

JUSTIFICATIONS ET ENJEUX DE LA CODIFICATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE

*Par Denys SIMON
Professeur à l'Université de La Réunion*

La réflexion sur les enjeux de la codification du droit communautaire peut partir d'une constatation simple.

D'une part, le processus de codification mis en œuvre au sein de l'Union européenne devrait *a priori* renvoyer aux mêmes questions que celles qui se posent dans toutes les branches du droit. La prolifération des normes, dénoncées dans d'autres contextes par le Doyen Ripert ou le Doyen Carbonnier, si elle n'est pas propre au système communautaire, ne lui est pas étrangère, pour employer une litote particulièrement pudique. Les risques d'incohérence croissante des ordres juridiques liées à la technicité mal contrôlée des énoncés juridiques, les difficultés rencontrées par les « jurislatoeurs » modernes dans la maîtrise de la langue du droit, et *a fortiori* dans l'écriture de la règle, l'indétermination des rôles respectifs de la loi et du juge, le besoin d'accessibilité et de lisibilité du droit comme condition d'un véritable Etat de droit sont autant de thèmes qui sont omniprésents dans la réflexion sur la légistique communautaire, mais qui ne lui sont pas pour autant spécifiques. Il n'est pas jusqu'au rôle des juristes qui pourrait être débattu dans des termes analogues : comme le disait Tocqueville à propos de l'hostilité des légistes américains à l'égard de toute codification du droit, « si la loi devenait accessible au vulgaire, ils perdraient une partie de leur importance. Ils ne seraient plus comme les prêtres de l'Egypte, seuls interprètes d'un savoir occulte ». La doctrine qu'il est convenu d'appeler « communautariste » n'échappe évidemment pas à cette dénonciation du lien entre opacité et monopole du savoir et donc du pouvoir. En même temps, nombreux sont ceux qui souhaitent sincèrement, comme le disait le poète, redonner « un sens plus pur aux mots de la tribu ».

Mais d'autre part, il est vrai que les caractères particuliers de l'ordre juridique créé par les traités fondateurs confèrent inévitablement une physionomie originale au processus de codification entrepris. Il est clair d'abord qu'un droit jeune ne peut prétendre rivaliser indûment avec les codifications ancestrales des catégories juridiques traditionnelles. Il est vrai également que le pluralisme juridique inhérent au phénomène d'intégration juridique opéré sur la base de la coexistence auparavant étanche des droits nationaux de quinze Etats membres, procédant de surcroît de familles juridiques de nature différente, vient compliquer singulièrement l'œuvre du codificateur.

C'est dire que l'opération de codification dont je suis censé vous entretenir n'a sans doute ni la même signification ni la même portée que celles qui sont examinées par ailleurs dans le cadre de ce colloque. Comme le disait l'un des orfèvres contemporains en matière de codification, Guy Braibant, dès les premières

lignes de la rubrique « Codification » qu'il a récemment rédigée pour l'*Encyclopédie Universalis*, « les termes « code », « codifier », « codification » sont des pavillons qui couvrent des marchandises diverses et parfois frelatées »¹.

Quels sont alors les justifications et les enjeux de la codification du droit communautaire ? On peut partir à cet égard d'un premier constat, qui est en réalité l'expression d'un paradoxe.

D'une part, on n'a jamais autant vilipendé l'obscurité, la complexité, l'inaccessibilité, l'opacité, bref, l'absence de lisibilité du droit communautaire, considéré, pour reprendre la formule de quelqu'un qui ne peut pas être suspect d'euro-scepticisme, Jacques Delors, comme un « monument d'hermétisme, connu seulement des spécialistes »². La dénonciation de l'absence de clarté, de simplicité, de transparence, d'un corpus juridique quantitativement gigantesque et qualitativement impénétrable, a pris la dimension d'un véritable mythe, répété à l'envi par les responsables politiques et les relais médiatiques comme une évidence s'imposant d'elle-même.

D'autre part, et en particulier depuis la conclusion des traités de Maastricht et d'Amsterdam, on n'a jamais autant parlé de simplification, de codification, d'accessibilité, au point que la transparence est devenue un véritable principe général du droit communautaire placé au même niveau que les droits fondamentaux. Les prises de position des institutions et les textes relatifs à la codification se sont multipliés au point qu'il faudra sans doute bientôt procéder à une codification de la codification.

Certes, ce paradoxe n'est pas propre à l'Union européenne : la clarification de la lecture du Journal Officiel français est inversement proportionnelle au nombre des circulaires émises par les Premiers Ministres successifs depuis 20 ans sur l'ardente obligation de la simplification administrative et de la codification du droit.

Mais l'expérience communautaire présente également un certain nombre de traits spécifiques, qui expliquent à la fois la nécessité impérieuse d'une codification, l'originalité des méthodes utilisées, et les limites indépassables de l'opération entreprise.

Et cette fois encore, sans aucun impérialisme qui prétendrait faire du « schéma » communautaire de codification un « modèle » transposable dans d'autres contextes, on peut penser que la politique de « grands travaux » juridiques menée dans le cadre de l'Union Européenne est susceptible d'apporter quelques pistes de réflexion au débat qui nous occupe. J'y vois au moins deux raisons :

— d'une part, dans l'espace, la codification du droit communautaire, comme d'ailleurs celle du droit international privé ou celle du droit international public, présente la particularité de ne pas se limiter à un système juridique national, mais

¹ Braibant, G., V° Codification, Encyclopédie Universalis, 2001.

