

La codification du droit de l'Union Européenne

Sylvaine Peruzzetto

Il était une fois un Petit Prince qui habitait une planète isolée. Il était une fois un petit prince qui, pour que sa rose puisse vivre et prospérer, jardinait sans cesse : il arrachait les baobabs, labourait la terre, l'ordonnait autour de sa rose pour qu'elle y puise ses ressources nécessaires. Il avait à cœur ce Petit Prince de maintenir la vie de sa rose et de maintenir l'ordre autour de sa rose. Il aimait la symétrie entre la rose et son ombre sur la terre ; il admirait le jeu entre la ligne verticale de la rose et la ligne d'horizon.

Il était une fois un Petit Prince qui découvrit l'existence d'autres planètes. Il comprit que celles-ci, avec sa planète, formaient un tout. Il comprit qu'à son ordre interne auquel il travaillait chaque jour, se superposait un ordre capable d'engendrer sur sa planète des variétés inconnues. Etonné par la découverte de ce monde devenu soudain immense, il se dit qu'il y avait peut-être quelque part un jardinier qui travaillait à la fois à enlever les mauvaises herbes et à dessiner un ordre d'ensemble. Mais comment alors faisait ce jardinier pour que la ligne de sa rose s'inscrive dans l'harmonie d'ensemble ? Et comment ferait-il lui-même pour que les variétés nouvelles laissent prospérer sa rose ?

Il était une fois un petit Prince qui, après avoir rencontré la planète de l'allumeur de réverbères, découvrit dans ce grand monde une planète très verte, où des jonquilles poussaient çà et là, où des massifs de rhododendrons aux vives couleurs fleurissaient au beau milieu des pelouses. Imaginons qu'arrivant à l'heure sacrée du thé, il prenne le temps de méditer sur cette planète étrange où les jardiniers semblaient oublier les symétries et les massifs bien dessinés, mais où, il fallait bien le reconnaître l'harmonie d'ensemble était sauve. Y aurait-il donc une autre manière de jardiner ?

Confrontés à la question de la codification du droit de l'Union européenne, les jardiniers du droit que nous sommes et les petits princes que nous restons rencontrent ces mêmes interrogations .

Jardinier du droit ? Il nous semble en effet que le travail de codification ressemble étrangement à la tâche du jardinier. Non pas seulement du fait du mot latin "caudex", qui signifie le tronc d'arbre et qui renvoie au support d'écriture⁽¹⁾, mais du fait de la méthode mise en oeuvre dans l'activité de codification : il s'agit bien d'une "mise en ordre des normes", qui devrait conduire à une "simplification" ⁽²⁾. Et la mise en ordre répond à l'idée de système⁽³⁾. La mise en ordre des normes suppose premièrement que l'on choisisse des critères pour opérer ce rangement, elle suppose deuxièmement que l'on délimite l'ensemble des normes à classer à partir d'un objectif préalablement établi, elle suppose enfin que l'on prenne en compte la nature des normes en droit. En effet, la norme juridique est déjà une représentation de la réalité, transposée dans la sphère juridique ; en ce sens, la norme juridique est déjà un code au même titre que l'on parle du code de la langue ou du langage informatique ; et l'on peut même aller plus loin puisque la règle juridique est exprimée par la langue, elle est un code qui utilise pour son expression un autre code ; il en résulte que la codification est l'organisation de ce code qui aboutit éventuellement à un code du type des petits livres rouges bien

⁽¹⁾Dictionnaire historique de la langue française, A. REY ⁽¹⁾

⁽²⁾ ⁽²⁾cinquième rapport annuel de la commission supérieure de codification ⁽²⁾

⁽³⁾En ce sens la constitution de systèmes de règles de droit pour un domaine donné, sens second du mot code, qui n'est donc plus seulement le support mais la manière d'organiser le contenu du support, répond à la notion de code dans d'autres disciplines que le droit : système de préceptes, système de symboles ou de signes et de règles combinatoire en linguistique, système de symboles permettant d'interpréter, de transmettre un message, de représenter une information ou des données avec les codes de signaux, systèmes de mécanismes grâce auxquels l'information génétique est inscrite dans les molécules d'ADN, transcrite en ARN messagers d'abord, en protéines ensuite, en génétique, combinaisons alphanumériques en informatique.

connus des juristes français : la codification serait ainsi le codage du code, la représentation de la représentation .

Codifier est donc un peu comme jardiner puisqu'il s'agit de mettre en ordre un espace préalablement délimité, d'y maîtriser le foisonnement naturel. Comme le jardinier peut se contenter de mettre en ordre son jardin, en enlevant les mauvaises herbes et en composant des massifs avec les essences existantes, le codificateur peut codifier à droit constant sans modifier les règles et sans en ajouter. Mais le jardinier comme le codificateur peuvent profiter de la tâche pour ajouter des règles ou espèces nouvelles , ou pour modifier les espèces existantes. Il y a alors création en sus. Mais codifier à droit constant, c'est à dire donner une représentation nouvelle des normes juridiques n'est-ce pas non plus créer ? La délimitation n'est pas innocente, tout comme n'est pas innocent le choix du critère de mise en ordre.

Enfin, la codification relève du jardinage car outre cette mise en ordre, la codification nécessite une anticipation sur l'avenir : il faut que dans les massifs dessinés les évolutions futures s'intègrent, que le jardin soit harmonieux à toutes les saisons, qu'aux jonquilles succèdent les tulipes puis les iris, puis les roses de l'été avant le floraison des perces neige et des roses de Noël ; il faut que la codification, qui marque un arrêt dans le temps offre pareillement des structures capables de recevoir les évolutions du droit.

Si donc nous sommes comme le Petit Prince des jardiniers, la question de la codification du droit de l'Union suscite une série d'interrogations :

- comment faire face au foisonnement du droit communautaire, à une profusion de textes dans des domaines de plus en plus variés?
- comment jardiner et donner une cohérence à l'ensemble alors que chaque jardin a sa propre harmonie ? Faut-il jardiner l'ensemble en adoptant le seul point de vue de Bruxelles-tour ou faut-il jardiner chaque parcelle en adoptant le point de vue de Paris, de Bonn, de Rome ,de Bruxelles-ville , de Luxembourg, d'Amsterdam, de Londres, de Dublin, de Copenhague, d'Athènes, de Madrid, de Lisbonne, de Stockholm, d'Helsinki, de Vienne ? Faut-il codifier de Bruxelles le seul droit communautaire en adoptant un ordre propre ou faut-il laisser les jardiniers nationaux, ou du moins ceux qui le veulent et en éprouvent le besoin, intégrer dans leurs massifs déjà dessinés les roses et les baobabs importés de Bruxelles, intégrer dans leur codification éventuelle les dispositions communautaires ?
- comment jardiner alors que le jardin de l'Union est composé de jardins à la française et de jardins à l'anglaise, sans compter les baroques jardins italiens ?

En fait, si la codification du droit de l'Union conduit à des difficultés spécifiques , lorsque se posent les questions propres à toute opération de codification, et en particulier les questions "qui codifie?", "que codifie-t-on?" "comment codifie-t-on ?", c'est parce que s'il y a une Union, il y a dans cette Union non pas un droit mais des droits : coexistent dans l'Union 15 droits nationaux, lesquels sont par leur origine soit purement nationaux, soit communautaires.

L'on pourrait pour contourner cette difficulté opérer un partage du travail et considérer que chaque Etat travaille à la codification de son droit interne et les instances communautaires à celle du droit communautaire.

Mais tout d'abord si cette solution permet de répondre aux questions qui et quoi, il reste à se demander comment les organes communautaires pourraient codifier, sachant que les méthodes nationales divergent ? Evidemment la tentation est grande de songer à une méthode qui serait purement communautaire, sans liens avec les méthodes nationales.

