

### Partie III : Les difficultés à lever

Chapitre 1 – Entre normes techniques et juridiques : la boîte à outils comme solution au problème de l’interopérabilité ?

Marion LAROUER

*Maître de conférences en droit privé, Université Toulouse Capitole*

À travers les méandres des « *normativités émergentes* »<sup>1</sup>, certains instruments obtiennent plus aisément les faveurs des législateurs. La « boîte à outils » (« *toolbox* ») est assurément l’un d’entre eux. Ni qualifiée formellement de « lignes directrices »<sup>2</sup>, ni de « recommandations », cette modalité d’action publique connaît des applications diverses réfractaires à tout inventaire. Relevant de toute évidence d’une approche plus concrète et opérationnelle que ses homologues précitées empreintes de généralité, les « boîtes à outils » constituent des guides dans l’application des législations ; elles accompagnent utilement la loi dans un souci d’effectivité et d’efficacité<sup>3</sup>. Évoquons au niveau de l’Union européenne la boîte à outils pour la cybersécurité de la 5G en janvier 2020 en réponse à un certain nombre de dangers identifiés<sup>4</sup> ; en 2021, la boîte à outils de connectivité « *contenant les meilleures pratiques pour réduire le coût du déploiement des réseaux de communications électroniques et assurer un accès efficace au spectre radioélectrique 5G* »<sup>5</sup>. La méthode de la *toolbox* n’est d’ailleurs pas l’apanage des institutions européennes. Elle s’observe au sein de différentes organisations internationales telles que le Conseil de l’Europe<sup>6</sup> ou l’ONU<sup>7</sup>.

À propos du portefeuille numérique européen (le « *wallet* »), cette boîte à outils est « *destinée à éviter que des approches divergentes ne soient adoptées, d’une part, et que la future mise en œuvre du cadre européen relatif à une identité numérique ne soit compromise, d’autre part* »<sup>8</sup>. Cette boîte à outils a vocation à offrir une architecture technique et un cadre de référence, un ensemble de normes et spécifications techniques communes, de lignes directrices et les meilleures pratiques « *couvrant au moins tous les aspects des fonctionnalités et de l’interopérabilité des portefeuilles européens d’identité numérique* »<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour reprendre l’expression de K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Éditions Thémis, 2015.

<sup>2</sup> Elles le sont matériellement.

<sup>3</sup> Sur la distinction entre effectivité et efficience, voy. notamment C. MINCK, « Effets, effectivité, efficience, et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* 1998/1, vol. 40, p. 115 : « *Nous retiendrons [...] comme définition de l’effectivité celle de l’utilisation du droit de manière conforme à la volonté du législateur ; utilisation comprise comme la comparaison d’une situation concrète au modèle constitué par la règle de droit. Cette comparaison peut être le fait des assujettis qui veilleront alors à ce que leurs actes soient conformes au modèle, ou des agences chargées spécifiquement de l’application du droit qui conformeront leurs actes au modèle et, ce faisant, pourront, dans certains cas, examiner la conformité des actes des assujetti* ». Quant à l’efficacité, l’auteur indique qu’« *une règle efficace est une règle qui constitue un bon moyen de parvenir aux effets ultimes voulus* ».

<sup>4</sup> *Report on UE coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks*, 9 octobre 2019.

<sup>5</sup> Suivant les termes de la recommandation de la Commission du 18 septembre 2020.

<sup>6</sup> Conseil de l’Europe, *Respecter la démocratie, l’état de droit et les droits de l’homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 Une boîte à outils pour les États membres*, Documents d’information, 7 avril 2020.

<sup>7</sup> ONU, Boîte à outils sur le travail décent pour l’approvisionnement durable.

<sup>8</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 910/2014 *en ce qui concerne l’établissement d’un cadre européen relatif à une identité numérique*, COM 2021/281/ final, 3 juin 2021.

<sup>9</sup> Préc.

L'instauration de la *toolbox* est une réponse directe au constat de la fragmentation du marché unique du numérique. Si cet écueil est déploré de manière générale<sup>10</sup>, elle est soulignée avec force par la Commission en matière d'identité numérique, notamment dans sa recommandation du 3 juin 2021 accompagnant la proposition de règlement. En effet, certains États membres sont en train de se doter de systèmes nationaux d'identité électronique, y compris des portefeuilles numériques<sup>11</sup>. D'autres sont en préparation ou en cours de déploiement par des opérateurs privés<sup>12</sup>. Face à l'absence d'harmonisation de ces systèmes et au risque associé de l'utilisation de solutions nationales divergentes, la boîte à outils est un mécanisme primordial, un « acte d'exécution » de premier plan. D'un point de vue organique, la coordination est de mise entre les experts des États membres au sein du groupe d'experts eIDAS, la Commission et d'autres parties concernées du secteur privé<sup>13</sup>. Le travail de coopération a débuté dès 2021 dans le même temps et en parallèle du processus législatif. Le contenu de la *toolbox* est conçu comme évolutif, façonné dans le plein respect et en prenant compte des résultats du débat et du processus d'adoption du cadre européen d'identité numérique<sup>14</sup>. Quatre dimensions transversales sont alors visées : « *la fourniture et l'échange d'attributs d'identité, la fonctionnalité et la sécurité des portefeuilles numériques européens, le recours au portefeuille d'identité numérique européen, [...] et la gouvernance* »<sup>15</sup>.