² Delors, J., La France pour l'Europe, Paris Grasset 1988.

d'associer à l'œuvre de codification les conceptions, les méthodes et les techniques de plusieurs cultures juridiques ;

— d'autre part, dans le temps, le souci de codification remonte au milieu des années 70. Certes les premiers efforts étaient manifestement modestes : le « code d'Hammourabi » de la Communauté européenne s'appelait poétiquement « l'Ange bleu » (ange gardien secourable des juristes perdus dans le maquis des textes agricoles et bleu à cause de la couleur des classeurs), et n'était qu'une initiative pragmatique de la Direction générale en charge de la politique agricole commune, avant que le Conseil, par une résolution du 26 novembre 1974, n'en appelle à un travail de codification plus ambitieux. Mais c'est dire que la préoccupation est présente, avec une intensité croissante depuis 30 ans, ce qui révèle à la fois l'intérêt et la difficulté de l'expérience communautaire.

Je me propose d'examiner les enjeux et les méthodes de la codification communautaire en suivant un plan en trois parties. Si vous me permettez cette métaphore assez banale, il s'agira dans un premier temps d'identifier la pathologie dont souffre un droit malade de ses excès, dans un deuxième temps de s'interroger sur la thérapie mise en œuvre, et enfin de s'inquiéter du suivi opératoire, et notamment des séquelles qui n'ont pu être évitées par le traitement appliqué.

I/ LA PATHOLOGIE : LES RAISONS DE LA CODIFICATION

La complexité du droit, et la nécessité corrélative de l'ordonner, de le simplifier, de le systématiser, ne sont pas l'apanage du droit communautaire. Comme le relevait déjà Montaigne à propos de l'activité législative de son époque, — et je ne résiste jamais au plaisir de citer cette formule d'un temps où l'on savait écrire,

« Les princes de cet art, s'appliquant d'une péculière attention à trier des mots solennels et former des clauses artistes, ont tant pesé chaque syllabe, épluché si primement chaque espèce de couture, que les voilà enfrasqués et embrouillés en l'infinité de figures et si menues partitions qu'elles ne peuvent plus tomber sous aucun règlement et prescription ni aucune intelligence¹

Mais il est néanmoins vrai que pour des raisons qui lui sont propres, le droit communautaire présente indéniablement une apparence ésotérique plus marquée que les droits internes. Les symptômes sont bien connus. Encore faut-il identifier également les contraintes spécifiques qui expliquent cette opacité aggravée.

A/ Le diagnostic

Le diagnostic a été clairement établi par le Parlement européen dès 1989 dans des termes qui méritent d'être cités

A. rappelant la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle la Communauté constitue "une communauté de droit"

¹ Les Essais, III, 13.

B. considérant que dans une "communauté de droit", les dispositions générales régissant les obligations, interdictions et facultés des sujets publics et privés doivent être claires, simples et compréhensibles

C. constatant que, au contraire, le processus de décision communautaire se développe parfois de façon confuse et désorganisée

D. considérant en particulier, que sont actuellement en vigueur plusieurs centaines de dispositions qui ont souvent été modifiées quant au fond, soit dans le cadre du droit dérivé, soit en particulier dans celui des accords internationaux

E. signalant les difficultés particulières que rencontrent le citoyen et l'opérateur juridique pour parvenir à reconstituer le cadre juridique en vigueur

F. rappelant qu'un cadre juridique clair et transparent est le préalable à l'exercice des fonctions de contrôle juridique de la Commission et de contrôle politique du Parlement (...¹

Quelques années plus tard, le Parlement se déclare

*mécontent de l'état actuel de la législation communautaire, dont il a, au cours des cinq dernières années, dénoncé à plus d'une reprise le caractère opaque et inconsistant, notamment dans les résolutions adoptées chaque année sur l'application du droit communautaire*²

La Commission reconnaissait de même qu'il n'était

pas acceptable, dans une Communauté de droit, que les particuliers et les entreprises en soient réduits, pour connaître leurs droits, dans le maquis de la réglementation communautaire, à codifier eux-mêmes les textes en vigueur.

Le constat est sans appel. Il est repris avec la vigueur que l'on sait par le Conseil d'Etat français dans son Rapport public 1992, qui dénonce une « réglementation parfois si profuse qu'elle en devient confuse » et un « droit naturellement foisonnant et souvent opaque », "si naturellement touffu que, parfois, il se perd lui-même de vue »³.

Cette opacité vise, bien entendu, d'abord, ce qu'on est convenu d'appeler le droit dérivé. Les causes, aisément identifiables, sont à la fois d'ordre quantitatif et d'ordre qualitatif.

D'une part, le caractère illisible du droit dérivé découle de la prolifération quantitative des actes adoptés par les institutions. Le rapport Manuel Garcia Amigo tirait, dès 1989, la sonnette d'alarme, en constatant qu'« avec une production annuelle de 4000 à 5000 mesures publiées au Journal Officiel et plus de 25 000 actes mémorisés dans le système CELEX, l'univers juridique communautaire s'est

¹ Résolution sur la simplification, la transparence et la codification du droit communautaire, JOCE n° C 158 du 26 juin 1989, 386.

² Résolution sur la transparence du droit communautaire et la nécessité de sa codification, JOCE n° C-205 du 25 juillet 1994, 514.