Mais surtout, la difficulté résulte dans le fait que le droit communautaire , s'il constitue un ordre juridique autonome n'existe cependant pas sans le support des Etats : il se bouture en quelque sorte sur les systèmes nationaux et devient finalement droit national au point que l'on oublie parfois sa source communautaire . Dès lors l'on pourrait se dire que puisque le droit communautaire devient national en s'infiltrant dans les branches des droits nationaux, il suffit que les Etats codifient leur droit national enrichi par le droit communautaire en utilisant leur propre méthode de codification.

Mais décidément, les choses ne sont pas si simples car le droit communautaire lui-même nécessite

un toilettage perpétuel du fait à la fois du foisonnement des textes qui touchent aujourd'hui à quasiment tous les domaines et du fait des continuelles adaptations des textes à l'évolution du contexte, comme la chute du mur de Berlin ou l'arrivée de nouveaux Etats. Or, les Etats n'ont pas la maîtrise des sources, de même qu'ils n'ont pas la maîtrise de la machine qui produit ces normes : leur action ne peut donc être que seconde alors que, comme en matière d'environnement, une action à la source serait efficace.

Par ailleurs, si le droit communautaire vient se greffer sur des concepts nationaux existant, comme par exemple en matière de droit de la consommation, de droit de la concurrence, de droit des sociétés, il génère des concepts nouveaux purement communautaires qui n'ont pas de place a priori dans les systèmes nationaux, comme par exemple les fameuses grandes libertés.

Puisque la spécificité de la question de la codification du droit de l'Union résulte de la dualité des sources liée à une infiltration des règles communautaires dans les systèmes nationaux, la démarche de la codification passant par les questions qui, quoi, comment, nécessite de distinguer deux points de vue complémentaires : le point de vue communautaire qui ne s'intéressera qu'au droit communautaire, c'est à dire le droit conçu par l'Union, le point de vue des Etats qui n'appréhenderont que leur droit national infiltré de droit communautaire, c'est à dire le droit revu par l'Union. Selon que le périmètre de la codification sera le droit conçu par l'Union ou le droit revu par l'Union, la codification se présentera différemment.

Le Petit Prince qui cherchait à préserver sa rose et l'ordre autour de sa rose se mit ainsi en route, à la recherche du grand secret. Suivons-le dans son voyage et voyons comment aux jardiniers du monde il posa la question de la codification du droit conçu par l'Union, et comment, à la question de la codification du droit revu par l'Union, sa rose lui donna une leçon.

I La codification et le droit conçu par l'Union (ou la visite des jardiniers)

Si la recherche se limite au sort du droit conçu par l'Union, et fait abstraction du droit national dans lequel il s'insère, c'est du côté des instances communautaires qu'il paraît a priori opportun de se tourner dès lors que ces instances contrôlent, ou devraient contrôler, la production des normes et qu'elles contrôlent, ou devraient contrôler leur mise en oeuvre, même si l'incidence grandissante du droit communautaire conduit l'ensemble des juristes, à s'intéresser à la prolifération de ces normes et à leur nécessaire maîtrise.

Le Petit Prince alla donc voir d'abord le grand jardinier de l'Union qui lui donnerait, il en était convaincu, le secret de la codification.

Celui-ci le reçut du haut d'une tour et le Petit Prince ne put s'empêcher de penser qu'il devait être bien difficile de jardiner quand on se trouve si loin du sol. Mais ce jardinier était puissant et sans doute avait-il des pouvoirs particuliers qui lui permettaient de dépasser cet obstacle.

Il lui posa alors la cruciale question : "s'il te plaît, dessine moi un code de l'Union ?" . Le jardinier prit son crayon et le Petit Prince fut tout joyeux de se voir compris, jardiner semblait ici aussi une importante préoccupation.

Mais le jardinier, sur la feuille de papier, dessina une série de petites boîtes toutes différentes les unes des autres.

Le Petit Prince comprit qu'à l'unité sur le principe même d'une codification, répondait une diversité quant à la méthode de codification .

A L'unité sur le principe

La codification du droit conçu par l'Union pose une question préalable sur le principe même d'une codification à l'échelle communautaire. En effet, si l'Union est comme son nom l'indique l'Union des Etats, encore faut-il qu'il y ait convergence sur le principe même d'une codification. Or, si la question de la codification ne heurte guère le juriste français, voire le juriste continental, il n'en est pas de

même du juriste anglais qui ne verra pas l'opportunité de la démarche.

Comme le Petit Prince avait été surpris par l'absence d'ordre apparent des jardins anglais, le juriste continental qui réfléchit au principe même d'une codification du droit de l'Union, peut voir dans cette différence culturelle un obstacle de taille à l'idée de codification.

En fait aux oppositions premières, il apparaît bien vite que les méthodes sont finalement voisines.

Il n'existe pas il est vrai dans la common law des codes à l'instar de notre code civil.

Et pour cause, la common law, on le sait, est un droit essentiellement jurisprudentiel. La common law est l'ensemble des règles immanentes, simplement révélées par le juge lorsqu'il y a un procès mais préexistantes. La règle révélée se trouve donc dans les nombreux recueils de jurisprudence, mais la règle fondamentale existe toujours et partout.

Il en résulte un lien direct et étroit entre les individus et les règles de droit. L'on comprend que l'idée d'une codification soit déplacée dans ce contexte, d'autant qu'elle créerait entre les sujets et la règle un fossé, que l'esprit du système condamne.

La méthode semble donc aussi différente que les jardins à l'anglaise sont différents des jardins à la française.

Pourtant, à regarder un jardin anglais, il est évident qu'il séduit par son harmonie, il est clair qu'il répond à un ordre. De la même manière, le droit anglais n'est pas si désordonné que le premier coup d'œil du juriste continental veut bien le dire. Très vite, l'existence d'un ordre apparaît.

Certes les textes ne sont pas codifiés, mais les juristes s'y retrouvent. Et ils s'y retrouvent d'autant plus que l'ordre est ailleurs. Il n'est pas dans les textes publiés. Il est à la racine de ces textes, car ces textes ne sont que des révélations d'un droit naturel qui baigne la réalité.

De surcroît, il serait faux de mettre l'accent sur une différence entre les droits continentaux codifiés et le droit anglais : il suffit de regarder les rayons d'une bibliothèque à Oxford ou Cambridge : le droit est ordonné par branche ; il suffit encore de regarder les spécialités des barristers : ils segmentent le marché du droit par diverses spécialités qui reprennent les branches du droit.

Par ailleurs, un mouvement tend à amplifier les textes votés par le Parlement, c'est à dire les textes d'origine législative et ce travail législatif, par le mouvement d'ordonnancement qu'il suscite participe à une forme de codification.

Finalement, passant devant un jardin potager, le Petit Prince admira les sillons bien alignés, bien nettoyés et il comprit que ce jardinier travaillait finalement comme lui : la planète très verte de jonquilles parsemée ne constitue donc pas un obstacle à une codification du droit de l'Union européenne.

Ainsi, si l'idée même d'une codification du droit conçu par l'Union est adoptée par l'ensemble des instances de l'Union, c'est que les principes de l'Union y conduisent, même si les difficultés rencontrées sont importantes.

1 Les principes de l'Union

Les principes de l'Union ont très vite conduit à faire de la codification une priorité, voire un principe en tant que tel.

Depuis plus de 20 ans, la Commission a en effet ressenti la nécessité d'un travail de codification du fait de la perpétuelle évolution des textes.

A cet égard, trois principes ont rapidement fondé la codification du droit conçu par l'Union: la transparence, l'ordre, la sécurité juridique.

a) la transparence

La transparence est un principe qui inspire de nombreux domaines tant en droit d'origine communautaire qu'en droit d'origine purement national, il suffit d'évoquer la transparence dans les relations financières, ou encore la transparence dans les relations économiques, ou encore la transparence des procédures en matière de concurrence.