Les premières réalisations sont d'ores et déjà observables. En janvier 2023, le groupe d'experts eIDAS a adopté et publié un canevas relatif aux premiers éléments composant la *toolbox*, c'est-à-dire l'architecture et le cadre de référence du « *EUDI wallet* ». L'objectif de ce document (dénommé « *ARF* ») est de « *fournir toutes les spécifications nécessaires pour développer une solution de portefeuille EUDI interopérable basée sur des normes et des pratiques communes* »<sup>16</sup>. Plusieurs cas d'utilisation (« *use cases* ») sous-tendent le développement du portefeuille EUDI afin de fournir ses fonctionnalités de manière efficace et transparente dans tous les États membres, de faciliter la compréhension de l'expérience utilisateur<sup>17</sup>. Des « schémas de service » (« *services blueprints* ») ont été élaborés par le groupe eIDAS pour chaque cas d'utilisation. Ces schémas sont « *des représentations visuelles des différents composants et processus impliqués dans la fourniture d'un service aux utilisateurs et servent d'outil pour identifier les domaines potentiels d'amélioration, optimiser l'expérience de l'utilisateur et rationaliser la fourniture de services. Ces schémas servent ensuite de base à*

---

<sup>10</sup> R. VIOLA, O. BRINGER, « Vers un marché unique numérique : faire de la révolution numérique une opportunité pour l'Europe », *Revue d'économie financière*, 2017/1, n° 125, pp. 239-254.

<sup>11</sup> Notamment l'Estonie, la France (FranceConnect), l'Italie (Système public d'identité digitale, SPID) et Monaco (MConnect).

<sup>12</sup> *Recommandation de la Commission du 3.06.21 sur une boîte à outils commune de l'Union pour une approche coordonnée vers un cadre européen pour une identité numérique*, C(2021) 3968 final, L 210/51, 14 juin 2021, pp. 51-54.

<sup>13</sup> *Recommandation de la Commission du 3.06.21 sur une boîte à outils commune de l'Union pour une approche coordonnée vers un cadre européen pour une identité numérique*, préc.

<sup>14</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 910/2014 en ce qui concerne l'établissement d'un cadre européen relatif à une identité numérique, préc.

<sup>15</sup> *Recommandation de la Commission du 3.06.21 sur une boîte à outils commune de l'Union pour une approche coordonnée vers un cadre européen pour une identité numérique*, préc.

<sup>16</sup> *The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework, European Digital Identity Architecture and Reference Framework*, janvier 2023, version 1.0.0

<sup>17</sup> *The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework, European Digital Identity Architecture and Reference Framework*, avril 2023, version 1.1.0

*l'établissement de règles et de spécifications communes pour tous les cas d'utilisation* »<sup>18</sup>. En avril 2023, ces cas d'utilisation sont précisés : identification et authentification pour l'accès aux services en ligne, permis de conduire mobile. Les versions ultérieures devraient détailler d'autres cas tels que la santé, les titres de formation et qualifications professionnelles, la finance numérique, le titre de voyage numérique<sup>19</sup>.

Ces initiatives devraient être suivies de propositions relatives aux autres composants de la *toolbox*, notamment les normes communes et références techniques. Les domaines concernés sont multiples :

- *« fonctionnalités des utilisateurs des portefeuilles d'identité numérique européens, y compris la signature au moyen de signatures électroniques qualifiées, les interfaces et les protocoles, le niveau d'assurance, la notification des parties utilisatrices et la vérification de leur authenticité,*
- *attestation électronique des attributs*
- *mécanismes de vérification de la validité des attestations électroniques et des données d'identification des personnes associées*
- *certification, publication d'une liste de portefeuilles européens d'identité numérique*
- *communication des failles de sécurité*
- *vérification de l'identité et des attributs [d'identité] par des fournisseurs de confiance [...]*
- *correspondance d'identité,*
- *liste minimale d'attributs provenant de sources authentiques telles que adresses, âge, sexe, état civil, composition de la famille, nationalité, diplômes et qualifications professionnelles, titres et licences, autres permis et données de paiement*
- *catalogue d'attributs et régimes pour l'attestation d'attributs et les procédures de vérification des attestations électroniques qualifiées d'attributs,*
- *la coopération et la gouvernance* »