³ Rapport public 1992, EDCE n° 44, 1993, sp. p. 15 et 30.

considérablement développé » et que le bloc normatif du droit dérivé avait atteint « *des dimensions comparables à celles d'un système juridique national à tradition séculaire* »¹. Le Conseil d'Etat constatait pour sa part qu'à la fin de l'année 1992, étaient en vigueur au sein de la Communauté, 22 445 règlements et 1675 directives, 1198 accords et protocoles, 5880 décisions, 144 avis, 195 recommandations du Conseil ou de la Commission, 291 résolutions du Conseil et 678 communications de la Commission. Certes, comme on le verra, la période récente a été marquée par un indéniable ralentissement de la productivité normative des institutions. D'une part, l'achèvement du marché intérieur se traduit par la fin de l'adoption du train de règlements et directives rendus nécessaires par la réalisation des objectifs fixés par l'Acte unique européen. D'autre part, l'entrée en vigueur du traité de Maastricht a conduit, notamment par l'introduction des principes de subsidiarité et de proportionnalité à l'article 5 du traité CE, mais aussi par un certain infléchissement de la politique législative de la Commission, à une limitation des initiatives normatives. Le bilan est néanmoins impressionnant, même si on le compare, pour le relativiser, avec le corpus législatif et réglementaire en vigueur dans les Etats membres.

Les statistiques plus récentes, notamment les travaux de la Commission européenne en vue d'identifier l'« acquis communautaire » qui doit être imposé aux nouveaux Etats membres lors du prochain élargissement, établissent le corpus du droit dérivé total à 80000 pages du JO, auxquelles s'ajoutent chaque année environ 2500 nouveaux actes législatifs².

D'autre part, à ce constat purement quantitatif, s'ajoute une difficulté qualitative, propre à la complexité du système des sources du droit dérivé. La coexistence des règlements et des directives, du fait de la répartition des compétences et de la typologie des actes voulues par les auteurs des traités est en effet de nature à compliquer la perception des effets du droit communautaire pour les administrations nationales et *a fortiori* pour les « usagers du droit communautaire ». Il en est de même de la distinction introduite dans la pratique institutionnelle et entérinée par la jurisprudence de la Cour entre règlements de base et règlements d'exécution, ainsi qu'entre directives de base et directives d'exécution³. La multiplication des sources secondaires⁴ (actes informels, communications, actes conventionnels...) ou des actes à valeur juridique incertaine (codes de conduite, disciplines...) aggrave la « confusion normative »⁵, et « la lisibilité de

¹ Rapport M. Garcia Amigo préc., PE Doc A2-152/89 du 28 avril 1989.

² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Codification de l'acquis communautaire, COM(2001)645 final du 21 novembre 2001.

³ CJCE 25 janvier 1994 Angelopharm GmbH, C-212/91, Rec I-171; 18 juin 1996 Parlement européen c/ Conseil, C-303/94, Rec I-2943, Europe août-sept 1996 comm DS n° 303.

⁴ V. D. Simon, Le système juridique communautaire, Paris PUF 3ème éd. 2001, sp. §§ 271 s.

⁵ C. Blumann, La fonction législative communautaire, Paris LGDJ 1995, sp. p. 12.

l'ordonnancement juridique communautaire se trouve altérée »¹. Les faiblesses rédactionnelles des textes communautaires, notamment l'utilisation d'un jargon codé, mais non codifié, la technique du renvoi à des textes antérieurs, les renvois croisés, la prolifération des dérogations et des exceptions, les chevauchements et contradictions entre textes de même objet, la multiplication des annexes, l'abus des numérotations complexes, contribuent par ailleurs à la construction de ce qu'un rapporteur du Parlement européen appelait « le château kafkaïen dans lequel la Communauté s'emprisonne progressivement »².

Le même constat, même s'il est moins souvent évoqué, vaut pour le droit originaire. La coexistence de plusieurs traités constitutifs, la prolifération des annexes, protocoles et surtout des déclarations à valeur juridique douteuse, les révisions successives, l'apparition depuis le traité de Maastricht d'une structure à trois piliers particulièrement compliquée³, la distinction entre le droit de la Communauté et celui de l'Union, ont conduit à un éparpillement du droit originaire qui rend assez difficilement lisible ce qui est pourtant censé être la « charte constitutionnelle de base de l'Union ». Les obscurités des traités de Maastricht, d'Amsterdam, de Nice, ont été trop souvent dénoncées pour qu'il soit utile d'insister sur ce point⁴.

B/ Les contraintes

Certes, l'opacité n'est à nouveau pas le propre du système communautaire. Quand un ancien Premier Ministre français constatait que « la prolifération et l'enchevêtrement des règles qui caractérisent aujourd'hui notre ordre juridique sont unanimement dénoncés »⁵, il ne parlait pas du droit communautaire mais du droit français. Il est clair que dans la plupart des systèmes juridiques contemporains, l'« état du droit » n'est pas à la hauteur des exigences de l'« Etat de droit »⁶. Mais il est vrai aussi que certaines caractéristiques propres à la construction juridique communautaire introduisent des contraintes qui sont largement responsables des critiques qui viennent d'être formulées, et qui affectent inévitablement les efforts de codification.

¹ R. Kovar, La déclaration n° 16 annexée au traité sur l'Union européenne, chronique d'un échec annoncé, CDE 1997, p. 3 s., sp. 6.

² Rapport Garcia Amigo, PE Doc A-2-152/89 du 28 avril 1989.

³ V. par ex. A. Rigaux, Présentation générale, in V. Constantinesco, R. Kovar et D. Simon, Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article, Paris Economica 1995, p.1 s.

