

LES NORMES PRODUITES À L'OCDE ET LES FORMES DE NORMATIVITÉ

Hervé ASCENSIO

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université de Paris 1)

Un bref aperçu des activités de l'OCDE durant ses cinquante années d'existence suffit à convaincre de la diversité des normes qui y sont produites. Aux quelques trente décisions et cent-soixante-dix recommandations adoptées jusqu'à présent par le Conseil, son organe décisionnel principal, doivent être ajoutés une myriade de textes à portée normative élaborés par les comités spécialisés, dans des domaines aussi variés que l'environnement, la corruption, l'investissement, les crédits à l'exportation, la fiscalité, le gouvernement d'entreprise, l'internet, la sécurité des produits chimiques, *etc.*¹ Cette diversité est fort déroutante pour le juriste. Elle pourrait n'être que matérielle, auquel cas l'explication serait simple : les Etats membres utiliseraient l'OCDE de temps à autre pour adopter en commun des règles entrant dans le champ plutôt vaste de la « coopération et [du] développement économiques ». Les normes de l'OCDE résulteraient alors des aléas croisés de la diplomatie et de la politique économique d'une trentaine d'Etats développés². Mais ce qui surprend davantage est l'éclectisme des formes, allant bien au-delà de la nomenclature des actes figurant dans la charte constitutive de l'organisation. Quelques rappels s'imposent à cet égard.

Si l'on s'en tient à la Convention de Paris, dont nous célébrons l'anniversaire de l'entrée en vigueur, les actes de l'OCDE à portée externe sont de quatre types : les décisions, obligatoires pour les Etats membres (art. 5-a) ; les recommandations, adressées aux Etats membres (art. 5-b) ; les accords avec des Etats ou des organisations internationales (art. 5-c) ; enfin les vœux adressés aux Etats non membres et aux organisations (art. 12). L'on peut alors aisément différencier ce qui relève du registre de l'obligation juridique en droit international public – décisions et accords – et ce qui relève du souhait sans obligation – recommandations et vœux. A ces actes hétéronormateurs, qui doivent tous être adoptés par le Conseil (art. 7), peuvent classiquement être ajoutés ceux relatifs au fonctionnement interne de l'organisation. L'article 9 de la

¹ Voir le site de l'Organisation (www.oecd.org), ainsi que les ouvrages présentant l'ensemble des travaux de l'OCDE : Richard WOODWARD, *The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, Routledge, London / New York, 2009, xx-156 p.

² En passant de 20 à 34, le profil économique et géographique des Etats membres s'est un peu diversifié. Ce sont toutefois encore très majoritairement des pays occidentaux développés.

SFDI - OCDE - JOURNÉE DE PARIS

Convention de Paris permet ainsi au Conseil de créer des organes subsidiaires et l'article 11 prévoit la procédure de nomination des personnels et d'adoption de leur statut. Pour le reste, la théorie des pouvoirs implicites suffit à justifier les multiples actes d'auto-organisation que sont la création d'organes par les organes subsidiaires, les règlements intérieurs, les actes budgétaires, la conclusion de contrats de fourniture et de service.

Le principe de spécialité des compétences des organisations internationales exclut *a priori* l'adoption d'autres types d'actes. Or, l'OCDE semble s'être fait une spécialité de la multiplication des procédés susceptibles d'engendrer des normes. Aux formes susmentionnées, il convient d'ajouter plusieurs autres genres de textes : des déclarations, des projets de convention, des modèles de convention, des interprétations officielles, des guides de bonnes pratiques, des manuels. Sans doute ces textes trouvent-ils habituellement un point d'appui – ou un aboutissement – dans une décision ou une recommandation de l'OCDE, ce qui permet formellement de satisfaire au principe de spécialité. Pour autant, la singularité de ces procédés ne peut être ignorée. Qui plus est, il faut relever que certaines normes, bien qu'adoptées sous la forme d'une recommandation du Conseil, ne sont en réalité pas principalement destinés aux Etats membres mais aux acteurs économiques. Peut-être même faut-il aller encore au-delà et considérer que certaines procédures de suivi, voire certaines procédures d'évaluation, produisent des normes ; la frontière entre la fonction normative et la fonction d'expertise de l'Organisation serait ainsi poreuse.