La transparence si elle est dans ces domaines liée à l'idée de vérité, prend en matière de codification une tournure un peu différente puisqu'elle est plutôt liée à l'idée de communication, d'accès : il s'agit

de "doter l'espace juridique européen d'une réglementation communautaire plus accessible et concise pour que les particuliers et les opérateurs puissent connaître plus aisément leurs droits..."⁽⁴⁾

⁽⁵⁾

b) L'ordre

Si l'ordre inspire la codification du droit conçu par l'Union, il renvoie à la nécessité de clarté. En ce sens, il répond également au souci de l'accès au droit. mais comme dans les jardins à la française, le souci d'ordre devient une esthétique.

Ainsi, le Conseil européen de Birmingham du 16.10.92 avait fait une première déclaration en ce sens "Nous souhaitons que la législation communautaire devienne plus simple et plus claire".

L'ordre qui fonde la codification diffère quelque peu de l'ordre du droit de la concurrence qui fonde en particulier les infractions d'entente et d'abus de position dominante : dans ce dernier cas l'ordre s'oppose au désordre économique, au chaos qui pourrait résulter de la perpétuelle lutte entre les hommes et finalement de la victoire des grands sur les petits. Mais somme toute, qu'il s'agisse de l'ordre de la codification ou de l'ordre du droit de la concurrence, l'ordre est une recherche, un moyen de grandir, un moyen d'améliorer la réalité, un moyen de se dépasser, même si l'objet à ordonner diffère. La recherche de l'ordre participe toujours au combat du Bien contre le Mal, car ce qui tue c'est le dérèglement, le chaos, la folie et le combat se cristallise dans la différence entre Faunus, divinité romaine des terres incultes et des forêts et Cérès, déesse des terres cultivées et qui insuffle le rythme des saisons.

c) La sécurité juridique⁽⁶⁾

La sécurité juridique motive également la codification. Elle conduit les instances communautaires à chercher un moyen d'abroger les textes rendus obsolètes par les législations nouvelles ou par des amendements postérieurs. Ce ménage juridique conduit ainsi à arracher les baobabs, opération qui nécessite de les repérer puis de trouver une méthode d'arrachage.

En effet, la sécurité juridique suppose que les individus puissent non seulement connaître les règles, il s'agit de la question de la communication et de l'accès aux règles, mais également qu'ils puissent se fier aux règles publiées, sans que leur soit opposée une éventuelle abrogation liée à l'existence d'un texte postérieur.

2 Les difficultés

L'importance des difficultés explique sans doute que le domaine de la codification soit aujourd'hui relativement restreint⁽⁷⁾, même s'il est permis, à voir la persévérance de la Commission dans la

⁽⁴⁾Bull des Communautés 1/95 p. 54

Voir également :Résolution du Conseil 26/11.74 où la codification est fondée sur un souci de clarté, pour faciliter l'accès des intéressés aux textes et pour une meilleure sécurité juridique ; Voir également la publication de l'Office des Publications qui fonde son action sur la transparence des textes

Voir les conclusions du conseil d'Edimbourg de 1992 qui met l'accent sur la nécessité de rendre la législation plus accessible, concise et compréhensive

⁽⁵⁾Voir conclusions du conseil Européen d'Edimbourg RTDE 1994, 142

⁽⁶⁾Résolution du Conseil 26/11/74

⁽⁷⁾La codification officielle, selon le programme de 1994 a trait au code bancaire, à la sécurité sociale des travailleurs migrants, aux cosmétiques, aux semences agricoles. Elle a cependant sélectionné d'autres initiatives dans des secteurs prioritaires que sont les équipements de terminaux, les bourses et valeurs mobilières, les assurances vie et non vie, la conservation des ressources de pêche, la production, transformation et commercialisation des produits agricoles, le lait et les produits laitiers, les additifs dans l'alimentation animale, les teneurs maximales des substances indésirables dans l'alimentation animale, la lutte contre la peste porcine

Les codifications quasi officielles ne sont pas plus ambitieuses en termes de domaine : le programme prévu a trait au marché intérieur et à la coopération industrielle (véhicules à moteur, métrologue...), à l'environnement (déchets, protection et gestion des eaux, contrôle de

démarche de la codification , d'espérer davantage.

C'est en effet essentiellement la Commission qui a depuis longtemps montré la nécessité de la codification.

La première des difficultés résulte sans doute de la multiplication des acteurs dans le travail d'élaboration des textes, ces acteurs étant chacun spécialisés dans un domaine. Cette difficulté n'est cependant pas propre à l'Union et l'on rêve à Bruxelles comme à Paris de l'Age d'Or où un même individu pouvait maîtriser l'ensemble des règles et donner au système une cohérence.

La seconde difficulté, qui est en même temps la raison d'être de la codification a trait au foisonnement du droit communautaire et plus exactement à son rayonnement : l'extension continue de son champ d'application fait que les normes conçues par l'Union touchent aujourd'hui quasiment l'ensemble des branches du droit national.. Du coup, les risques de recoupement, et de contradiction, au sein même du droit communautaire sont amplifiés. Ainsi en fut-il de la politique industrielle et de la politique de concurrence, conflit cristallisé dans l'affaire Aérospatiale/ De Havilland. Ainsi en est-il également du conflit entre le principe de libre circulation des marchandises et des services et la politique de protection des consommateurs, ou encore, ainsi qu'il vient d'être illustré par un arrêt du Tribunal de Première Instance, entre la libre circulation des marchandises et services et la libre concurrence ⁽⁸⁾

Mais sans doute la plus grande difficulté réside-telle dans l'existence du multilinguisme.

Si la codification est la représentation des règles juridiques, il convient de rappeler que ces règles sont exprimées par la langue si bien que le code juridique utilise le code de la langue.

Pour la codification du droit de l'Union, cette caractéristique est de taille .

En effet, s'il existe un ordre juridique communautaire, s'il existe des concepts purement communautaires ou ayant en droit communautaire une définition autonome ⁽⁹⁾, s'il existe des méthodes purement communautaires, il n'existe pas de langue communautaire unique pour exprimer ces concepts, pour mettre en oeuvre cette méthode, à moins de glisser dans le travers de la promotion d'une langue unique, qui serait vraisemblablement aujourd'hui, la langue anglaise. En effet, la richesse de l'Union résulte de la diversité des Etats si bien que la méthode de l'harmonisation est souvent préférée à celle de l'unification ; il doit en être de même pour la langue.

Mais il ne suffit pas de dire qu'il n'existe pas de langue unique : la langue communautaire existe, elle est aujourd'hui faite de onze langues.

Comment donc un droit peut-il avoir une représentation unique s'il est représenté par onze langues différentes ? Et donc le principe de la codification du droit issu de l'Union n'est-il pas remis en cause par ce multilinguisme ? Sans doute du point de vue de l'Union, car cette multiplicité de représentation rompt l'unité du système. Mais c'est oublier la caractéristique du droit communautaire qui en constitue en même temps son paradoxe : ce multilinguisme permet une représentation adaptée aux réalités des différents Etats et la première des réalités, qui en est constitutive, c'est sans doute la langue des Etats.

La question de la langue est ainsi représentative du paradoxe et du continu et nécessaire va et vient entre les ordres nationaux et l'ordre communautaire : si les Etats et leur ordre juridique ne peuvent plus raisonner à leur seule échelle, si l'existence de l'Union participe à l'internationalisation du droit et à la nécessité d'étendre le champ des analyses, il n'en reste pas moins que l'Union ne peut davantage s'observer en faisant abstraction des Etats qui la constituent. Etats et Union sont à la fois et l'un et

la pollution atmosphérique...), à l'agriculture (secteur vétérinaire, vin, sucre...).

En revanche, les codifications officieuses pures seront peut être plus ambitieuses car moins contraintes par la procédure. Il suffit à cet égard de regarder les codes proposés ou les manuels de droit communautaire qui tentent une approche globale du droit communautaire.