⁴ Le plus significatif est que cette dénonciation est souvent le fait des institutions elles-mêmes. A cet égard la préparation de la révision opérée à Amsterdam a donné lieu à des prises de position particulièrement vigoureuses : v. par ex. le Rapport de la Cour de justice sur le fonctionnement de l'Union européenne, sp. § 23 ; le Rapport du Conseil sur le fonctionnement de l'Union européenne, sp. § 13, RTDE 1995, 347, le Rapport du « Groupe de réflexion », sp. § 68, RTDE 1996, 165 ou la Résolution du Parlement européen du 17 mai 1995, RTDE 1995, 667.

⁵ Circulaire A. Juppé, JORF 5 juin 1996, p. 8263.

⁶ Selon le titre significatif retenu par V. J. Rivero, Etat de droit, état du droit, *in* L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de G. Braibant, Paris Dalloz 1996, p. 609 s., sp. p. 613.

Il s'agit en premier lieu des contraintes linguistiques. On sait qu'en dépit de la qualité remarquable des juristes linguistes des institutions et des connaissances linguistiques des diplomates et des fonctionnaires européens, les difficultés liées à la traduction de notions juridiques demeurent, y compris pour des dispositions aussi fondamentales que l'article 81 CE (définition des pratiques anti-concurrentielles) ou que l'article 249 CE (définition et typologie des actes communautaires)¹. La Cour est d'ailleurs fréquemment contrainte, en cas de contradictions entre versions linguistiques du même texte, à faire appel aux règles d'interprétation des textes plurilingues, notamment telles qu'elles ont été codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969².

Il s'agit en deuxième lieu de la disparité des concepts juridiques entre les différents systèmes juridiques nationaux, qui imposent d'adopter soit la technique du renvoi, avec ses inconvénients en termes d'unité du droit applicable dans l'ensemble de l'espace communautaire, soit la technique des notions autonomes ou du sens communautaire, avec ses inconvénients en termes de qualité rédactionnelle des textes et de sécurité juridique.

Il s'agit en troisième lieu du fait que l'absence de lisibilité souvent imputée au droit communautaire est en réalité le fait de l'absence de lisibilité des normes nationales prises pour son application³.

Enfin, le rôle joué par la jurisprudence dans la construction de l'ordre juridique communautaire ne contribue pas toujours à sortir de l'obscurité des textes et complique encore l'œuvre de codification.

On peut ajouter que la nature même d'un droit essentiellement économique, qui s'incarne dans des actes à caractère souvent très technique, ne va pas non plus dans le sens d'une simplicité naturelle⁴, et rend encore plus délicat le processus de codification.

II/ LA THERAPIE : LES METHODES DE CODIFICATION

La codification communautaire se distingue alors logiquement quant aux méthodes utilisées de celles appliquées dans les ordres juridiques nationaux. À la différence de la codification française par exemple, l'ambition n'est pas d'élaborer de « grands codes » couvrant des branches entières du droit positif, mais plutôt de

¹ V. par ex. A. Fenet, Diversité linguistique et construction européenne, RTDE 2001, 235.

² V. par ex. CJCE, 9 mars 2000, Evangelischer Krankenhausverein Wien et Wein, aff. C-437/97 : Rec. I, p. 1157.

³ V. en ce sens le rapport Garcia Amigo préc. PE Doc A2-152-89, pt. J., selon lequel « le travail de clarification doit également être fait au niveau des réglementations nationales et régionales — là où elles existent — qui définissent les modalités d'application des dispositions communautaires pour permettre au citoyen, à l'administrateur public et au juge national ou communautaire d'avoir une vision claire du contexte juridique dans lequel s'exercent les activités régies par le droit communautaire ».

⁴ En ce sens, v. par ex. J.C. Piris, Après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes ? RTDE 1994, p. 1 s., sp. p. 21.

procéder à la consolidation/codification d'une législation plus ciblée. Les méthodes appliquées sont toutefois distinctes selon qu'il s'agit de codifier la législation et la réglementation (droit dérivé) ou de s'attaquer au texte « constitutionnel » (droit originaire).

A/ La codification du droit dérivé

En réalité, l'expression « codification du droit dérivé » prise dans son sens large regroupe plusieurs opérations de nature et d'intensité différente, allant de la « suppression du bois mort », c'est-à-dire l'élimination des textes juridiques devenus « obsolètes et surannés » sans altération de la situation juridique, jusqu'à la refonte législative qui ne s'effectue pas nécessairement « à droit constant ». La classification des différentes méthodes de simplification/codification a été récemment systématisée par la Commission dans une communication importante au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 11 février 2003, intitulée « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire »¹. L'idée dominante est d'établir un « plan d'action » sur la base d'une « stratégie coordonnée » visant à « simplifier l'environnement réglementaire », conformément au mandat adressé à la Commission par le Conseil européen de Lisbonne (mars 2000), confirmé par les Conseils européens de Stockholm (mars 2001), de Laeken (décembre 2001) et de Barcelone (mars 2002).

Si l'on laisse de côté la publication dans un support papier unique de textes juxtaposés et classés chronologiquement, qui correspond au degré zéro de l'écriture juridique, on peut distinguer des degrés de simplification d'intensité croissante.