C'est cette normalisation technique qui est soumise à l'étude. Les normes techniques ont fait l'objet de définitions au niveau interne<sup>20</sup> et européen<sup>21</sup>. Rappelons celle donnée par l'*International Standardization Organization (ISO)* : la norme *« est un document, établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats*

---

<sup>18</sup> *The Common Union Toolbox for a Coordinated Approach Towards a European Digital Identity Framework, European Digital Identity Architecture and Reference Framework*, version 1.1.0 préc.

<sup>19</sup> Préc.

<sup>20</sup> Art. 1<sup>er</sup> du décret n° 84-74 du 26 janvier 1984, révisé par le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation.

<sup>21</sup> Dir. n° 83/89 du 28 mars 1983 *prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques* révisée par la dir. n° 98/34 du 22 juin 1998 (elle-même abrogée et remplacée par la directive n° 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 *prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information*). Depuis, le règlement n° 1025/2012 du 25 octobre 2012 *relatif à la normalisation européenne* indique que la norme consiste en *« une spécification technique, approuvée par un organisme reconnu de normalisation, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire approuvées par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire* ». Elle peut être internationale (adoptée par un organisme international de normalisation), européenne (par un organisme européen de normalisation), harmonisée (sur la base d'une demande formulée par la Commission pour l'application de la législation d'harmonisation de l'Union), nationale (par un organisme national de normalisation).

garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné ». Plus explicitement, ce document est mis au point entre des experts du domaine, qui fournit des recommandations sur la conception, l'utilisation ou la performance des produits, processus, services, systèmes ou personnes<sup>22</sup>. Au niveau européen, la normalisation technique constitue un mode de régulation majeur et plus particulièrement au moyen des organismes européens de normalisation (OEN)<sup>23</sup> et du cas spécifique des normes harmonisées<sup>24</sup>. Pour la Commission, « les normes sont au cœur du marché unique de l'UE »<sup>25</sup>. Plus avant, et dans le domaine numérique, l'aptitude de l'UE à définir des normes internationales qui constituent des références mondiales pour les produits, processus et services numériques forge sa compétitivité en la matière. La Commission projette la mise en place d'un *pôle d'excellence de l'UE en matière de normes* qui « travaillera à l'anticipation des besoins futurs en matière de normalisation, soutiendra les travaux dans les domaines de normalisation prioritaires et assurera le suivi des activités internationales de normalisation ». Concernant les technologies nouvelles et émergentes, l'UE se trouve confrontée à des consortiums privés dotés de structures plus légères et rapides dans l'élaboration de la norme. La normalisation offre un avantage au précurseur, au « premier entrant » et c'est une position de chef de file que l'UE entend occuper<sup>26</sup>. Ceci ne se réalise toutefois pas sans la collaboration des opérateurs du secteur privé, comme l'indique explicitement la Commission dans la recommandation du 3 juin 2021, ainsi que des organismes internationaux de normalisation<sup>27</sup>.

De façon générale, la normalisation technique et son recours par les décideurs publics suscite plusieurs niveaux de réflexions pour le juriste : la normativité dont elle relève et ses rapports avec la norme juridique<sup>28</sup> ; l'élaboration de son contenu et la qualité de ses auteurs ; les attributs même de la norme technique ; ses champs d'application et ses effets. Notons que ces questionnements sont dépendants de la perspective adoptée, celle du système juridique. Ils n'ont ainsi lieu d'être en dehors de ce cadre. À moins qu'elle ne contrevienne à une règle juridique, la norme technique vit de façon générale sans l'intervention de la norme juridique. Pour ce qui est de sa propre élaboration et mise en œuvre, elle ignore les ambitions conférées par la théorie générale à la règle de droit. Enfin presque. À tout le moins, ces normes techniques devraient respecter, en sus de la réglementation, les valeurs et principes de l'Union<sup>29</sup>, En matière de droit économique<sup>30</sup>, la perméabilité des normativités – ici technique et juridique – est à la fois

---

<sup>22</sup> <https://www.iso.org/>

<sup>23</sup> Comité européen de normalisation (CEN), Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC), Institut européen de normalisation des télécommunications (ETSI). Voy. Règlement n° 1025/2012 du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, JOUE, n° L 316, 14 novembre 2012, p. 12.

