentielles et a satisfait aux procédures d'évaluation de la conformité requises, le marquage CE est apposé sur le produit sous la responsabilité du fabricant. Ce marquage symbolise la conformité du produit à ou aux directives nouvelle approche le concernant.

On le voit, le processus d'harmonisation conserve cependant à la norme son caractère d'application volontaire. C'est là l'un des principes de base de la nouvelle approche. Toutefois, la norme peut acquérir un caractère obligatoire : soit par sa légalisation, soit par sa contractualisation.

Légalisation de la norme

Une norme peut être rendue obligatoire de plusieurs manières : elle peut tout d'abord être rendue obligatoire par la loi générale de normalisation. En outre, elle peut être rendue obligatoire en faisant elle-même l'objet d'une loi spéciale. Enfin, elle peut être rendue obligatoire par référence.

Loi générale de normalisation

Une loi générale sur la normalisation peut créer une catégorie de normes obligatoires. Les lois belges, françaises, irlandaises et autrichiennes autorisent expressément le législateur à déclarer des normes obligatoires. Les lois belges et autrichiennes édictent une autorisation très générale, tandis que les lois françaises et irlandaises prennent le soin d'éviter de contrevenir à l'article 28 du Traité : ainsi, selon le décret français n°84/74 du 26 janvier 1984, la normalisation a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux. Elle est d'application facultative et ne peut être rendue obligatoire que dans des cas limitativement énumérés par l'article 12 du décret, à savoir des raisons de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservations des végétaux, ainsi que les exigences impératives tenant à la loyauté de transactions commerciales et la défense du consommateur. On retrouve là très clairement l'exigence de proportionnalité fixée par l'arrêt Cassis de Dijon.

Reprise d'une norme dans la loi

La norme peut être rendue plus directement obligatoire en faisant elle-même l'objet d'un texte de loi. D'une manière générale, elle perd son caractère de norme pour devenir un texte à valeur légale. L'Autriche a ainsi décidé en 1991 de publier une série de normes obligatoires et la réglementation électrotechnique de 1993 contient pas moins de 80 normes, remplissant quelques 1.100 pages du journal officiel.

Dans d'autres Etats membres, les normes sont rendues légales par une loi *ad hoc* : ainsi, l'arrêté royal belge sur la protection anti-incendie dans les bâtiments élevés, dans lequel la norme NBN 713.010 a été repris en annexe ou encore l'arrêté royal du 12 décembre 1975 par lequel pour tous les extincteurs de voitures automobiles les normes belges concernées ont été rendues obligatoires.

C'est également le cas en France, par exemple avec le décret n°87-1045 du 22 décembre 1987 relatif à la présentation des écrits constatant les contrats de garantie et de service après-vente, reprenant en annexe l'exacte présentation à laquelle les écrits visés doivent être conformes.

Référence légale à la norme

La loi peut également se référer à la norme. Cette référence peut être soit indicative, soit exclusive. Dans ce dernier cas, la conformité à la norme est la seule manière d'être conforme à la loi. Un tel procédé n'est pas interdit mais est suspecté de contrevenir au principe de libre circulation des marchandises. On se souvient de l'affaire Dundalk, dans laquelle l'Irlande avait exigé que les matériels à fournir soient conformes à une norme précise, norme à

laquelle seule une entreprise irlandaise répondait (CJCE 22 septembre 1988, Commission c/ Irlande, aff. 45/87, Rec. p. 4929).

Afin de remédier à ce soupçon, une technique consiste à prévoir des clauses de reconnaissance mutuelle. C'est ainsi le cas par exemple de l'arrêté français du 14 décembre 1988 rendant obligatoire la norme NF A 85-600 soit « tout autre norme offrant un niveau de sécurité équivalent à la norme précitée » (arrêté relatif aux circuits électriques mis en œuvre dans le soudage électrique à l'arc et par résistance et dans les techniques connexes).

Un autre problème soulevé par la référence légale à une norme est le degré de précision requis dans le renvoi. Dans de nombreux pays d'Europe, une référence générale, non datée, suffit. Cela a pour avantage de garantir une mise à jour permanente de la législation. C'est le cas en Belgique, en France, au Royaume-Uni, en Grèce, en Italie, en Finlande et en Espagne, où selon certains auteurs, une référence datée doit être interprétée comme non datée en cas de mise à jour de la norme !