Le premier degré correspond à ce que le jargon communautaire qualifie de « consolidation » : il s'agit d'intégrer dans un seul texte qui n'est pas par lui-même juridiquement contraignant les dispositions d'un instrument initial et l'ensemble des modifications ultérieures. Selon les conclusions de la Présidence lors du Conseil européen d'Edimbourg (1992), l'opération 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 », selon un processus qui « n'a pas d'effet juridique et n'affecte pas la validité de ces divers fragments ». Cette méthode est parfois autrement dénommée « coordination », « codification informative », « codification déclaratoire/déclarative ». Appelée à s'achever à la fin de l'année pour l'ensemble de l'acquis communautaire, cet exercice aboutira à une réduction du volume des textes allant jusqu'à 20 000 pages de JO, sans pour autant réduire le volume de la législation proprement dite, c'est-à-dire à « droit constant ». Le dispositif est accompagné d'un mécanisme de consolidation « automatique » dès publication d'un acte modifiant l'acquis. Par ailleurs la Commission envisage de procéder à l'abrogation des textes morts (application limitée dans le temps, texte dont la base juridique a été modifiée ou abrogée, actes dépourvus de pertinence générale en raison de leur champ d'application limité dans le temps ou dans

¹ COM(2003)71 final du 11 février 2003, communication complétée dans le document des services de la Commission, SEC(2003)165.

l'espace), mais en engageant — comme elle y est juridiquement contrainte — des procédures formelles soit relevant de sa seule autorité¹, soit impliquant l'intervention du Parlement et/ou du Conseil. Est envisagée dans l'attente d'une décision d'abrogation formelle une procédure dite de « reconnaissance d'obsolescence » qui procéderait par voie déclaratoire à un retrait de l'« acquis actif ». La présentation de l'acquis serait également modifiée en vue de distinguer les actes faisant partie véritablement de l'acquis actif à portée générale et ceux qui demeurent en vigueur avec un champ d'application limité. En principe les actes consolidés sont publiés au Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE), Série C (actes dépourvus d'effets obligatoires).

Le deuxième degré correspond à la codification proprement dite, parfois dénommée « codification officielle » ou « codification constitutive »². Elle vise à réunir dans un nouvel acte juridique toutes les dispositions d'un acte et toutes les modifications ultérieures, en éliminant au passage les dispositions obsolètes ou redondantes, en harmonisant les définitions et en corrigeant les erreurs. Les actes antérieurs sont formellement abrogés et seul le nouvel acte fait foi. Il est publié au JOUE, Série L (actes produisant des effets juridiques obligatoires). Estimée à une réduction de 22 500 pages de JOUE lors du Conseil européen de Laeken³, cette opération est en train d'aboutir à la suppression de 35 000 pages. Les 36 textes codifiés remplaçant 354 actes existants ont fait l'objet de propositions formelles, mais qui sont actuellement suspendues en attendant l'élargissement en mai 2004 de manière à stabiliser pour neuf mois l'acquis qui doit être intégré par les nouveaux Etats membres à la date de leur adhésion. La programmation établie par la Commission implique que l'exercice soit terminé fin 2005 pour l'ensemble du droit dérivé⁴. Cette opération s'effectue sur la base d'un accord interinstitutionnel conclu entre les trois institutions le 20 décembre 1994 sur « la méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs »⁵. Selon cet accord, la codification s'effectue « sans modification de substance » et en respectant intégralement « le processus législatif normal ». S'il est nécessaire d'aller au-delà d'une codification pure et simple, la Commission doit présenter une proposition formelle.

Le troisième degré est qualifié de « refonte » : « alors que la codification est un exercice textuel n'impliquant aucun changement d'orientation, la refonte est synonyme de modifications considérables du texte de base »⁶ L'exemple le plus

¹ Le nombre d'actes concernés est évalué à plus de 450 représentant plus de 1000 pages de JO.

² V. la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Codification de l'acquis communautaire » du 21 novembre 2001, COM(2001)645final ; v. également la communication précitée COM(2003)71 final du 11 février 2003.

³ COM(2001)726 du 5 décembre 2001.

⁴ A titre indicatif, on relèvera que le nombre total de « familles juridiques » (*i.e.* acte de base + modifications) à traiter est d'environ 2400.

⁵ JOCE n° C-102 du 4 avril 1996.

⁶ Communication préc. COM(2003)71 final du 11 février 2003, sp. p. 14.

significatif est fourni par l'élaboration du Code des douanes communautaire¹, qui a remanié l'ensemble des textes applicables depuis les débuts de l'union douanière. Conscients des limites inhérentes aux méthodes de la consolidation et de la codification officielle, les institutions ont adopté le 28 novembre 2001 un accord interinstitutionnel « pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques »². La refonte y est définie comme l'adoption d'un texte législatif unique qui, en cas de modification substantielle d'un acte précédent, à la fois apporte la modification souhaitée, procède à la codification de celle-ci avec les dispositions de l'acte précédent qui restent inchangées et abroge ce dernier ».