Comment comprendre une telle diversité ? C'est ici que l'idée de fabrication de normes offre un secours³. Tout d'abord, elle permet d'intégrer pleinement à la réflexion sur la création du droit des actes parfois qualifiés de « pré-normateurs » dans le sens où ils sont préparatoires à l'adoption d'un acte juridique, ou encore où ils sont un élément d'un acte juridique complexe⁴. Il est vrai que les internationalistes, du moins de tradition juridique française, ont plutôt tendance à appréhender la création du droit par la théorie dite des sources formelles et par celle des actes juridiques. Ce faisant, le processus préparatoire tend à être négligé, rejeté dans l'univers peu exploré des sources dites matérielles. Or, l'élaboration de modèles, la fixation d'objectifs, le choix de concepts juridiques à insérer dans le tissu normatif sont des moments de l'élaboration du droit. Les décisions intermédiaires prises à ces différents stades prédéterminent ce que sera le droit positif. L'activité consistant à créer des normes ne nous semble ainsi pas réductible à l'adoption d'actes juridiques ; elle peut être comprise comme un processus impliquant de nombreux acteurs, éventuellement en une pluralité de lieux. Avant d'être ratifiée par la France, mise en œuvre par ses services fiscaux ou invoquée devant ses juges, une convention bilatérale contre la double imposition en matière d'impôts sur le revenu et la fortune aura

³ L'expression est assez répandue dans la doctrine internationaliste anglophone. Par exemple : José ALVAREZ, *International Organizations as Law Makers*, Oxford University Press, Oxford, 2005 ; Alan BOYLE, Christine CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007.

⁴ Jacques DEHAUSSY et Hervé ASCENSIO, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *JurisClasseur Droit international*, 2005, spéc. p. 15 s.

LE POUVOIR NORMATIF DE L'OCDE

été négociée en partant d'un modèle élaboré à l'OCDE et sera probablement appliquée en prenant en considération les commentaires interprétatifs de l'OCDE, tous textes internationaux régulièrement révisés⁵. Si la création du droit est ainsi entendue, il devient souhaitable d'étudier l'ensemble des procédures et méthodes de ce processus, ainsi que le contenu des discussions qu'il provoque.

En second lieu, l'idée de fabrication de normes a pour avantage qu'elle ne présume pas du caractère juridique ou non juridique de la norme. Non pas que la question ne soit pas intéressante, mais cela évite de relancer de prime abord le fameux débat sur le seuil de normativité, sur l'opposition absolue ou relative entre *soft law* et *hard law*⁶. Peut-être faudra-t-il y revenir mais, pour faire avancer la réflexion, il nous semble plus judicieux d'orienter la discussion différemment. Notons d'ailleurs que si les internationalistes ont été précurseurs dans la prise de conscience du phénomène de diversité des formes normatives, la pensée juridique a beaucoup progressé sur cette question⁷. Quant au fameux débat donc, il suffit d'admettre à titre liminaire qu'il existe une forme classique, ou paradigmatique, de droit, associant normativité, obligation et contrainte, et qu'il existe des formes normatives autres, droit pour certains, infra-droit ou simples normes sociales – sous-entendu normes sociales non-juridiques – pour d'autres. Le plus intéressant à observer est que ces formes coexistent et que leur connaissance est utile au juriste. Cela lui est utile, d'une part, car il existe une circulation entre les différents niveaux bien plus variée que le simple durcissement de la norme initialement molle et, d'autre part, car il existe des complexes de normes de différents genres sur des segments d'activité correspondant à des métiers. L'OCDE a ainsi couplé dès 1976 dans le document intitulé « Déclaration et décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales » une déclaration, des décisions et des recommandations aux entreprises multinationales, parce que l'ensemble a une cohérence matérielle et s'adresse à une communauté cohérente de praticiens – diplomates, agents de ministères en charge de l'économie, conseils juridiques, professionnels de l'éthique ou de la conformité en entreprise, syndicats, défenseurs des droits économiques et sociaux.