Dans d'autres Etats, la référence générale à la norme se heurte à des obstacles d'ordre constitutionnel. C'est particulièrement le cas en Allemagne, où l'on distingue les références directes non datées et les références indirectes non datées. Les premières (« *normergänzende gleitende Verweisung* ») sont généralement considérées comme une délégation du pouvoir législatif à un organisme privé, comme telle inconstitutionnelle. Les secondes (« *normkonkretisierende gleitende Verweisung* ») n'encourent pas ce reproche. Il en est de même en Autriche et en Suisse. Une tendance similaire se dessine également aux Pays-Bas.

Norme et contrat

Même lorsqu'elle n'est pas obligatoire, la norme peut le devenir entre les parties s'il y est fait référence dans le contrat qui les lie. La référence à la norme dans un contrat présente plusieurs intérêts : en premier lieu, la conformité à la norme fait naître une présomption de conformité du produit aux exigences essentielles. En second lieu, elle peut avoir une influence en matière de responsabilité.

Norme et présomption de conformité

Une réglementation, à défaut de rendre une norme obligatoire, peut fixer des exigences essentielles dont elle impose le respect. Les produits conformes aux normes qu'elle cite sont alors présumés conformes à ces exigences essentielles. La conformité à la norme n'est cependant pas obligatoire : le producteur a le choix entre fabriquer un produit conforme aux normes et donc réputé conforme aux exigences essentielles, ou renoncer à cette présomption en pré-constituant par ses propres moyens la preuve de la conformité aux exigences essentielles.

Conformité aux normes et exonération de responsabilité

En matière de responsabilité des produits défectueux, il convient de citer la directive n°85/374 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Cette directive, finalement transposée en France en 1998, a également été transposée dans des pays hors Union (Islande, Norvège, Lichtenstein et Suisse). Son article 7 exonère le producteur de sa responsabilité lorsqu'il peut prouver que le défaut est dû au respect d'une réglementation obligatoire.

Toutefois, quelle doit être la solution lorsque la norme n'est pas obligatoire ? La jurisprudence autrichienne a résumé la situation : les normes ne sont pas des dispositions légales ou réglementaires mais des recommandations non obligatoires. En outre, elles

reposent sur des exigences minimales que le produit devrait remplir. En conséquence, si le produit répond à une norme, la responsabilité n'en est pas pour autant exclue.

La loi française ne dit pas autre chose : ainsi, l'article 1386-10 du Code Civil dispose que le producteur peut être responsable du défaut, alors même que le produit a été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou des normes existantes, ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative.

Intervention de Maître Serge LAZAREFF, Avocat

Y A-T-IL UNE NORME A L'INTERNATIONAL ?

L'arbitre est un juge en ce qu'il tranche le litige qui lui est soumis. Certes privé et nommé de manière consensuelle, il rend la justice et, en application de la Convention de New York de 1958, sa sentence doit recevoir application dans chacun des 142 Etats signataires.

Ce juge applique le droit dont les parties sont convenues.

Dans l'arbitrage CCI, le plus répandu dans le commerce international (plus de 14000 sentences à ce jour), l'article 17.2 du Règlement d'arbitrage lui fait obligation d'appliquer les stipulations du contrat et les usages du commerce.

Les normes font-elles partie de ces usages ?

Dans les activités du commerce international, la pratique donne naissance non seulement à de simples usages, mais à de véritables normes. Les auteurs de ces normes sont à la fois des organismes privés qui œuvrent pour le développement du commerce international, telle la CCI, et les opérateurs économiques eux-mêmes qui, par leurs pratiques répétitives, contribuent à la création d'usages et coutumes que certains qualifient de *lex mercatoria*.

Les normes ont pour objectif, à l'international, de supprimer les barrières techniques aux échanges et d'améliorer l'efficacité industrielle. Elles permettent également de sécuriser les transactions ainsi que d'accroître la confiance légitime entre les opérateurs économiques qui savent que l'utilisation dans un contrat d'une norme internationalement reconnue est un gage de sécurité.