On perçoit ainsi la progressivité des méthodes mises en œuvre en vue d'assurer la codification au sens large du droit communautaire dérivé. On ajoutera seulement que la Commission a établi une série d'indicateurs destinés à définir l'ordre des priorités sectorielles et le degré d'intensité requis de manière à organiser dans le temps le processus global de codification. Les paramètres retenus correspondent à l'importance qualitative ou quantitative du domaine, aux dysfonctionnements de l'application de la législation existante (nombre et ampleur des manquements, insécurité juridique, bilan coût/avantage, risques potentiels majeurs pour les droits fondamentaux ou l'environnement par exemple) ou encore aux nécessités d'une mise à jour législative, notamment en raison d'engagements internationaux³. Cette structuration du processus de codification/simplification a intégré l'expérience des « programmes glissants de codification » mis en œuvre notamment dans le cadre des programmes SLIM (acronyme de « simplifier la législation relative au marché intérieur »), du fonctionnement de la *Task Force* dite « *Best* » (pour « *Business Environment Simplification Task Force* »⁴), et des travaux de codification opérés dans les domaines de l'étiquetage des denrées alimentaires, de la sécurité des travailleurs, des règles et formalités douanières, de la fiscalité indirecte ou encore de l'agriculture ou de la pêche⁵.

B/ La simplification/codification du droit originaire

Il peut paraître curieux d'envisager la simplification des traités constitutifs en termes de codification. Pourtant c'est bien ce que faisait la Cour de justice dans son rapport sur le fonctionnement de l'Union européenne lors de l'élaboration du traité d'Amsterdam, où l'on peut lire :

« le prochain exercice de révision pourrait fournir l'occasion de procéder à une codification et à un assainissement des traités institutifs. En effet, la multiplicité

¹ Règlement (CE) du 12 octobre 1992, JOCE n° L 302, p. 1, modifié notamment par le Règlement (CEE) n° 2454/93, JOCE n° L 253, p. 1.

² JOCE n° C 77 du 28 mars 2002, p. 1.

³ En particulier OMC, OMI, Codex alimentarius...

⁴ Cet exercice vise principalement à simplifier les facteurs de contrainte législative et administrative pesant sur les PME.

⁵ A titre d'exemple de la méthode, v ; Règlement (CEE) n° 3687/91 du Conseil du 28 novembre 1991 (OCM Pêche), JOCE n° L 354 du 23 décembre 1991, p. 1.

des traités qui forment la base constitutionnelle du droit de l'Union, dont le traité CECA qui vient à échéance en 2002, la compartimentation parfois artificielle créée par le système des trois piliers, le maintien de nombreuses dispositions dépassées ou obsolètes, l'emploi d'une numérotation utilisant des chiffres et des lettres vont à l'encontre des exigences de transparence et placent le citoyen de l'Union dans une situation peu satisfaisante du point de vue de la sécurité juridique¹.

Le Conseil partageait d'ailleurs ce point de vue :

la juxtaposition successive des traités et de leurs modifications, avec les conséquences qui en résultent sur la lisibilité des textes, a accru l'impression de complexité et nuit à la bonne compréhension de l'Union et de son fonctionnement.²

Le Conseil européen de Turin, puis celui de Dublin allaient d'ailleurs donner mandat à la CIG de

présenter une version considérablement simplifiée des traités, de manière à les rendre plus lisibles et plus simples à comprendre pour les citoyens de l'Union, et ce d'une manière qui ne remette pas en cause l'acquis des traités, qui préserve la structure en trois piliers et ne retarde pas la conclusion de la conférence.

L'exercice de « simplification », qui a donné lieu à des « travaux préparatoires » particulièrement intéressants³ a abouti à l'adoption des articles 6 à 11 du traité d'Amsterdam, sur la base desquels a été réalisée l'abrogation des dispositions caduques, mais en travaillant à droit constant⁴ : le résultat n'est pas négligeable, puisque 47 articles du traité CE ont été abrogés et 60 modifiés ou partiellement supprimés, de même que 9 protocoles ont été abrogés et 11 modifiés ou partiellement supprimés. La deuxième opération, plus contestable et plus contestée, a consisté à procéder à une renumérotation des dispositions des traités⁵. En revanche, la « consolidation » n'a été envisagée qu'avec valeur « explicative » et en aucun cas « constitutive », et n'a abouti qu'à une Déclaration n° 42 annexée à l'Acte final de la Conférence, maintenant l'objectif de codification mais différant sa mise en œuvre effective, non sans rappeler qu'en tout état de cause, « le résultat définitif de cet exercice technique (...) n'aura pas de valeur juridique ». Comme on

¹ Rapport de la Cour sur le fonctionnement de l'Union européenne, § 23.

² Rapport du Conseil sur le fonctionnement de l'Union européenne, sp. § 13, RTDE 1995, 347.

³ On pense notamment aux travaux menés au sein de l'Institut universitaire européen de Florence sous la direction de C.D. Ehlermann à la demande du Parlement européen, ou encore aux travaux de R. Bieber, Simplification des traités de l'Union, Projet n° IV/95/25, 25 décembre 1995. Sur l'exercice de simplification, qui a abouti aux dispositions des articles 6 à 11 du traité d'Amsterdam, v. en particulier J.P. Jacqué, *op.cit.* RTDE 2001, 903.

⁴ Pour une analyse détaillée, v. le rapport explicatif établi par le Secrétariat général du Conseil, Doc 97/C-353/01, JOCE n° C 353 du 20 novembre 1997. V. également D. Simon, La lisibilité du droit communautaire, in J. Rideau (sous la direction de), La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique, Paris LGDJ 1998, sp. p. 96 s.

⁵ Pour une défense et illustration de l'exercice, v. J.P. Jacqué, La simplification et la consolidation des traités, RTDE 1997, 903. Pour un point de vue très critique, v. F. Lagondet, La simplification des traités, Europe février 1998, Repères, p.1.

le sait, le traité de Nice n'a pas fait progresser le projet, sans doute en partie parce qu'il est dorénavant lié à la problématique de la constitution européenne.