<sup>24</sup> A. VAN WAAYENBERGE, « La normalisation technique en Europe, L'empire (du droit) contre-attaque », *RIDE* 2018/3, t. 32, p. 305.

<sup>25</sup> Communication de la Commission, *Une stratégie de l'UE en matière de normalisation, Définir des normes mondiales à l'appui d'un marché unique européen résilient, vert et numérique*, 2 février 2022, COM(2022) 31 final.

<sup>26</sup> Communication de la Commission, *Une stratégie de l'UE en matière de normalisation, Définir des normes mondiales à l'appui d'un marché unique européen résilient, vert et numérique*, préc., p. 2.

<sup>27</sup> Comme l'ISO précitée dans les secteurs économique, industriel et technologique ; la Commission électrotechnique internationale (CEI) dans le domaine électrique ; l'Union Internationale des Télécommunications (UIT).

<sup>28</sup> L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », in *La normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007.

<sup>29</sup> Communication de la Commission, *Une stratégie de l'UE en matière de normalisation, Définir des normes mondiales à l'appui d'un marché unique européen résilient, vert et numérique*, préc.

<sup>30</sup> G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Seuil, 1998.

inexorable et raisonnable. Plus globalement, l’immixtion d’un certain nombre de « parties prenantes » – et au premier chef les entreprises privées – dans la production normative redistribue les frontières assignées à chacun des ordres, technique, juridique, éthique, professionnel... Les phénomènes d’auto-régulation et de corégulation<sup>31</sup> sont susceptibles de moduler la nature des effets que les normes produisent. Une norme technique peut-elle donner lieu à des effets que nous identifions comme juridique ? (Effectivité, effets à l’égard des règles dites de droit dur, harmonisation, législation privée)<sup>32</sup>. Surtout, une telle analyse est-elle primordiale ? Elle l’est assurément. Les normes « invisibilisées » – parce que ne répondant pas aux critères traditionnels de la règle de droit – ne devraient avoir libre cours dans le système. Le risque est de masquer ses évolutions (polycentricité<sup>33</sup>), de soustraire certains standards auxquels vont répondre les produits et services numériques (et ainsi de pratiques) à la prééminence de nos normes fondamentales.

Le modèle de la boîte à outils est utilisé par les institutions en contrepoint des législations primaire et secondaire. Ce circuit de production de normes œuvrant en parallèle des actes juridiques européens<sup>34</sup> poursuit un objectif particulier, celui d’implémenter le portefeuille européen d’identité numérique. Garantir la pleine interopérabilité et un niveau de sécurité élevé est une finalité maintes fois soulignée par la proposition de règlement du 3 juin 2021. Le recours à des normes communes est le moyen visé pour parvenir à cette tâche.

Les réflexions généralement associées à la normalisation technique peuvent apporter un éclairage sur la nature et les effets des normes auxquelles la proposition de règlement fait spécialement référence. À notre sens, la notion de droit souple<sup>35</sup> constitue à cet égard un champ d’analyse précieux et transposable, pour une bonne part, à notre objet.

Plus précisément, la conception « juridique » des normes techniques s’appuie sur leur nature complémentaire vis-à-vis de la règle de droit. Elles peuvent être qualifiées de normes « alternatives », analysées de ce point de vue comme « *solution de remplacement du droit étatique* » élaborée par des acteurs privés, soit pour le suppléer, soit pour l’éviter<sup>36</sup>. Outre leurs fonctions singulières (I), les normes techniques disposent de caractères traduisant toute leur opportunité. Par contraste avec ceux que revêt la règle de droit, ces caractères sont conçus comme autant d’atouts pour une implémentation optimale du portefeuille numérique européen (II).

## **I. Les normes techniques, outil d’implémentation du portefeuille européen d’identité numérique**

---

<sup>31</sup> K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme, Les normes émergentes de la mondialisation*, préc., p.766 et s.

<sup>32</sup> Par analogie avec les normes de droit souple et plus particulièrement les codes de conduite, voy. M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2018, p. 286 et s.

<sup>33</sup> Voy. A.-J. ARNAUD, « Polycentricité », in *Dictionnaire de la globalisation*, A.-J. ARNAUD (dir.), LGDJ, 2010, spéc. p. 409 : « *De nombreuses difficultés naissent de la reconnaissance de cette dispersion des sources de la décision juridique [...]. Comment, en effet, gérer [...] des règles de droit dont on ne saurait pas sûrement de quelle source elles sont issues, quelle est leur légitimité, quelle est leur légalité, d’où tirent-elles leur force ?* ».

<sup>34</sup> Art. 288 TFUE.