⁽⁸⁾TPI 12.1.95 *Viho Europe BV aff T 102/92*

⁽⁹⁾ *comme par exemple la "matière civile et commerciale" de la Convention de Bruxelles*

l'autre tout et partie.

La réponse à la codification ne peut donc venir de la seule observation du travail réalisé à Bruxelles.

Heureux de comprendre que le grand jardinier était comme lui convaincu de la nécessité de jardiner, et que pour lui aussi la tâche était lourde, le Petit Prince chercha à comprendre pourquoi une multitude de petites boîtes étaient dessinées sur la feuille de papier. Il fit alors le tour du jardin et s'étonna de rencontrer un grand nombre de jardiniers qui utilisaient tous des outils différents. Car pour le droit conçu par l'Union, s'il y a unité sur le principe d'une codification, il y a diversité non seulement des acteurs mais également des méthodes.

B La diversité dans la méthode

Si rapidement la Commission a attiré l'attention des instances communautaires sur la nécessité de codifier et s'il y eut unanimité sur le principe de la codification, la recherche de la bonne méthode continue et, sur le constat de la nécessité d'une codification, chacun joue sa partition selon ses fonctions et ses moyens.

Il revient cependant à la Commission d'avoir cherché à formaliser la méthode et surtout d'avoir cherché à définir le terme "codification". Paradoxalement en effet, si la codification vise à la clarification, le terme même de codification est peu clair et le terme "codification" voisine avec les termes "consolidation", "refonte". Par ailleurs, la codification elle-même peut recevoir différentes qualifications : officielle ou officieuse, déclaratoire ou constitutive, horizontale ou verticale. La Commission a ainsi commencé à codifier la codification dans un document interne, intitulé "Règles de technique législative" qui précise la définition des différents termes; il est cependant regrettable que les définitions données et les termes employés ne se retrouvent pas dans les actes officiels⁽¹⁰⁾. Ainsi, le terme codification s'oppose dans le jargon communautaire au terme "refonte" et au terme "consolidation".

Il y a refonte d'un acte "lorsque ses dispositions sont changées en tout ou en partie" et que "l'acte ancien disparaît, remplacé par le nouveau" : il s'agit donc de la modification d'un seul acte, cette modification pouvant être substantielle ou non⁽¹¹⁾.

Il y a en revanche codification dans l'hypothèse du regroupement de plusieurs actes communautaires dans un seul texte et sans modification substantielle⁽¹²⁾.

Le terme "consolidation", quant à lui, est utilisé lorsqu'il y a également regroupement d'actes mais que le texte final reste officieux puisqu'il ne fait pas l'objet d'une procédure législative et puisque les textes de base ne sont pas pour autant abrogés⁽¹³⁾: la consolidation constitue finalement une codification officieuse. Parfois, d'ailleurs, la Commission utilise également le terme de "codification déclaratoire"⁽¹⁴⁾.

Les règles de technique législative de la Commission distinguent d'une part la codification horizontale ou verticale, et d'autre part, la codification constitutive ou déclaratoire.

La distinction entre la codification horizontale et verticale repose sur le domaine de la codification : il y a codification horizontale lorsque le regroupement a trait à des actes "parallèles et intéressant une même matière"⁽¹⁵⁾. En revanche il y a codification verticale dans l'hypothèse du rassemblement de

⁽¹⁰⁾ Ainsi par exemple, les règles de technique législative parlent de codification déclaratoire alors que les conclusions du Conseil d'Edimbourg parlent de consolidation officieuse

⁽¹¹⁾ Règles de technique législative de la Commission

⁽¹²⁾ Conclusions du Conseil d'Edimbourg et également règles de technique législative de la Commission

⁽¹³⁾ Voir les conclusions du Conseil d'Edimbourg

⁽¹⁴⁾ Voir les règles de technique législative précitées

⁽¹⁵⁾ Exemple du règlement 822/87 du Conseil du 16.3.87 portant organisation commune du marché viti-vinicole JO L 84 27.3.87)

toutes les modifications qu'un acte a connues. Il s'agit en fait de la forme la plus fréquente de codification puisque le périmètre de consolidation ne pose guère de difficultés⁽¹⁶⁾.

La codification constitutive consiste à regrouper les actes communautaires dans un "nouveau texte établi selon la procédure initiale, ce qui implique l'abrogation formelle de l'acte ou des actes qui le constituent à compter de la date d'entrée en vigueur du texte codifié". La codification déclaratoire consiste à publier dans la série C du JO le dispositif des actes regroupés, ce nouveau texte n'ayant pas de force juridique et les textes premiers n'étant pas abrogés⁽¹⁷⁾. En fait, dans le jargon consacré par le Conseil d'Edimbourg, le terme codification est toujours associé à l'adjectif "constitutive" ou "officielle", tandis que le terme consolidation est associé au terme "déclaratoire".ou "officieuse".

Curieusement le terme "code" n'est pas défini dans ce glossaire alors que le droit communautaire connaît la notion. Cette absence de définition est d'autant plus regrettable que la notion de code recouvre à la fois le produit d'une codification telle que définie par le Conseil avec en particulier le Code des douanes communautaire établi par le règlement du Conseil le 12.10.92⁽¹⁸⁾ et qui constitue une codification horizontale puisqu'il remplace et abroge vingt huit règlements et directives du Conseil. Mais le terme code peut également renvoyer à un texte comportant un ensemble de principes généraux renvoyant à une éthique. Ainsi en est-il du Code de bonne conduite dans les transactions sur les valeurs mobilières qui renvoie à des règles d'éthique en matière boursière visant à l'information des épargnants et qui a la forme d'une simple recommandation de la Commission⁽¹⁹⁾. Mais en fait, le concept de "code" n'est pas un concept significatif pour le droit communautaire : il s'agit d'un emprunt. En revanche, c'est le concept de codification, associé à celui de consolidation qui est spécifique.

Ainsi, les codes du droit communautaire peuvent-ils avoir ou non valeur contraignante et la codification elle-même peut ou non intégrer la procédure législative. A cet égard, le duo codification/consolidation renvoie à la distinction fondamentale entre la codification officielle et ce que l'on pourrait appeler une codification officieuse dès lors qu'il n'y a pas de procédure législative car l'existence d'une procédure législative limite considérablement le travail de rationalisation que la Commission cherche à mettre en oeuvre. Cet obstacle explique ainsi que la codification officielle soit aujourd'hui encore modeste tandis que la codification officieuse prospère et s'avère prometteuse.

1 La codification officielle

La Codification officielle résulte de la persévérance de la Commission qui a réussi à faire reconnaître par le Conseil Européen d'Edimbourg la nécessité d'une codification. Elle était depuis plus de vingt ans convaincue de cette nécessité, et a profité de la consécration par le Traité de Maastricht de la nécessaire transparence pour mettre en avant le principe même d'une codification officielle.

En fait, en 1974, la Commission avait déjà suscité une résolution du Conseil (résolution du 26/11/74) relative à la codification des actes juridiques ; par cette résolution, le Conseil invitait la Commission à lui faire des propositions pour une codification des actes ayant subi de fréquentes modifications, le Conseil s'engageait à examiner "le plus rapidement possible" ces actes et sans remettre en cause le fond. La codification dont il s'agit est appelée codification constitutive et s'entend comme le regroupement en un texte unique des actes ayant fait l'objet de modifications fréquentes avec abrogation des actes antérieurs.