Nous connaissons tous les normes techniques élaborées non seulement au niveau français (AFNOR) mais également au niveau mondial. C'est ainsi que la CCI, et plus particulièrement son département de la politique générale et des pratiques des entreprises, joue un rôle essentiel de création de normes pour le commerce international¹. Citons le Règlement d'arbitrage qui, adopté pour la première fois en 1923, a influencé de manière durable le développement de l'arbitrage international de telle sorte qu'aujourd'hui, l'arbitrage CCI s'impose aux yeux des opérateurs économiques comme la référence ou la norme à suivre en matière d'arbitrage international. On a pu dire que le Règlement d'arbitrage de la CCI a une valeur normative.

Il en est de même des Règles et Usances Uniformes en matière de crédit documentaire (les Règles UCP) ainsi que des INCOTERMS, publiés pour la première fois en 1936 et révisés périodiquement, qui fournissent aux contractants internationaux des abréviations correspondant à des formules précises de ventes permettant d'exprimer en trois lettres leur choix en faveur d'une formule codifiée (par exemple : FOB, CIF, etc.)². Ils définissent les responsabilités et les obligations d'un vendeur et d'un acheteur dans le cadre de contrats internationaux, notamment au regard du chargement, du transport, des assurances et de la livraison. Leur rôle est de répartir les frais de transport et de définir qui devra supporter les risques.

¹ « Droit du commerce international » sous la direction de J. Béguin et M. Menjuq, éd. Litec, 2005, n° 57, p. 52

² « Droit du commerce international », *op. cit.*, n° 57, p. 53

Les contrats FIDIC se sont également imposés dans le domaine de la construction. Il s'agit de normes professionnelles élaborées par des professionnels. FIDIC est une association créée en 1913 et regroupant des associations nationales d'ingénieurs conseils et autres professionnels de la construction tels des architectes. Son Comité des contrats élabore des contrats-types tels ceux entre un maître d'ouvrage et un architecte-conseil, entre un entrepreneur et un sous-traitant, etc. Les contrats FIDIC sont contenus dans trois volumes principaux :

- le livre rouge intitulé « *Conditions of Contract for Construction* » ;
- le livre jaune intitulé « *Conditions of Contract for Plant and Design-Build* » et
- le livre argent intitulé « *Conditions of Contract for EPC Turn-key Projects* ».

Mais ces normes, qu'elles soient techniques ou professionnelles, constituent-elles des usages ou des coutumes ? La distinction est plus sémantique que réelle. En théorie, les normes techniques et professionnelles sont souvent présentées comme des usages de la profession.

Reconnaître une valeur coutumière aux normes signifierait qu'elles sont applicables même lorsque les parties ne s'y sont pas référées³ et qu'elles constituent une source formelle du droit positif, les parties ayant alors la conviction qu'une règle s'impose à elles⁴. Une coutume se caractérise par un usage immémorial et uniforme ainsi qu'un sentiment de sécurité juridique⁵. Or, les normes évoluent constamment et rapidement. Elles ne peuvent donc être considérées comme une coutume s'imposant aux parties⁶.

Les normes seraient donc des usages. Cependant, elles se distinguent des usages traditionnels. En effet, les normes techniques établies par un organisme de normalisation peuvent être qualifiées d'« usages conventionnels codifiés⁷ ». Quant aux normes professionnelles, le Professeur Stoufflet considère que la codification de la CCI repose sur l'usage tout en le dépassant⁸. En effet, la CCI, tout en s'appuyant sur les remarques des praticiens, n'élabore pas ses normes de la même façon que se forment les usages commerciaux, à savoir par la spontanéité et la répétition. Elles se formeraient même à l'opposé de l'usage⁹. Selon Jean Stoufflet, elles relèvent d'une catégorie « *originale* » de sources du droit, leur autorité reposant « *sur l'aptitude reconnue à un organisme professionnel de traduire à la fois les besoins du commerce et la rationalité d'une opération.* ¹⁰ »

Je n'entre pas ici dans les questions purement françaises, en particulier sur les textes conférant une valeur juridique aux normes, le présent exposé étant tourné vers l'international.

En réponse à la question, il est effectivement judicieux d'élargir le débat et, de façon plus globale, de rechercher quel est le rôle de l'expert lorsqu'il éclaire l'arbitre, qu'il s'agisse ou non de l'application de normes.