<sup>35</sup> Sur la notion, voy. S. CASSELLA, V. LASSERRE, B. LECOURT (dir.), *Le droit souple démasqué, Articulation des normes privées, publiques et internationales*, Pedone, Colloque, 2018 ; Conseil d’État, *Le droit souple, Étude annuelle 2013*, La documentation Française ; *Le droit souple*, Journées nationales, Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, Association Henri Capitant, Dalloz, 2009.

<sup>36</sup> K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, préc., p. 759.

La mondialisation du droit a contribué à faire surgir un certain nombre de règles élaborées par les opérateurs économiques, pour eux-mêmes<sup>37</sup>. Parmi elles, les normes techniques ont intégré le champ juridique en régulant certains pans de l'économie, dont celui du numérique qui constitue un enjeu majeur pour l'Union européenne<sup>38</sup>. L'essor de la normalisation<sup>39</sup> relève d'un maillage de fonctions qui, d'une part, sont propres à son objet (A) et, d'autre part, s'exercent vis-à-vis du droit étatique (B).

### A. Les fonctions propres à l'objet de la norme technique

La norme technique est un « *modèle de conduite à portée générale* »<sup>40</sup>. Elle saisit dans ce cadre de multiples aspects de la pratique des entreprises : produits, procédés de fabrication et de services. La normalisation est conçue comme un outil, en particulier de la construction européenne vis-à-vis de l'économie industrielle ; de façon globale, au service de la qualité et de la sécurité des biens échangés<sup>41</sup>.

L'émergence de la normalisation technique et son essor relèvent de causes bien identifiées : la division technique du travail développée au cours des années 80 « *démultiplie les problèmes d'interface entre les nombreuses opérations allant de la matière première au produit fini et [...] rend plus difficile la vérification de la qualité des produits et des services* ». S'ajoutent à ceci l'externalisation et le fonctionnement par réseau des activités économiques conduisant à un accroissement des relations inter-firmes basées sur la coopération. Les normes techniques ont été élaborées dans un premier temps par l'État sous la forme de normes obligatoires de sécurité. Aujourd'hui libéralisées, elles contribuent à la concurrence économique, constituent un facteur de compétitivité, de transparence sur le marché, d'amélioration des biens et des services<sup>42</sup>.

La première fonction de la normalisation a été de simplifier la production industrielle et de permettre l'interchangeabilité et la compatibilité des produits. Se sont ajoutés depuis (et sans exhaustivité) : la promotion de la qualité des produits, la protection de l'environnement<sup>43</sup>, le développement de la Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)<sup>44</sup>, l'éthique de l'intelligence artificielle<sup>45</sup>. Il s'agit schématiquement de mettre en place des systèmes de management ainsi que des mécanismes de certification pour attester de la conformité à la norme concernée.

Parallèlement à ces fonctions dérivant de l'objet même de la norme, d'autres rôles sont assurés par la normalisation technique. Ils sont mis en évidence lorsqu'il s'agit de positionner un type de normativité par rapport à l'autre, d'identifier la place que chacun occupe au sein du système juridique. La normalisation technique a alors pour avantage de pallier les limites que présente

---

<sup>37</sup> J. CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, CH.-A. MORAND (dir.), Bruylant, 2001, p. 37.

<sup>38</sup> Voy. *2030 Digital Compass : the European way for the Digital Decade*, 9 mars 2021.

<sup>39</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique, Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 210.

<sup>40</sup> K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, préc., p. 773.

<sup>41</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique, Le droit de la gouvernance*, préc., p. 225.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Norme ISO 14001, Management environnemental ; Système européen de management environnemental et d'audit (EMAS).

<sup>44</sup> ISO 26000, Responsabilité sociétale. En matière de *reporting* extrafinancier : norme AA 1000APS(2008) 40, GRI et dernièrement normes IRFS, ESRS.

<sup>45</sup> Normes IEEE : norme sociotechniques internationales relatives à l'éthique et à la gouvernance de l'IA.

le droit dur en tant que mode de régulation sociale<sup>46</sup>. Fixer des standards techniques dépourvus des caractères d'obligatorité<sup>47</sup> et de contrainte est justement ce que les règles de droit ne permettent pas de faire en raison de leur nature.

## B. Les fonctions de la norme technique vis-à-vis du droit étatique

Dans ce contexte, les normes techniques peuvent virtuellement accomplir trois fonctions principales vis-à-vis du droit étatique. L'étude du phénomène de globalisation du droit<sup>48</sup>, de ses différentes textures<sup>49</sup>, a notamment permis de les mettre en lumière. Plus précisément, l'émergence du droit souple dans la sphère internationale et sa propagation au sein du droit interne a remodelé la place de l'État dans la régulation sociale contemporaine<sup>50</sup>. La règle de droit, obligatoire et sanctionnée (et de la même manière l'acteur étatique en tant que pôle producteur) se voit ainsi, suivant les circonstances, relayée, supplée ou supplantée.