⁽¹⁶⁾Exemple du règlement 2392/89 du Conseil du 24.7.89 établissant les règles générales pour la désignation et la présentation des vins et moûts de raisins, JO L232 9.8.89

⁽¹⁷⁾Par exemple la directive du 14.6.66 concernant la commercialisation des semences de betteraves JOCE C 66 8.6.74 ; règlement 1408/71 du 14.6.71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs migrants et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE C 138 9.6.80

⁽¹⁸⁾modifié par le règlement 2454/93

⁽¹⁹⁾recommandation de la Commission du 25.7.77 portant code de bonne conduite dans les transactions sur les valeurs mobilières (JO L212 20.8.77)

Par une décision du 1/4/87, la Commission a posé le principe d'une codification constitutive, soit une codification impliquant l'abrogation des actes antérieurs, à la 10ème modification d'un texte au plus tard. Ainsi, aucun amendement ne pourra être adopté en l'absence de codification sauf urgence et sur demande motivée. Consciente de ce que cette condition limite largement l'étendue de la codification, la Commission recommande toutefois que la codification soit également utilisée dans l'hypothèse de modifications d'actes importants ou de modifications importantes d'un acte.

Ainsi, les conclusions prises par le Conseil européen d'Edimbourg du 12.12.92 ne sont-elles pas révolutionnaires tant la Commission avait depuis longtemps préparé le travail. Aux termes de ces conclusions, et sur le fondement de la simplification de la législation communautaire et l'accès plus aisée à celle-ci, le conseil distingue entre la codification et la consolidation : "il est possible de rendre la législation communautaire plus accessible, concise et compréhensible en ayant recours plus rapidement et de manière plus structurée à la consolidation ou à la codification".

La codification officielle consiste selon le Conseil "à arrêter un acte législatif officiel de la communauté selon les procédures applicables et à abroger tous les textes qui existaient auparavant",⁽²⁰⁾

Malheureusement, pour la méthode, les conclusions du Conseil se sont bornées à indiquer que la codification devait être effectuée "sur la base de priorités fixées d'un commun accord", l'initiative de la proposition revenant, comme en matière de législation, à la Commission obligée cependant de procéder à des consultations appropriées. Pour la procédure législative, le Conseil montre l'importance d'une adoption rapide dès lors qu'il s'agit de codifier à droit constant. Un groupe consultatif composé de membres du service juridique de la Commission, du conseil et du Parlement, contribue au travail préparatoire mais le processus décisionnel reste, aux termes de ces conclusions, celui du droit commun.

Une coopération aussi efficace que rapide entre les organes intervenant dans la procédure législative devait cependant être mise en place pour raccourcir les délais de procédure et c'est le mérite de l'accord inter-institutionnel du 20.12.94 intervenu entre la Commission, le Conseil et le Parlement, d'avoir mis en place une méthode de travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs. L'objectif est le traitement de la codification par une seule instance et la mise en oeuvre d'une procédure quasi automatique. C'est ainsi que la commission fait des propositions de codification, si bien qu'elle a l'initiative de déterminer les secteurs prioritaires. La proposition est examinée par le groupe consultatif composé de membres des services juridiques du parlement, du conseil et de la Commission lequel rend un avis rapide sur l'existence ou non de changements de substance ; ensuite le texte fait l'objet d'une procédure législative accélérée tant au Conseil qu'au Parlement.

La condition essentielle de la mise en oeuvre d'une telle procédure est l'absence de changement de substance, c'est à dire une codification à droit constant. La Commission prend l'engagement de ne faire des propositions qu'à droit constant (point 3), le Parlement et le Conseil prennent l'engagement de ne pas ajouter d'amendement lors de l'adoption (point 6), enfin, l'avis du groupe consultatif porte sur l'existence ou non de changements (point 4). Si un changement s'avère cependant nécessaire, la Commission peut faire une proposition soit par refonte soit par proposition séparée en maintenant en instance la proposition de codification (déclaration commune annexée à l'accord).

Même si la procédure législative a été largement facilitée, il est clair qu'elle constitue un obstacle à la mise en ordre des textes communautaires. L'absence d'une telle procédure facilite en revanche cette mise en ordre dans le cadre d'une codification officielle.

2 La codification officielle

Si la codification officielle passe par le Conseil, instance législative de la communauté et sous réserve du rôle accru du Parlement par la procédure de codécision, et si donc la source de la

⁽²⁰⁾ Exemple : règlement du conseil 3759/92 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits de la pêche JO L354 23.12.91, 1

codification officielle est unique, il n'en est pas de même de la codification officieuse, ouverte à tous les amateurs d'ordre et de clarté. Il en résulte qu'il existe une grande diversité de codifications officieuses selon la fonction du jardinier qui s'y adonne.

La première des codifications officieuses a été cependant officiellement consacrée par le Conseil d'Edimbourg sous le terme "consolidation"; l'on pourrait donc la qualifier de codification quasi officielle.

Il existe cependant nombre de codifications officieuses de l'ombre qui sont le fait de divers jardiniers aimant à ce que leur jardin soit propre et bien dessiné : l'on peut à cet égard citer non seulement les fonctionnaires de la Commission des différentes Directions Générales qui s'appliquent à ce que leur propre domaine de compétence soit parfaitement entretenu, agréable à la promenade, et faciles d'accès, mais également les éditeurs de Code et enfin les universitaires. Ces codifications sont donc par opposition à la codification quasi officielle, des codifications purement officieuses.

a) La codification quasi officielle : la "consolidation"

Le Conseil d'Edimbourg a consacré à la fois la nécessité d'une codification et d'une consolidation⁽²¹⁾. La première est dite officielle, la seconde officieuse et les deux démarches doivent être, aux termes des conclusions du Conseil, "menées en parallèle".

La consolidation officieuse est définie par le conseil : "la consolidation officieuse consiste à regrouper, sur le plan de la forme et en dehors de toute procédure législative, les fragments épars de la législation relative à une question donnée ; elle n'a pas d'effet juridique et n'affecte pas la validité de ces différents fragments".

Le communiqué de presse de la Commission de Novembre 1994 précise que cette consolidation se fera dans toutes les langues et qu'elle constitue en fait la base pour une codification constitutive ultérieure⁽²²⁾

Ses caractéristiques sont donc :

- l'absence de procédure législative puisqu'il s'agit d'une démarche officieuse, et son corollaire de l'absence d'effet juridique
- l'absence de modification au fond, soit une procédure à droit constant,
- une mise en ordre par regroupement sur un même sujet, soit horizontalement par rassemblement des textes, soit verticalement à partir d'un texte ; la démarche est cependant en général une démarche de codification horizontale, c'est pourquoi dans le jargon de la Commission, il s'agit donc d'une codification à la fois officieuse et horizontale.
- la publication au journal officiel dans la série C pour affirmer ce caractère quasi officiel dans les 11 langues.

Curieusement, au terme "consolidation" utilisé par le Conseil, le Bulletin des Communautés a substitué le terme "codification déclaratoire"⁽²³⁾. En fait, l'Office des Publications des Communautés utilise le terme de consolidation qu'elle dit être à la fois officieuse et déclaratoire, par opposition à la codification qui est à la fois officielle et constitutive.

L'Office des publications officielles des Communautés joue un rôle clé dans ce travail de rationalisation. Il est vrai que l'Office dispose de moyens puissants pour assurer ce travail de mise en ordre : il s'agit de tous les textes communautaires et de la puissance informatique nécessaire à ce travail de classement. L'Office dispose en effet de la base de données composée de tous les textes communautaires. Il peut donc à la fois, comme l'indique le Conseil dans ses conclusions d'Edimbourg, sortir automatiquement la version consolidée de tout acte législatif communautaire ayant été modifié, mais également rapprocher tous les textes relatifs à un même sujet.