La difficulté à appréhender le travail réalisé dans le cadre de l'OCDE réside donc dans le double mystère de la diversité de ses domaines d'activité et de la diversité de ses modes de production normative. Compte tenu de cette

⁵ Sous des angles complémentaires : Bernard CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 3^{ème} éd., 2010, p. 12 s. et 297 s., et Thomas DUBUT, « Modélisation des normes et normativité des modèles : le caractère normatif ambivalent du modèle de convention fiscale de l'OCDE en droit international public », *RBDI*, 2009/1, p. 212-239.

⁶ Entre autres références désormais classiques : Oscar SCHACHTER, « The Twilight Existence of Non-Binding Agreements », *AJIL*, 1977, pp. 296-304 ; R.R. BAXTER, « International Law in 'Her Infinite Variety' », *ICLQ*, 1980, pp. 549-566 ; Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 5-47 ; Alain PELLET, « Le bon droit et l'ivraie, plaidoyer pour l'ivraie », *Mélanges Chaumont*, 1984, pp. 465-493 ; Georges ABI-SAAB, « Eloge du 'droit assourdi' ». Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *Mélanges Rigaux*, 1993, pp. 59-69.

⁷ Voir notamment Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, 891 p. ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, 178 p.

SFDI - OCDE - JOURNÉE DE PARIS

diversité, où trouver l'unité d'un « pouvoir normatif » de l'OCDE, pour reprendre l'intitulé de la présente journée d'études ? L'expression même peut surprendre, du moins pour autant qu'elle va au-delà du pouvoir de création du droit conféré à l'Organisation par sa charte constitutive. Mais la doctrine juridique contemporaine admet aisément qu'un organe puisse disposer d'un pouvoir normatif alors même que son activité n'est pas officiellement décrite comme consistant à créer des règles, c'est-à-dire des normes à caractère général. La règle apparaîtra comme le produit d'un processus diffus, tel la jurisprudence, le pouvoir normatif résidant dans la maîtrise du processus par un organe donné⁸. N'en va-t-il pas de même dans le cas de l'OCDE, à travers des méthodes plus inhabituelles ou moins directement liées à la sanction, ou n'occupant qu'une séquence du processus normateur ?

Le doute doit évidemment subsister à l'orée de notre journée d'études, non seulement du point de vue de l'analyse normative mais aussi de l'emprise exercée par l'institution sur ses propres procédures et sur leurs effets. L'OCDE ne fait peut-être, après tout, qu'offrir des services destinés à la production normative des Etats et des professionnels des matières normées. D'où le choix de parler, prudemment, de normes produites « à » l'OCDE plutôt que « par » l'OCDE. En tout cas, l'activité en son sein est révélatrice de nouveaux besoins normatifs provoqués par la mondialisation de l'économie et la diversification des acteurs des relations internationales. Ces évolutions provoquent à l'évidence une forte confusion chez les spécialistes de droit international, qui les pousse à avancer de nouvelles thèses sur la création du droit et à promouvoir de nouvelles approches de la discipline⁹. Sans nécessairement y souscrire, il est loisible de considérer que l'OCDE est un objet d'étude propice à l'examen de certaines hypothèses portant sur la production normative dans un monde globalisé. Deux d'entre elles seront ici explorées : celle de la flexibilité de la norme et celle de la mutation de la normativité.

I. FLEXIBILITÉ DE LA NORME

Selon une définition classique, la norme est un commandement, ou, si l'on intègre le tournant linguistique de la théorie du droit, un énoncé ayant la signification d'une prescription. L'étude de la production de normes à l'OCDE montre que la prescription comme l'énoncé y sont relativisés.

⁸ En ce sens, semble-t-il, le numéro des *Cahiers du Conseil constitutionnel* consacré au « pouvoir normatif du juge constitutionnel » (n°24, juillet 2008).

⁹ Par exemple : Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH et Richard STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, Summer / Autumn 2005, p. 15-61 ; Jan KLABBERS, « Law-making and Constitutionalism » (chapitre 3), in Jan KLABBERS, Anne PETERS, Geir ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 81-125.