Ainsi que l'a parfaitement relevé M. Poirier dans son intervention, « *Si un magistrat, souvent différent de celui qui jugera au fond, décide de nommer un expert, c'est parce qu'il estime*

³ « Droit du commerce international », *op. cit.*, n° 1443, note 36

⁴ « Normalisation et contrat », J. Ghestin in « Le droit des normes professionnelles et techniques, Séminaire organisé à Spa-Balmoral les 16 et 17 novembre 1983 », éd. Bruylant, 1985, p. 495

⁵ H. Cousy, « Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence », in « Le droit des normes techniques et professionnelles », *op. cit.*, p. 409

⁶ *Ibid.*, p. 409

⁷ *Ibid.*, p. 410

⁸ « L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire », J. Stoufflet in « Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman », Librairies techniques, 1982 ; inséré dans « Le droit des normes professionnelles et techniques », *ibid.*, p. 44

⁹ *Ibid.*, p. 45

¹⁰ *Ibid.*, p. 45

que des éléments clés du conflit échappent à la compétence habituelle des Juges, qui est, naturellement, celle du droit. C'est parce que des questions techniques peuvent jouer un rôle significatif dans la solution judiciaire du litige. ». Je constate donc que l'arbitre, comme le juge, devra trancher fréquemment des problèmes techniques, à cette différence près qu'il connaît de l'ensemble du dossier, de la Requête à la Sentence.

Or, l'évolution actuelle de l'arbitrage international conduit de plus en plus à se rapprocher des pratiques anglo-saxonnes, c'est-à-dire que l'arbitre (entendu soit dans le sens de l'Arbitre unique, soit d'un Tribunal arbitral) est souvent face à des parties dont chacune nomme un ou plusieurs experts et il appartient à l'arbitre de trancher.

Il peut alors, soit lui-même nommer un expert qui donnera au Tribunal arbitral un avis autorisé, soit poser aux experts des parties des questions lui permettant d'acquérir suffisamment d'éléments pour pouvoir lui-même décider des demandes formulées dans l'arbitrage.

Il apparaît donc clairement que s'ouvre pour les experts, en particulier judiciaires, un immense domaine de compétence, celui d'assistance non plus au tribunal mais aux parties qu'ils assistent au cours de la procédure.

Ceci devra conduire les experts à affiner leur déontologie. Il s'agit là d'une mutation majeure.

Aujourd'hui, l'expert nommé par un tribunal est indépendant et impartial. Lorsqu'il est nommé par une partie, il n'est plus indépendant puisque ses honoraires sont réglés par celle-ci. Mais il devra rester impartial et il sera nécessaire que des règles déontologiques très fermes tracent la ligne jaune, c'est-à-dire permettent à l'expert de favoriser autant que possible le point de vue de la partie qui l'a nommé sans pour autant se faire l'avocat de celle-ci.

En d'autres termes, s'il n'est plus demandé à l'expert-partie d'être indépendant, la noble obligation de l'impartialité doit subsister.

L'expert, comme l'arbitre, vit de sa réputation. L'impartialité, qui n'exclut pas la sympathie pour les thèses d'une partie, devra rester sa règle essentielle.

Il s'agit là, me semble-t-il, d'une perspective nouvelle dans le domaine qui est le vôtre.

Intervention de Monsieur François ROBIN Directeur du Développement de la Normalisation AFNOR

LA REVISION DES NORMES HOMOLOGUEES

En France, le mot « norme » revêt une signification assez ambiguë dans la mesure où celui-ci signifie communément la « règle » et à ce titre est aussi bien utilisé dans le domaine réglementaire obligatoire que dans le domaine volontaire des normes AFNOR qui visent elles à rendre disponible sur le marché des bonnes pratiques établies par les acteurs.

Cette ambiguïté est souvent source de confusion quand il faut exposer le rôle des normes.

Le contexte international : la guerre des standards

Avant de traiter de la norme française homologuée il convient de faire un rapide tour d'horizon de la compétition qui existe sur le plan international concernant les standards. En effet l'importance aux yeux du marché et des acteurs qui le composent de l'existence de « règles », de « normes » ou encore de « standards », de « référentiels », recouvrent des enjeux parfois colossaux. Qui ne rêve d'imposer son standard, qui ne rêve de devenir l'organisme de référence.