⁽²¹⁾ voir supra

⁽²²⁾ Comme ce fut le cas pour le règlement du Conseil portant organisation commune des marchés dans l'e secteur de la viande bovine du 3.11.94 qui fut proposé par la commission sur la base d'une consolidation préalable

⁽²³⁾ voir Bulletin 1/95 précité

L'informatique est une bêche magique, et le Petit Prince regardait avec étonnement ces bottes de sept lieues qui lui permettraient d'aller plus vite, à condition encore que l'on sache la manier car ce n'est pas l'ordinateur qui détermine les mots clés permettant le rapprochement mais bien l'auteur de la codification qui doit, ce faisant, faire preuve à la fois de rigueur et de hauteur de vue.

b) La codification purement officieuse

Dès lors que l'on sort de la codification officielle, il apparaît rapidement que de nombreux jardiniers travaillent à cette mise en ordre des règles, chacun ayant à cœur de cultiver proprement sa parcelle. Si l'on adopte une définition large de la codification, et si on inclut dans cette démarche les travaux qui ne sont pas consacrés par un texte législatif, il convient ainsi de citer le travail quotidien des différentes divisions de la Commission, l'existence de l'"Ange Bleu", le travail des éditeurs de Code, le travail encore des universitaires dont le rôle est sans doute lui aussi de faciliter l'accès au droit. Les exemples de mise en ordre des règles ne manquent pas.

Ainsi, les fonctionnaires de la Direction Générale de la concurrence, la DGIV, ont eu à cœur au cours de ces dernières années de synthétiser et mettre en ordre la question des concentrations : en effet les décisions rendues en matière de concentration sont la plupart du temps non publiées alors qu'elles apportaient des réponses intéressantes sur les questions de la définition d'une concentration, de sa dimension communautaire : ainsi, le 31.12.1994 une série de communications, c'est à dire de textes n'ayant pas valeur normative, mais qui permettent aux entreprises d'avoir des indications, a été publiée dans cette même série C⁽²⁴⁾.

Les éditeurs juridiques, et en particulier ceux dont la culture juridique donne une place importante à la codification, ont également pris la bêche. Le droit communautaire dans son ensemble a ainsi été présenté à partir de catégories qui n'engagent que les auteurs : que le droit communautaire, de réputation si fougueuse et immaîtrisable ait ainsi pu être conditionné en petits livres rouges, avec le code européen de la concurrence, le code européen des personnes et le code européen des affaires, ou en livres bleus plus volumineux, avec le code de procédures communautaires et le code de droit social européen, a pu rassurer certains.

Quoi qu'il en soit ces codifications officieuses, dont les auteurs sont des universitaires montrent le souci de l'Universitaires pour cette démarche, pour un accès facilité au droit. D'ailleurs en dehors de ces codes, dès lors qu'un manuel de droit communautaire est rédigé, voire même un cours professé, il s'agit toujours d'une représentation des règles selon un ordre défini par son auteur, et donc d'une forme de codification.

Le Petit Prince regardait étonné les boîtes qui se multipliaient sur la feuille de papier. Alors qu'il cherchait l'unité, il découvrait la multiplicité. Alors qu'on lui parlait indifféremment de codification, de consolidation, il se dit que le grand jardinier devrait peut-être commencer par codifier son langage sur la codification mais peut-être après tout s'agissait-il encore d'un secret des grandes personnes qu'il ne pouvait comprendre.

Le Petit Prince se dit que ce grand jardinier tout préoccupé d'organiser ses idées ne se préoccuperait pas de sa rose. Malgré la hauteur de sa tour, il n'avait qu'une vision parcellaire de l'univers.

Il est vrai en effet qu'une codification du droit de l'union qui serait exclusivement la tâche des instances communautaires, si elle est nécessaire dans la mesure où elle procède au toilettage des textes, exactement comme le Petit Prince doit chaque matin enlever les baobabs, n'en est pas moins insuffisante dès lors que le seul point de vue de ces instances ne permet pas de prendre en compte les réalités des droits nationaux dans lesquels le droit communautaire prend racine. Si la Commission

⁽²⁴⁾ JOCE C 385 31.12.94 : communication de la Commission relative à la distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives; communication de la Commission concernant la notion de concentration ; communication de la Commission sur la notion d'entreprises concernées ; communication de la Commission sur le calcul du chiffre d'affaires

est parfaitement compétente pour ordonner sa propre production de textes, pour faire en sorte que ces textes soient lisibles et transparents, dans la mesure où ces textes prennent racine dans les systèmes nationaux, il revient finalement aux juristes nationaux qui lisent ces textes et qui les utilisent avec leur propres repères, de travailler à la mise en ordre du tout. Ainsi, si une opération de codification, au sens de toilettage est nécessaire dans la sphère communautaire, cette opération ne saurait suffire : les juristes des Etats Membres dans la phase de la réception des textes peuvent procéder à une autre forme d'organisation, de codification, à partir de leur propre référentiel.

Cultivons notre propre jardin conclurait Candide, alors que le petit Prince, déçu par l'ébauche du code européen de ce grand jardinier, mais surtout attristé à l'idée que sa rose puisse être oubliée de la grande tour où il se trouvait, décida de retourner la voir sur sa propre planète. La rose qui connaissait bien pour y prospérer et pour y puiser ses ressources, la planète du Petit Prince, lui donnerait sans doute, mais cette fois sur la question du droit revu par l'Union, une sage leçon.

II La codification et le droit revu par l'Union (ou de la rose la leçon)

Retourner avec le Petit Prince sur sa planète, c'est retrouver le point de vue des Etats et la question de la codification d'un point de vue national. Or, pour les Etats et les juristes nationaux, le droit communautaire n'existe pas isolément. Il n'existe que bouturé sur les droits nationaux et du coup, le changement de point de vue conduit à un changement de référentiel. Il s'agit finalement de codifier les règles existantes et applicables dans le territoire national, quelle que soit leur origine : un tout composite du point de vue de l'origine mais qui devient ensemble homogène dès lors que l'on s'intéresse au critère de l'applicabilité et dès lors que l'efficacité du droit implique que soient rassemblées en un corpus les règles applicables dans un territoire donné, quelle que soit la source de ces règles.

La rose du petit Prince devra cohabiter avec les variétés exotiques mais en même temps ces variétés exotiques deviendront réalités de la planète puisqu'elles s'y nourriront et puisqu'elles se fonderont dans ce nouvel environnement : la rose et le cactus s'apprivoiseront mutuellement.

Mais au fait, la rose ne vient-elle pas d'une autre planète et n'est-ce pas parce qu'elle vient d'ailleurs que le petit Prince cherche à la comprendre ?

Ainsi, la rose si exigeante avec le Petit Prince, lui expliqua-t-elle qu'il devait travailler à maintenir un ordre sur la planète, un ordre qui continuerait de la mettre en valeur tout en maintenant l'harmonie du tout : c'est à toi Petit Prince, toi qui connais ta planète et ta rose, c'est à toi de travailler à cet ordre. De sa haute tour, le jardinier ne peut rien faire pour la planète. Il revient aux jardiniers des planètes de maintenir un ordre pour répondre à l'ouverture du monde ; il revient aux juristes nationaux de codifier leur droit enrichi du droit de l'Union.

Mais le point de vue national dans le contexte de l'Union pourrait conduire à une autre forme de codification, à une autre mise en ordre. Il ne s'agirait plus cette fois de codifier le droit de l'Union pour en faciliter l'accès, mais de songer plutôt à faciliter, dans l'Union, l'accès aux droits nationaux enrichis au demeurant par le droit de l'Union, dès lors que ces droits restent distincts les uns des autres. C'est encore à toi Petit Prince qui, au cours de ton voyage, tenta de comprendre le secret du jardinier anglais, qu'il revient de rechercher avec lui s'il existe des clés communes pour accéder aux différents systèmes nationaux.

Ainsi, la question de la codification des droits revus par l'Union se décline de manière différente selon qu'un national cherchera l'accès à son propre droit revu par le droit communautaire ou qu'un national cherchera un accès international aux autres systèmes juridiques de l'Union.

A La codification et l'accès national

La codification pour l'accès national répond à un point de vue national sur le droit puisqu'il s'agira de codifier l'ensemble des règles applicables dans un Etat, quelle que soit la source de ces règles, qu'elle soit nationale ou internationale.