III/ LE SUIVI : LES LIMITES DE LA CODIFICATION EUROPEENNE

Sans négliger les résultats considérables auxquels est parvenu ou est sur le point de parvenir l'exercice de codification communautaire, surtout s'agissant du droit dérivé, on ne peut s'empêcher d'avoir une impression légèrement décevante, quand on met en rapport l'ampleur des efforts — politiques, administratifs, budgétaires — consentis, avec les résultats — finalement relativement modestes — obtenus. On peut trouver une première explication dans les limites inhérentes à l'exercice de codification à droit constant. Mais une autre considération mérite qu'on s'y attarde : le modèle communautaire de codification commence à intégrer ce qui pourrait sans doute permettre de surmonter certains blocages de l'exercice, à savoir des méthodes de traitement préventif.

A/ La codification à droit constant : un traitement nécessairement homéopathique

Si l'on veut appréhender l'effort de simplification/codification/lisibilité du droit en termes de bonne gouvernance, comme le fait la Commission européenne depuis la publication du Livre Blanc sur la gouvernance européenne¹, on est nécessairement conduit à s'interroger sur les blocages inhérents aux méthodes de codification dominantes, qui fonctionnent principalement, sinon exclusivement à droit constant. Or une véritable révolution dans la lisibilité des traités et de l'acquis communautaire passe probablement par un dépassement de la seule clarification de l'existant. En d'autres termes de véritables opérations chirurgicales s'imposent là où l'homéopathie a montré ses limites. Faut-il faire appel aux mânes de Portalis, qui écrivait :

« Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover. On ne doit pas céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles le caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes ».

L'idée, selon laquelle la plus belle codification à droit constant du monde ne peut pas donner plus que ce qu'elle a, renvoie à un constat que nous avons fait précédemment, qu'il s'agisse du droit dérivé ou du droit primaire.

Concernant le droit dérivé, il est évident que l'un des obstacles majeurs à la lisibilité du droit communautaire est indissociable de la complexité des sources.

¹ Livre Blanc sur la gouvernance européenne, COM(2001) 428 final, 25 juillet 2001, disponible sur le site europa.eu.int/comm/governance/white_paper/index_fr.htm. V. également Gouvernance européenne, Travaux préparatoires au Livre Blanc, Luxembourg OPOCE 2002.

Autrement dit, une véritable simplification n'est possible que pour autant que l'identification des actes et la hiérarchie des normes sont au préalable « revisités ».

A cet égard, si les innovations introduites dans le projet de constitution européenne sont entérinées par la CIG, on pourra envisager que la codification repose sur une distinction entre loi européenne, loi-cadre européenne et règlement européen. Ce n'est ni le lieu ni surtout le moment de discuter ici du bien-fondé de cette nouvelle typologie des actes communautaires. Il est en tout cas certain qu'une meilleure ventilation entre mesures à portée normative et mesures d'exécution devrait permettre de consolider le corpus législatif à vocation générale et de mettre en œuvre un dispositif de *codification glissante* pour les actes d'exécution, tels que les mesures d'adaptation au progrès technique qui pour l'instant perturbent considérablement toute tentative de codification.

Par ailleurs, il est clair que l'exercice de codification entrepris au niveau communautaire ne peut pas être un jeu autiste : comme l'a souligné à plusieurs reprises la Commission, notamment dans son Livre Blanc sur la gouvernance, la clarification du droit dans le cadre de l'Union européenne suppose non seulement une codification du droit communautaire *stricto sensu*, mais également une simplification et une clarification du droit des Etats membres adopté en application ou pour la mise en œuvre du droit communautaire : « les Etats membres, tant au niveau des gouvernements que de leur Parlement, ont également une responsabilité politique importante dans la simplification et l'amélioration de l'environnement réglementaire »¹. Or il est impossible d'envisager une codification communautaire du droit national d'exécution sans repenser la répartition verticale des compétences². La question est donc beaucoup plus politique que technique...

Le même raisonnement peut être tenu s'agissant du droit originaire. Le projet de constitution n'a pas attaché une importance excessive aux idées qui avaient été avancées quant à la réécriture des traités dans un souci de transparence³

Or quelque soient les progrès déjà effectués sur le terrain de la transparence formelle, « une transparence 'plus substantielle' nécessiterait une refonte des traités, une répartition plus claire des compétences et une simplification des procédures »⁴.

Si l'on laisse de côté ces exigences politiques d'une véritable codification, qui correspond au souhaitable, on peut suggérer une série de considérations qui tiennent cette fois au « possible ». Sur ce point également, le modèle communautaire est porteur d'une dimension qui mérite d'être signalée.

¹ Communication de la Commission du 6 juin 2002, Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM(2002) 278 final/2, sp. p. 16.

² Sur cette notion, v. D. Simon *Le système juridique communautaire*, Paris PUF 3^{ème} éd. 2001.

³ Sur les suggestions en matière de « réécriture des traités » antérieurement au traité de Nice, v. notamment J.P. Jacqué, *La simplification et la consolidation des traités*, RTDE 1997, 195 ; D. Simon, *La lisibilité du droit communautaire*, *loc.cit.* sp.p. 101.

⁴ J.C. Piris, art. cit. RTDE 1994, p. 1 s.

B/ La codification anticipée : un traitement préventif

Les travaux de la Commission européenne ont en effet mis en évidence une des pratiques qui conditionnent l'efficacité du processus de simplification du droit. Il s'agit de concevoir l'exercice de codification comme indissociable d'un traitement préventif qui peut permettre d'en renforcer par avance la mise en œuvre.