Concevoir la norme technique comme un relais de la réglementation implique, en termes de hiérarchie, qu'elle se situe au-dessous de celle-ci. Elle n'est ni en marge du système juridique, ni contre lui<sup>51</sup>. Matériellement parlant, il est question notamment de permettre aux « *pouvoirs publics de ne pas rentrer dans un trop grand degré de détail et de confier l'élaboration des spécifications techniques de la mise en oeuvre du droit dur aux acteurs concernés, tout en gardant la maîtrise de la définition des exigences essentielles* »<sup>52</sup>. Cette forme de « délégation » est faite sienne par la Commission européenne lorsque la structuration technique du portefeuille numérique européen est confiée précisément aux opérateurs privés de normalisation. Si l'objectif est une réception et adhésion optimale des normes, la souplesse en constituerait le moyen le plus efficace<sup>53</sup>. Elle est celle offerte aux États membres qui vont souscrire aux normes et aux entreprises chargées de construire le *wallet*.

Cette flexibilité recherchée au niveau du recours même à la norme et de son application rapproche sans aucun doute les fonctions « relais » et « suppléance ». Lorsque le droit dur est relayé par la norme technique, il est accompagné dans sa mise en œuvre, il y a une sorte de *continuum* entre les deux types de normes. L'une succède à l'autre dans la mesure où cette combinaison sert l'effectivité du mécanisme – pour notre part, l'interopérabilité des différents *wallets* élaborés par les États membres. En revanche, suppléer la norme juridique implique que le standard technique est préféré à la norme juridique. En généralisant sur le plan du droit souple, la norme se suffirait à elle-même en raison du domaine concerné, que ce soit la santé,

---

<sup>46</sup> J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001, n° 49, p. 827, spéc. p. 830 ; P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », in *Définir le droit*, 1, Droits, 1989, n° 10, p. 7.

<sup>47</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

<sup>48</sup> E. LOQUIN, C. KESSEDIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, coll. Travaux du CREDIMI, 2000 ; C. BRICTEUX, B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, Bruylant, 2017.

<sup>49</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

<sup>50</sup> A.-J. ARNAUD, « La régulation par le droit en contexte globalisé », in *Les métamorphoses de la régulation politique*, J. COMMALE, B. JOBERT (dir.), LGDJ, 1999, p. 147.

<sup>51</sup> A.-J. ARNAUD, « La régulation par le droit en contexte globalisé », in *Les métamorphoses de la régulation politique*, préc., p. 151.

<sup>52</sup> Fonction assignée au droit souple de façon générale par le Conseil, d'État, voy. , *Le droit souple, Étude annuelle 2013*, préc., p. 97.

<sup>53</sup> Voy. *infra*.

l'économie ou internet. Elle est une « *alternative pérenne au droit dur* »<sup>54</sup>. Déterminer la part de chacune de ces utilités attribuées au portefeuille numérique européen apparaît bien malcommode. La complémentarité des normes technique et juridique est un rapport complexe, oscillant entre subsidiarité de la première et reflux de la seconde.

Quant à supplanter la législation, l'horizon des événements n'en offre aucunes prémices. Bien qu'appelée de tous ses vœux par le législateur européen, les normes techniques ne forment pas pour autant un terrain particulièrement fertile au développement de cette fonction. Remarquons que dans le domaine numérique une forme d'autorégulation s'exerce – spécialement en matière d'intelligence artificielle<sup>55</sup> – mais c'est bien davantage une démarche de corégulation qui est privilégiée ici.

Lorsqu'elles sont soumises à analyse juridique, les normes techniques sont appréhendées à l'aune des caractéristiques de la règle juridique entendue dans son acception la plus traditionnelle. Ceci vaut pour leur utilité à l'égard du système juridique mais également pour leurs caractères. Ceux-ci sont alors qualifiés d'atouts face aux limites que présente le droit étatique au regard des spécificités du droit économique et de la régulation du secteur du numérique.

## **II. Les normes techniques, outil adapté d'implémentation du portefeuille européen d'identité numérique**

C'est à plusieurs échelles que les caractères des normes techniques déploient leurs effets. C'est à celle des destinataires et de la réception faite des règles mais aussi à celle du système juridique et des qualités qu'elles manifestent en son sein.