Si le périmètre des règles à codifier est donc facile à définir, sous réserve de la difficulté à maîtriser le flot des règles communautaires, si de la même façon, l'auteur de la codification est cette fois sans aucun doute un national, la difficulté réside encore dans la méthode de codification.

A cet égard, si la méthode de codification doit être celle de l'Etat membre, si la jardinière anglaise a tout loisir de parsemer les règles communautaires dans la verte pelouse de la common law, tandis que le jardinière française cherchera à délimiter des massifs, il n'en reste pas moins que la codification de cet ensemble hétérogène pose des difficultés particulières du point de vue de l'existence et du point de vue de l'essence du droit de l'Union.

1 Les difficultés liées à l'existence

Codifier l'ensemble des règles applicables dans un Etat conduit à prendre en compte l'existence du droit de l'Union.

Or, cette intégration se conçoit relativement aisément lorsque le droit de l'Union se dessine à partir de catégories connues des droits nationaux. Ainsi en est-il lorsque le droit de l'Union s'inscrit dans le cadre du droit de la consommation, du droit des sociétés, du droit de la propriété intellectuelle, du droit de la concurrence, du droit social, du droit de l'environnement.

Les catégories en apparence semblables semblent se répondre si bien que les juristes nationaux peuvent maîtriser la production foisonnante du droit de l'Union en utilisant leurs propres repères.

Il en résulte que pour le travail de codification, il suffit d'introduire les règles d'origine communautaire aux côtés des règles d'origine purement nationales, et le cas échéant à leur place, dans les périmètres de codification déterminés par les nationaux et sur la base de la culture juridique nationale. Apparemment il ne s'agirait que d'une substitution de solution, la méthode et les critères de recherche restant les mêmes.

Ainsi, le code de la consommation reprend-il les solutions dictées par le droit de l'Union, tout comme le code de la propriété intellectuelle.

Il en va cependant différemment lorsque les catégories du droit communautaire lui sont particulières et qu'elles ne trouvent pas de résonance dans les droits nationaux. Ainsi en est-il des quatre grandes libertés fondement du droit de l'Union. Dans quel code convient-il de les classer ? S'agissant de principes purement communautaires, car fondement de la construction du marché intérieur, il est évident que si ces notions ont des répercussions dans les branches des droits nationaux (ainsi par exemple de la liberté de circulation des marchandises est née toute la propriété intellectuelle, tandis que de la liberté de circulation des personnes est née à la fois le droit social et le droit des sociétés), il n'en reste pas moins que ces concepts fondamentaux ne font pas partie de la culture juridique nationale.

La solution pourrait être, et c'est d'ailleurs l'actuelle position adoptée en France, de ne prendre en compte dans la codification que les branches du droit de l'Union déjà connues du droit français, de ne codifier donc que le droit social, le droit des sociétés, le droit de la consommation, le droit de la propriété intellectuelle. Et à cet égard, l'on pourrait songer également, puisque la catégorie est connue du droit français, à codifier le droit de la concurrence, ou encore le droit international privé, sous réserve que ces droits essentiellement jurisprudentiels soient codifiables, mais la question n'est plus ici spécifique à l'Union et se pose de la même manière pour les règles d'origine purement nationale.

Mais sortir du périmètre de la codification nationale les grandes catégories spécifiques au droit communautaire, c'est limiter largement l'accès au droit communautaire et donc à son efficacité. Une solution serait d'intégrer ces grandes catégories dans les codes dont le périmètre comporte les règles communautaires secondes. Ainsi, par exemple le principe de libre circulation des personnes pourrait-il être intégré dans le code du travail, le principe de libre circulation des marchandises dans le code de commerce. Une autre solution consisterait à choisir pour déterminer le périmètre de codification des critères neutres issus de la réalité et non du langage juridique. Ces critères auraient le mérite de mettre sur un même plan les normes d'origine nationale ou communautaire. Nous proposons ainsi de présenter la partie du droit national revu par l'Union à partir des grandes catégories de l'entreprise : la fonction commerciale, la fonction de production, la fonction de

recherche et développement, la fonction personnel, la fonction achat, la fonction financière et la fonction stratégique. Pour chacune de ces fonctions, qui existent, quelle que soit l'appellation, dans toute entreprise (que l'on parle de division, de département, de direction...), il conviendrait de déterminer l'ensemble des règles applicables⁽²⁵⁾. Ainsi, pour chacune des fonctions de l'entreprise, il convient de se demander si l'ensemble des règles applicables, qu'elles soient d'origine purement nationale ou communautaire, est effectivement respectée.

Evidemment, ces solutions auraient l'inconvénient de mettre sur un pied d'égalité des normes communautaires hiérarchisées : les quatre libertés commandent l'ensemble des règles et les engendrent si bien que les règles dérivées ne s'interprètent que dans la perspective des règles fondamentales. Nier les grands concepts d'origine qui ont donné naissance au rayonnement du droit communautaire, c'est observer la fleur sans se soucier des racines.

En effet, même pour les domaines connus par les ordres nationaux, la codification du droit communautaire pose également la question de son essence.

2 Les difficultés liées à l'essence

N'accepter du droit communautaire que les rayonnements connus des droits nationaux conduit à une vision tronquée des choses et du coup limite les moyens d'interprétation des textes. Par exemple, les dispositions sur la propriété intellectuelle se conçoivent en droit communautaire sur le fondement du principe de libre circulation et de libre concurrence, tout comme les règles relatives au droit de la consommation se conçoivent également essentiellement sur le fondement de la libre circulation des biens et services, même si la politique communautaire en matière de protection des consommateurs a été, par la suite, consacrée.

L'essence du droit de l'Union risque ainsi de n'être pas saisie par les juristes nationaux travaillant avec leurs propres concepts, avec leur propre méthode.

La cour de justice a à cet égard consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire autonome, d'où il découle l'existence de concepts autonomes et de méthodes spécifiques.

Les concepts spécifiques répondant à des définitions propres sont multiples. La Cour la reconnu à plusieurs reprises. Ainsi en est-il de la matière civile et commerciale de la Convention de Bruxelles, ou encore de la notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence, ou encore de la notion d'ordre public.

Mais au delà de ces concepts différents, il existe de surcroît des méthodes différentes.

Ainsi, le droit communautaire, est-il efficacement mis en oeuvre, grâce à l'effet utile du Traité.

Sa mise en oeuvre suppose par ailleurs un grand pragmatisme, au point d'ailleurs, et surtout dans le domaine de la concurrence, que l'empirisme l'emporte souvent : avant d'édicter des règles, les solutions sont recherchées au cas par cas. Quoi qu'il en soit, le syllogisme bien connu des juristes formés en France, n'y trouve guère de place et l'on se trouve à mi-chemin entre la common law fondée sur la règle du précédent et le droit continental. Comment dans une codification rendre compte de cette essence, dès lors que le périmètre de la codification unifiera les normes, quelle que soit leur origine ?

Mais finalement cette question de l'existence et de l'essence des systèmes juridiques, l'Union la pose directement à propos des règles qu'elle produit, et indirectement, elle la pose à propos des règles de chacun des Etats : en effet, les juristes qui adoptent une vision internationale, ont également le souci d'accéder rapidement aux règles des différents Etats composant l'Union.

Cette démarche et cette classification est d'ailleurs celle utilisée dans les procédures d'audit par lesquelles les juristes doivent passer au peigne fin l'ensemble d'une entreprise pour déterminer si elle se trouve en risque juridique ou si il est possible d'optimiser les montages ou les contrats dans l'intérêt de l'entreprise (25)

B La codification et l'accès international

L'existence de l'Union conduit, nous venons de le voir, à la production de règles spécifiques. Mais ces règles ne sont que des moyens au service de l'objectif de l'Union : la création d'un grand marché, voire d'une grande culture, où la circulation des hommes et des richesses se ferait aisément. L'Union conduit donc à l'échange et crée des outils juridiques pour faciliter ces échanges.