Ce mouvement, largement issu des secteurs des technologies de l'information, conduit maintenant à la prolifération sur le plan mondial de structures de production de normes ou de standards, à l'émergence quotidienne de nouvelles instances. Ces standards sont créés dans des instances de composition et de gouvernance très variables mais reposant essentiellement sur des accords entre un nombre réduit de partenaires.

On a coutume de dire que celui qui tient le référentiel, tient le marché et tient le pouvoir. La place des normes, au sens des normes élaborées par les organismes de normalisation tels que l'AFNOR (France), le DIN (Allemagne), la BSI (UK), ... ou encore le CEN pour l'Europe, ou l'ISO pour le monde, doit s'apprécier au regard de tous les autres documents qui existent sur le marché et prétendent devenir une référence sur celui ci.

La « norme homologuée », les documents normatifs et les types de documents

2.1 - Les missions de l'AFNOR sont définies par le décret n°84-74 du 26 janvier 1984. Les normes sont élaborées soit par l'AFNOR, soit par des bureaux de normalisation sectoriels, coordonnés par l'AFNOR et qui fonctionnent selon les mêmes règles de travail.

2.2 Définitions de la norme :

Plusieurs définitions existent :

1. « Document de référence apportant des réponses à des problèmes techniques et commerciaux concernant des produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques techniques et commerciaux »

Source décret n°84-74

2. « Document établi par un consensus, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné »

Source Guide international ISO/CEI2

3. « La norme est une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire ».

Source directive européenne 98/34/CE

On retient de ces définitions que la norme est un document élaboré, par consensus, par un organisme reconnu, à activité normative, dans le but de fournir des solutions à des problèmes techniques et commerciaux qui se posent de façon répétée.

2.3 - Les types de documents

Pour faire face à des problèmes qui peuvent se présenter, un acteur ou les acteurs d'un marché peuvent produire des natures de documents qui répondent à leurs besoins et dont les effets seront variables. Parmi les principaux on peut citer :

1. les règlements édités par les pouvoirs publics,
2. les normes homologuées éditées par les organismes de normalisation,
3. les documents normatifs également édités par les organismes de normalisation: fascicules de documentation, les normes expérimentales, les accords et les référentiels de bonnes pratiques
4. les documents professionnels édités par une fédération ou un syndicat professionnel
5. les documents édités par les laboratoires ou les organismes de contrôle
6. les chartes et les labels édités par un groupe d'acteurs
7. les standards de consortiums édités par un ou des acteurs
8. les documents d'entreprises

Les modes d'élaboration des normes homologuées

Les normes homologuées se distinguent de tous les autres types de documents par des règles strictes de travail et de gouvernance qui participent de la valeur que l'on peut accorder à ce document.

Ouverture à tous les acteurs concernés (quels que soient les catégories, l'importance ou le degré d'accord ou d'opposition aux travaux),

Accord par consensus (il ne peut y avoir une opposition d'une catégorie d'acteur majeure sur le marché)

Transparence (obligation d'information publique à 3 stades : inscription, enquête, publication. Une information est également donnée sur les acteurs qui ont participé aux travaux.)

Enquête probatoire : (information et large consultation sur l'existence d'un projet de norme homologuée. Les commentaires reçus lors de cette enquête probatoire doivent être obligatoirement rendus disponibles à tous, dépouillés et une suite motivée doit être donnée).

Cohérence intersectorielle (obligation d'assurer la cohérence avec d'autres normes développées dans d'autres secteurs afin de rechercher les optimums économiques).

Dimension européenne et internationale (obligation d'informer les organismes de normalisation étrangers de l'ouverture des travaux et des enquêtes. Cohérence des travaux entre niveaux national, européen et international).

Les travaux de normalisation mobilisent, rien que sur le plan français, plus de 20 000 experts venant de tous les secteurs et appartenant à toutes les catégories de partenaires, pouvoirs publics, entreprises, fédérations et syndicats professionnels, laboratoires, utilisateurs, collectivités locales, artisans, consommateurs, syndicats de salariés, ONG environnementale.