*Adhésion.* L'élaboration et l'application des normes techniques composant la *toolbox* agrègent autour d'elle tout un ensemble d'acteurs de nature différente et poursuivant des visées distinctes suivant les circonstances. Plus précisément, au stade de la création de ces normes, tant les États membres que des organisations privées ou de normalisation sont appelés à participer. De créateurs, les États membres sont aussi qualifiables de destinataires dans la mesure où ils sont censés y adhérer par la suite. Quant à la fabrication même du portefeuille numérique européen, d'autres entités privées entrent dans l'arène, revêtant de façon plutôt indirecte la qualité de récepteurs de la norme. La mise en œuvre du *wallet* leur est dévolue ; peut-être devront-elles interpréter les normes techniques, les ajuster, voire les corriger pour assurer la fabrication du produit et son bon fonctionnement. Dans ce contexte, l'adhésion à la norme est capitale. Elle contribue sans aucun doute à sa légitimité<sup>56</sup>. Surtout, comme toute norme de droit souple, c'est cette adhésion (supposée ou véritable) qui emporte les effets que ces normes

---

<sup>54</sup> Conseil d'État, *Le droit souple, Étude annuelle 2013*, préc., p. 100.

<sup>55</sup> Voy. *The Frontier Model Forum* associant Anthropic, Google, Microsoft et Open AI. Lancé le 26 juillet 2023, il s'agit pour les constructeurs de « *promouvoir le développement responsable et sécurisé* » des technologies d'intelligence artificielle. L'ambition est de faire progresser la recherche sur la sécurité de l'IA, identifier les meilleures pratiques et normes, et faciliter le partage d'informations entre les décideurs politiques et l'industrie. Voy. pour une initiative antérieure, *The Partnership on AI* (2016).

<sup>56</sup> Voy. *infra*.



peuvent produire et qui fonde de façon corrélatrice leur raison d'être<sup>57</sup>. Dépouillées des caractères obligatoire et contraignant pour l'heure<sup>58</sup>, les normes techniques ici considérées n'existent que parce qu'elles ont vocation à être appliquées. Leur normativité, en tant qu'instruments non impératifs, « réside alors dans [leur] capacité à emporter l'adhésion »<sup>59</sup>. Ce qui peut être perçu comme une faiblesse normative peut se montrer particulièrement puissant<sup>60</sup>. La propension d'une norme technique à incarner un véritable standard, une référence en la matière joue pleinement en faveur de son adhésion. Le Conseil d'État relève en 2013 que « la normalisation technique est sans doute le modèle le plus abouti de droit souple ayant acquis une valeur de référence, à tel point qu'il est l'instrument de la standardisation des produits ou des services fournis par les entreprises »<sup>61</sup>. Concernant les normes et références communes de la boîte à outils proposée, leur légitimité est au centre de leur aptitude à revêtir une telle valeur<sup>62</sup>.

*Effectivité.* De l'adhésion devrait naître l'effectivité. Celle-ci ne dépend pas en effet de la juridicité de la norme<sup>63</sup>. Pour F. Ost et M. van de Kerchove, « est effective la règle utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique »<sup>64</sup>. Ce caractère est essentiel puisqu'elle commande la qualité de l'implémentation du portefeuille numérique européen. Sans les normes techniques, l'interopérabilité est compromise et ultimement le bénéfice même du mécanisme du *wallet*. L'effectivité est ainsi l'objectif des normes dites « alternatives » qui doivent être claires et adaptables<sup>65</sup>. L'utilité même de la norme de droit souple résulte de cet aspect<sup>66</sup>.

Concernant à la mesure de l'effectivité, elle s'avère complexe et exige le recours aux méthodes de sciences sociales<sup>67</sup>. Le droit souple pâtit de façon générale d'un tel manque. La mesure de sa réception effective constituerait « un phénomène sociologique largement inconnu »<sup>68</sup>. Des mécanismes de suivi sont dès lors mis en place afin de contrôler l'application des normes par les destinataires ainsi que des recours en cas de manquement<sup>69</sup>. L'instauration de ce genre de règles génère de manière systématique la création et mise en œuvre de procédures d'évaluation et de certification.

L'adhésion à la norme (technique ou sociale) par les destinataires est conçue comme volontaire, ce qui ne signifie pas à notre sens qu'elle soit totalement spontanée, sans influence et contrainte

---

<sup>57</sup> J. CAZALA, « Le soft law international : entre inspiration et aspiration », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Normes internationales et constitutionnelles, I. HACHEZ et alii (dir.), Anthémis, Université Saint-Louis Bruxelles, 2013, p. 17, spéc. p. 21.

<sup>58</sup> Dans l'expectative des actes d'exécution de la Commission.

<sup>59</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2011, p. 250.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, préc., p. 105.

<sup>62</sup> *Voy. infra.*

<sup>63</sup> K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, préc., p. 826.