Mais allant plus loin, l'Union pourrait favoriser l'échange des règles nationales, devenues, dans cette perspectives des richesses qu'il faudrait pouvoir librement échanger ou en tout cas auxquels il faudrait avoir facilement accès, exactement comme l'Union cherche à faciliter l'accès aux diverses professions pour les non nationaux. L'idée serait alors que le juriste de Toulouse puisse avoir facilement accès aux règles allemandes, ou mieux aux règles de la common law. Il s'agirait donc en quelque sorte de consacrer la libre circulation des règles juridiques, au même titre que la libre circulation des marchandises. Or ce libre accès passerait par une codification au sens où il devrait permettre de rechercher un langage commun, non pas pour trouver une solution mais pour accéder aux concepts permettant de déterminer une solution.

Le droit international privé ne constitue pas une réponse à la question puisqu'il permet de déterminer la loi applicable sans donner ensuite les clés d'accès à cette loi s'il s'agit d'une loi étrangère. Et le droit international privé se trouve d'ailleurs confronté à la même question puisqu'une fois la loi étrangère déterminée, la qualification des concepts utilisés par cette loi étrangère se fait selon la loi étrangère et non selon la loi du for (à la différence de la qualification nécessaire à la détermination de la loi étrangère).

Le droit communautaire en uniformisant et en harmonisant certains domaines donne une réponse ou plus exactement efface la question. Mais d'une part, tous les domaines ne sont pas (encore) touchés par le droit communautaire et d'autre part, même lorsqu'ils le sont, les règles communautaires sont insérées dans les moules nationaux, lesquels moules diffèrent d'un Etat à l'autre. Pourrait-on imaginer une codification permettant l'accès à ces différents moules ?

Mais alors pourquoi limiter la question à l'Union car il s'agit bien de l'éternelle question de l'existence d'un droit universel. De même que l'Europe est plus vieille que l'Union, la question est plus vieille que l'Union, et ne fait qu'être réactivée par elle. C'est tout l'intérêt du droit comparé qui passe par la recherche de ponts entre les systèmes, de référence communes.

Face à la multiplicité des environnements, les informaticiens tendent vers un système d'exploitation idéal qui permette tout échange d'informations, les interfaces et, de la même manière, face à l'internationalisation, les juristes recherchent à défaut d'un langage commun, des accès communs à l'ensemble des systèmes juridiques. C'est toute la difficulté de la constitution d'une documentation juridique internationale et des problèmes "qualitatifs" rencontrés⁽²⁶⁾. C'est toute la difficulté de la qualification juridique d'une question et plus largement de la manière de poser une question⁽²⁷⁾. C'est encore toute la difficulté de la recherche de passerelles entre le droit de la common law et le droit continental alors que l'un est essentiellement inductif et l'autre déductif, difficulté en partie résolue dans le cadre de l'harmonisation européenne par le constat que toute science part d'un stade descriptif pour passer par un stade inductif puis déductif afin d'arriver à un stade axiomatique⁽²⁸⁾.

La recherche d'accès commun, d'un code commun, devrait dépasser la formulation des règles, ce que G. SAMUEL appelle "les mots" pour atteindre les choses⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ "L'accès à la documentation juridique étrangère et internationale : aspects linguistiques, logistiques et financiers v. DIAKOV ; intervention au colloque " l'entreprise et le droit comparé in R.I.D.C. p. 485

⁽²⁷⁾ "La recherche juridique comparative doit apprendre à poser les bonnes questions même si celles-ci se posent souvent en termes différents selon les systèmes ; elle doit apprendre à suivre des démarches d'analyse qui prennent en compte l'esprit et la culture juridique du système considéré et à comprendre les facteurs d'évolution" Conclusions des premières assises nationales de la recherche juridique citées dans la R.I.D.C. 1995 p. 502

⁽²⁸⁾ G. SAMUEL entre les mots et les choses RIDC 1995 p. 512

⁽²⁹⁾ G. SAMUEL article précité p. 524

La recherche en tout cas est immense et même si le résultat décourage, elle ne peut que grandir le juriste : 'quand on commence un jardin, on participe d'un monde plus riche et que l'on imagine' disait le paysagiste Russel PAGE.

Le Petit Prince s'assit pour méditer sur ce que lui avait appris ce long voyage. Il se sentait triste. Il avait pourtant compris que malgré le travail du jardinier de la haute tour, sa tâche quotidienne restait nécessaire. Et il est vrai que si les instances communautaires doivent travailler à remodeler les textes communautaires, un travail de réception par les Etats n'en est pas moins indispensable. Il avait compris qu'il ne pourrait plus avoir son jardin secret coupé du monde, son hortus conclusus, "son jardin clos que ma sœur, ma fiancée, une source fermée, une fontaine scellée...", ni même son beau jardin imaginaire qu'il aurait raconté à son ami le renard, son hortus deliciarum. Et il est vrai que la découverte du monde infini a conduit à introduire le baroque dans l'art des jardins et la nature d'abord contemplation s'est faite spectacle, illusion, prodigalité, quand elle ne s'est pas faite par le mélange des variétés exotiques, cacophonie et opulence tout comme le droit dont on voit bien l'apparence mais qui noie dans des flots bouillonnants la trace de sa naissance. Mais sa rose après tout, venait bien d'ailleurs. Et c'est elle qui a enrichi la planète du petit Prince, et c'est elle qui l'a poussé à voyager.

Il avait compris que pour jardiner, il fallait d'abord délimiter le jardin mais que ce faisant pour mettre l'ordre dans son jardin il faisait naître, par cette seule délimitation le désordre du monde car son jardin ne pouvait être que fini alors que l'univers est infini. Et qui donc serait capable de jardiner le tout ? Il n'avait pas rencontré le grand jardinier capable de lui livrer le secret du jardin d'harmonie.

Il songea alors à ces phrases magnifiques et terribles d'Herman Grab : "Mais pourquoi supposer que l'on songe, à cet âge, à mettre les choses à l'unisson ? Même plus tard, quand il se peut par exemple que nous ayons réussi à nous rapprocher un peu de la vérité, même alors, nous sommes bien sûr encore loin d'avoir atteint la pleine vérité, qui met toute chose en harmonie. Il est évident que le monde n'apparaît au regard humain que par tranches, et dans la mesure seulement où ces tranches sont en contradiction les unes avec les autres. Et si dans les années que nous appelons l'âge mûr, les problèmes commencent à se résoudre, le monde à s'ordonner, nous ne devons pas nous illusionner sur ce point : c'est vraisemblablement que nous avons passé des compromis superficiels, cependant que la véritable harmonie nous demeure dissimulée".

Il est vrai que l'un de ses compatriotes a montré dans une fable atroce qu'il n'existe pas d'entrée commune à la Loi et qu'elle est d'ailleurs inaccessible : "Si tout le monde cherche à connaître la Loi, dit l'homme, comment se fait-il que depuis si longtemps personne que moi ne t'aie demandé d'entrer ?" Le gardien voit que l'homme est sur sa fin et, pour atteindre son tympan mort, il lui rugit à l'oreille : "Personne que toi n'avait le droit d'entrer ici, car cette entrée n'était faite que pour toi, maintenant je pars, et je ferme".⁽³⁰⁾

Son ami le renard lui manquait. Qu'aurait-il dit ? Il lui sembla entendre dans un chuchotement : "un jardin existe à la seule condition qu'il soit une expression de foi, la réalisation d'un espoir, d'une image"⁽³¹⁾.

Sa rose précieuse et orgueilleuse toussa.

Le Petit Prince releva la tête et il vit alors vers l'Est un baobab qui avait profité de sa méditation pour envahir sa planète. Il se leva et se remit au travail.

⁽³⁰⁾ F. Kafka *Le procès*

⁽³¹⁾ Russel PAGE "The education of a gardener"