La relation avec les normes et les pratiques du marché

Le positionnement de la norme par rapport aux pratiques des marchés est fortement variable. Généralement elle représente un niveau loyal et marchand des échanges et des pratiques et donc à un niveau d'exigences déjà significatif.

Il est en effet de l'intérêt des acteurs les plus dynamiques de ne pas laisser s'installer sur le marché une norme qui serait insuffisamment sélective et qui laisserait trop la place à des pratiques moyennes. La norme vient naturellement trouver sa place dans les pratiques de référence d'un marché avant de laisser le champ au domaine de l'excellence des entreprises les plus en pointe voulant au-delà de la norme valoriser leurs meilleures pratiques.

La norme peut également dans certains cas être supérieure aux pratiques du marché quand elle sert d'appui à des solutions innovantes ou émergentes (ex. nanotechnologie, ...), quand elle anticipe des évolutions prévisibles de la réglementation (ex. légionelle, OGM, ...) ou encore quand elle vise à imposer sur le marché un niveau de qualité attendu par les leaders (ex. pneumatiques, sécurité des ascenseurs, ...).

La relation avec l'Europe et l'International

La normalisation se place depuis bientôt 20 ans dans un contexte européen et maintenant international.

Aujourd'hui la normalisation purement franco-française ne représente plus que 8 à 10% des normes françaises produites chaque année, la grande majorité des normes françaises étant des reprises de normes européennes et ou internationales.

Le niveau européen :

La normalisation européenne se déroule dans le cadre du CEN (Comité Européen de Normalisation), du CENELEC (pour la partie électrique) et de l'ETSI (pour la partie télécomm).

Le CEN regroupe 30 comités membres (les 27 de la zone Europe, plus la Suisse et les pays de l'AELE).

L'essor de la normalisation européenne s'est produit à la fin des années 80 avec la volonté des législateurs de s'appuyer sur la normalisation afin de favoriser la constitution du marché intérieur européen par le développement de la normalisation. Le législateur, au lieu de faire des réglementations très détaillées et de rentrer dans le champ difficile des spécifications techniques, a décidé de limiter la réglementation à des exigences essentielles de sécurité et de renvoyer à la normalisation le soin de dire techniquement comment répondre à ces exigences essentielles. Cette démarche a pris le nom de « nouvelle approche ».

Pour mettre en œuvre les 3000 à 4000 normes nécessaires aux près de 20 directives nouvelles approches, la commission de l'union européenne a passé des mandats de travail au CEN et fait valider la qualité de ce travail par des consultants.

Les normes dites « harmonisées » ainsi élaborées sont ensuite référencées au JOUE. Il n'en demeure pas moins que, bien que constituant une présomption de conformité à la directive, ces normes harmonisées ne sont pas obligatoires. Le fabricant peut utiliser d'autres règles techniques, mais il devra démontrer leur conformité aux exigences essentielles, ce qui n'est pas toujours une mince affaire. La conformité à la norme constitue donc la voie naturelle d'application.

Cet essor de la normalisation européenne en application des directives a créé en parallèle un grand élan d'harmonisation de normes en dehors du champ réglementaire où près de 6000 normes ont été élaborées.

Règles importantes :

Les normes européennes sont obligatoirement reprises en normes nationales, soit NF EN xxxx, et les normes nationales en contradiction doivent être supprimées.

En cas de désaccord grave, lors des votes sur les projets, les comités peuvent exprimer une désapprobation fondamentale ce qui conduit à une procédure d'arbitrage. De la même façon, même après sa publication et son référencement au JOUE, une norme harmonisée, en cas d'insuffisance, peut faire l'objet d'une procédure de clause de sauvegarde par l'administration d'un état membre pour arbitrage par le comité de suivi de la directive concernée. Il peut être possible de revoir la norme sur tel ou tel aspect.