<sup>64</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, pp. 329-330.

<sup>65</sup> K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, préc., p. 825.

<sup>66</sup> Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, préc., p. 97.

<sup>67</sup> F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p. 126, spéc. p. 135.

<sup>68</sup> C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », in *Le droit souple, Journées nationales, Tome XIII/Boulogne-sur-Mer*, Association Henri Capitant, Dalloz, 2009, n° 12, p. 106.

<sup>69</sup> K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, préc., p. 826.

masquée. La collaboration requise des États membres par la Commission dans la constitution et l'application de la boîte à outils est empreinte d'obligatorité. Il est de l'intérêt des États membres de suivre les préconisations formulées qui s'apparentent à des prescriptions habillées d'un registre normatif recommandatoire<sup>70</sup>. Œuvrer à l'accomplissement de la *toolbox* confère aux États membres une sorte de visa de conformité.

*Légitimité.* La norme juridique est légitime dans la mesure où elle est établie par la loi, conforme à celle-ci, juste<sup>71</sup>. La normalisation technique possède de son côté une légitimité technique en étant un « *facteur de convergence des experts, donc de crédibilité des savoirs et de lisibilité de la connaissance* »<sup>72</sup>. Face au système juridique, ce caractère est discuté, notamment lorsque ce type de production normative est laissé aux mains d'intérêts privés<sup>73</sup>. La légitimation des normes techniques dépend alors pour une part du consensus dont elle est entourée au moment de son élaboration et de la nature de leurs auteurs. La concertation est essentielle, l'implication et la représentativité des acteurs concernés participent de la solidité de la norme<sup>74</sup>. Pour une autre part, c'est la protection d'intérêts généraux ou supérieurs (santé, sécurité, environnement, consommateurs) qui rend la norme technique légitime. Celle-ci participerait à une « *"constitutionnalisation" des valeurs fondant les espaces socio-économiques* » et contribuerait à la construction et à la cohésion du système juridique<sup>75</sup>. Pour autant, un contrôle démocratique serait nécessaire « *en termes d'ouverture des débats, de clarté et de qualité de la norme, d'informations des citoyens, de rôle des représentants des intérêts non marchands, de contrôle des expertises, de renforcement des expertises publiques et de publication des normes* »<sup>76</sup>. Les conditions d'élaboration des normes techniques offertes par la boîte à outils sont alors décisives pour leur légitimité, effectivité et pérennité du mécanisme même du portefeuille numérique européen.

L'internormativité<sup>77</sup> des normes techniques perturbe la lisibilité de l'ordonnement juridique et souvent ce « *désordre* »<sup>78</sup> est résolu par leur absorption par le système<sup>79</sup>. Concevoir la normalisation comme une source du droit parmi d'autres au lieu et place d'une vision fondée sur la réception permettrait davantage de contrôle quant à leur conformité aux droits fondamentaux, leur légitimité démocratique, la nature de leurs effets et les dangers associés<sup>80</sup>.

---

<sup>70</sup> Sur les registres du normatif, voy. C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », in *Le droit souple, Journées nationales, Tome XIII/Boulogne-sur-Mer*, Association Henri Capitant, Dalloz, 2009, p. 141, spéc. p. 155.

<sup>71</sup> F. JAVIER DE LUCAS, « Légitimité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (dir.), LGDJ, 1993, p. 343, spéc. p. 343.

<sup>72</sup> D. BOURCIER, M. DE BONIS, *Les paradoxes de l'expertise, Savoir ou juger*, Empêcheurs de penser en rond, 1999, p. 89.

<sup>73</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique, Le droit de la gouvernance*, préc., p. 352.

<sup>74</sup> Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, préc., p. 121 ;

<sup>75</sup> L. BOY, « Normes techniques et normes juridiques », préc.

<sup>76</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique, Le droit de la gouvernance*, préc., p. 275.

<sup>77</sup> K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, préc., p. 796 : l'internormativité « *suppose un rapport, une relation, voire, dans le meilleur des cas, un dialogue entre des ordres juridiques ou normatifs. Ces rapports, pour exister, supposent naturellement l'existence d'au moins deux ordres* ».

<sup>78</sup> Voy. sur ce désordre normatif, A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 147 et s. ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur le désordre juridique français », in *Une certaine idée du droit, Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 405 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, 1988.

<sup>79</sup> K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, préc., p. 838.

<sup>80</sup> V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique, Le droit de la gouvernance*, préc., p. 275.

| La coopération interétatique, le partenariats publics/privés incités par la Commission concourent à un mouvement de corégulation salutare, au bénéfice de l'équilibre des pouvoirs en présence.