Le niveau international :

La normalisation internationale se déroule dans le cadre de l'ISO, de la CEI (pour la partie électrique) et de l'UIT (télécomm). La normalisation internationale s'est développée à partir des années 50 avec un large leadership des instituts de normalisation européen. Près de 120 instituts nationaux sont membres de l'ISO ce qui en fait le plus grand organisme, mais pas le seul, très loin de cela, d'établissement de normes. L'ISO entretient des relations avec les principales institutions internationales et principalement les institutions inter gouvernementales (OMC, FAO, OMS, CODEX, OCDE,)

D'autres organismes d'élaboration de standards cherchent à se faire reconnaître directement comme les références mondiales en concurrence de l'ISO. Règle importante : Il n'existe pas d'obligation de reprise de norme ISO en norme française. Lorsqu'une reprise est décidée par une commission française, la norme française qui en découle est indiquée NF ISO. Il n'existe pas d'obligation de suppression d'éventuelles normes nationales contradictoires.

La relation avec la réglementation

Les normes AFNOR sont des documents d'application volontaire. Seuls des textes réglementaires ou bien des contrats peuvent les rendre d'application obligatoire. Il existe schématiquement 2 modes de relation entre les normes et la réglementation :

1. la norme est rendue directement d'application obligatoire

Dans ce cas le respect de la norme est obligatoire et aucune autre voie n'est possible. Aucun autre texte n'est utilisable. Ces cas sont extrêmement limités. Ceci représente environ 120 normes. Chaque fois qu'une norme européenne ou internationale répond au problème posé, celle-ci est utilisée afin d'éviter toute entrave aux échanges. Exemple, la norme de méthode d'analyse pour détecter la présence de légionnelles pathogènes est strictement d'application obligatoire et provient d'un travail ISO. Aucun autre protocole de mesure ne peut être utilisé.

2. la norme est une voie parmi d'autres pouvant être utilisées pour répondre à la réglementation.

Cette situation représente la voie privilégiée d'utilisation des normes dans la réglementation. La norme ayant été réalisée avec la participation de toutes les parties intéressées dont les pouvoirs publics, le recours à la norme est vivement encouragé. La norme constitue la référence pour le marché.

Néanmoins, si un industriel veut utiliser son propre cahier des charges qui serait, pour partie ou dans son intégralité, différent de la norme, il peut le faire. Il lui appartient alors de démontrer auprès des autorités compétentes, ou par délégation auprès des laboratoires notifiés, que son cahier des charges répond pleinement aux exigences de la réglementation. Il est probable que l'autorité compétente s'inspirera très largement sur la norme pour étalonner son jugement technique.

Ce mode d'utilisation de la norme dans la réglementation est de loin le plus courant. Le cas le plus connu est celui de la « Nouvelle Approche » où la norme, tout en étant la référence privilégiée pour se conformer aux exigences essentielles de sécurité, n'en constitue qu'une des voies possibles. La norme demeure donc formellement d'application volontaire puisqu'il existe une autre voie pour se conformer à la réglementation.

D'autres variantes de réglementation existent sur ce principe, par exemple laissant la possibilité à l'industriel d'utiliser toute autre norme nationale étrangère qui offrirait un même niveau de sécurité que la norme française.

La révision des normes homologuées

De la même façon que son mode d'élaboration répond à des exigences très strictes (voir chapitre 3 « modes d'élaboration des normes homologuées »), les documents normatifs et particulièrement les normes homologuées sont soumises à des procédures strictes de révision.

A tout moment une des parties intéressées par la norme peut demander sa révision ou sa modification. Les révisions de normes suivent la même procédure que pour son élaboration avec notamment les stades d'information, d'ouverture, d'enquête probatoire, de dépouillement des commentaires et de validation finale.

Si aucune demande de révision n'est faite avant les 5 ans d'existence de la norme, une procédure de révision quinquennale est systématiquement engagée afin de vérifier le maintien de la pertinence de la norme.

Après une bonne décennie consacrée à la production des normes européennes nécessaires pour la réalisation du marché intérieur européen, notamment dans le cadre des directives nouvelle approche, il est probable qu'un important travail de révision de ces normes est à prévoir afin de les adapter au retour d'expérience des pratiques quotidiennes.

Conclusions

Les normes élaborées dans le cadre des instituts de normalisation reconnus se trouvent de plus en plus concurrencées par toutes sortes de référentiels élaborés dans des cadres et pour des motivations variables. Les règles rigoureuses d'élaboration des normes (transparence, ouverture aux parties intéressés, consensus, consultation ouverte, cohérence européenne et internationale, révision systématique,...) en constituent une des valeurs ajoutées les plus appréciables pour se repérer dans le dédale des documents « dits » de référence.

Les normes françaises homologuées sont dans la très grande majorité des cas des documents d'application volontaire. Bien que la réglementation utilise de plus en plus la norme comme document de référence, d'autres voies de démonstration de la conformité existent. Seules environ 120 normes sont strictement et directement d'application obligatoire, environ 5000 à 6000 sont utilisées comme références volontaires dans des réglementations, et ceci sur une collection d'environ 30 000 normes.

Intervention de Monsieur Jean-Luc TARDY, Expert Judiciaire

EXIGENCES METHODOLOGIQUES ET NORMES TECHNIQUES DE LA CEESD

Le point de vue de la CEESD

Dans son domaine de responsabilité, la CEESD doit permettre à ses membres, dans le cadre de la partie technique des missions d'expertise qui leur sont confiées soit par des juges soit par des parties privées, de disposer de moyens assurant la meilleure qualité possible de leurs travaux.

La CEESD a donc choisi deux moyens complémentaires :

- Le Référentiel, qui est un ensemble de règles méthodologiques comprenant un certain nombre d'exigences et entrant uniquement dans le cadre des pouvoirs purement techniques confiés à l'expert et dont celui-ci a l'entière maîtrise.
- Les Normes techniques, qui sont élaborées en fonction des besoins exprimés par les Experts de la CEESD. Ces normes sont évolutives et adaptées aux situations concrètes auxquelles les Experts de la CEESD sont confrontés au cours de leurs expertises.

Bien que les dispositions de ce Référentiel ne soient pas force de loi, il est à souligner que l'intégralité des membres de la CEESD, après en avoir longuement discuté, ont décidé sa mise en application en janvier 2007 avec une période d'observation d'un an pendant laquelle pourront être évaluées les conditions d'application des règles énoncées.

Le Référentiel

Ce Référentiel intègre un ensemble d'exigences qui sont déclinées de la Norme AFNOR X 50-110 sur la qualité en expertise, et qui « *...qui ne sont pas contraires aux principes directeurs et aux règles de procédure telles que prévues tant au Nouveau Code de Procédure Civile pour les mesures d'instructions ordonnées par le Juge civil que par le Code de procédure Pénale pour les expertises décidées par le Juge répressif...* ».

Il a été élaboré sous la conduite de Michel Olivier, Docteur en Droit et Conseiller Honoraire à la Cour de Cassation.

Il ne s'applique qu'aux missions d'expertise judiciaires ou contractuelles qui sont effectuées en France, et à l'exclusion des missions de conseil.

De façon sommaire, son contenu est le suivant :

- Management de l'expertise par l'expert (Compétences de l'expert, exigences relatives à la documentation)
- Responsabilité de l'expert (Obligations, management des ressources techniques, financières et humaines)
- Infrastructure et environnement de travail (équipements et moyens logistiques)
- Prescription de nature technique pour une expertise (planification, processus)
- Conception et réalisation de l'expertise (détermination de la méthode d'expertise, maîtrise de la réalisation de l'expertise, le produit de l'expertise)

Les Normes techniques

Les normes techniques sont:

- évolutives car les techniques avancées des systèmes digitaux sont toujours en pleine évolution
- adaptées aux situations auxquelles les Experts de la CEESD sont confrontés au cours de leurs expertises
- le recueil du Savoir faire de la CEESD et elles servent de support de formation des experts de la CEESD.

Les normes techniques adressent les questions suivantes données à titre d'exemple:

- Quelles sont les définitions des différentes techniques avancées des systèmes digitaux (par exemple, la cryptologie, la dématérialisation, etc.)?
- Comment appliquer la méthodologie expertale aux cas identifiés par les membres de la CEESD (par exemple, assistance technique, arbitrage, etc.)?
- Quelles sont les exigences relatives à la documentation?
- Quels sont les moyens techniques à la disposition de l'expert pour faire un travail de qualité?

Conclusion

Pour conclure de façon courte, ces deux moyens « Le Référentiel et les Normes techniques » sont des recueils nouveaux qui facilitent les échanges et l'esprit d'équipe à la CEESD au service de l'amélioration de la qualité en expertise.