La Commission a en particulier lié l'efficacité du processus de codification *a posteriori* à trois principes qui me semblent importants.

En premier lieu, le succès de la codification suppose des progrès dans la *qualité rédactionnelle* des textes communautaires. Cet aspect préalable à l'opération de systématisation du droit est supposé contribuer à une transparence en amont qui devrait faciliter en aval la réalisation de la codification¹. C'est dans cette direction qu'a été adopté le 22 décembre 1998 un accord interinstitutionnel fixant des lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire², lesquelles établissent une sorte de code de conduite sur le vocabulaire, le style, la structure des actes susceptibles d'être adoptés, en intégrant à l'avance les difficultés linguistiques et conceptuelles liées au fait que cette législation est destinée à être appliquée dans 15 et bientôt dans 25, voire 27 Etats membres. Sont ainsi prohibés les abréviations, le jargon technique ou juridique inutile, les références croisées ou en cascade, les modifications subreptices, les ambiguïtés sur les dates d'entrée en vigueur et les effets dans le temps, les annexes créatrices d'obligations supplémentaires, les abus des déclarations interprétatives, bref tous les éléments qui traduisent un dysfonctionnement du mécanisme légistique. Ces consignes mobilisent les services juridiques des institutions ainsi que les juristes linguistes, afin de remédier aux faiblesses initiales des textes qui compliquent ensuite l'opération de codification.

En deuxième lieu, est généralisé le principe des *études d'impact juridique* obligatoires avant l'adoption d'un acte nouveau, sur le modèle des études d'impact environnemental. Cette étude préalable devrait permettre d'établir la légitimité de l'intervention communautaire au regard des règles de répartition des compétences et du jeu des principes de subsidiarité et de proportionnalité, d'opérer le choix optimal de l'instrument juridique approprié, de dresser un bilan coût/avantage de l'acte envisagé.

En troisième lieu seront institués des mécanismes de *révision automatique* des actes antérieurs lors de l'adoption d'un nouvel acte. Initialement le principe valait à la dixième modification ; les dispositions actuelles imposent une révision/codification dès la cinquième modification. On en arrive ainsi à un dispositif de *codification mécanique et glissante*, qui devrait se substituer

¹ V. sur ce point T. Blanchet, Transparence et qualité de la législation RTDE 1997, 915 s.

² JOCE n° C 73 du 17 mars 1999. Cet accord met en œuvre les principes posés par la déclaration n° 39 annexée à l'Acte final du traité d'Amsterdam.

progressivement aux opérations complexes de codification mises en œuvre par le passé.

En conclusion, on peut avancer trois remarques, destinées à ouvrir le débat plutôt qu'à suggérer l'existence de recettes-miracles.

Tout d'abord, il faut clairement affirmer que *mieux légiférer* n'est pas nécessairement *moins légiférer*. Simplification n'est pas synonyme de déréglementation. Ce rappel n'est pas inutile, dans la mesure où les chantres de la simplification/codification s'appuient souvent sur le mythe de la transparence du droit pour justifier une déréglementation rampante, dans une optique qui se rattache soit à une idéologie ultralibérale honteuse, soit à un souverainisme déguisé. A cet égard, les travaux du « Groupe Molitor »¹ sont hautement révélateurs : si l'on pouvait partager certains arguments quant au diagnostic établi, les remèdes proposés, à la fois dans la partie générale et dans les parties sectorielles du rapport, préconisent davantage la réduction ou la suppression des règles que leur clarification ou leur codification, en vue d'une dérégulation qui, même selon certains membres du groupe, impliqueraient « *de facto* le démantèlement de l'acquis communautaire »², ce qui explique l'accueil très hostile réservé par le Parlement européen à de telles prises de position³. Plus récemment, la codification des directives « assurance directe sur la vie » et « coordination bancaire » paraît coexister avec un processus rampant de décodification, auquel les soucis de dérégulation ne semblent pas étrangers⁴

En deuxième lieu, il ne faut jamais oublier le rôle majeur joué par la jurisprudence communautaire et nationale dans la mise en œuvre du droit communautaire. Les bienfaits d'une clarification du droit écrit ne doivent pas être payés au prix fort d'une rigidité excessive de la norme communautaire. L'application de règles communes au sein de 15, bientôt 25 voire 27 systèmes juridiques nationaux, qui procèdent d'un héritage historique, d'une sédimentation juridique et d'un fonds axiologique qui leur sont propres, suppose une dialectique « uniformité/adaptation » fort complexe, qu'il est nécessaire — et probablement souhaitable — d'encadrer par une simplification *a priori* du droit, mais qu'il n'est pas nécessaire — ni probablement souhaitable — d'annihiler par un retour illusoire et dépassé à une vision purement exégétique de l'interprétation juridique.

Enfin — et la remarque ne vaut évidemment pas seulement dans le contexte du droit communautaire — il convient sans doute d'éviter de sombrer dans la démagogie de la codification. Trop de codification tue la codification, n'en déplaise aux Diafoirus de la transparence nostalgiques de l'époque historique d'un droit

¹ Il s'agit d'un « groupe d'experts indépendants de simplification législative et administrative », dont le rapport a été publié sous les références SEC (95) 1379, puis COM (95) 288 final du 21 juin 1995.

² V. notamment l'avis minoritaire de M. Soren Christensen.

³ Résolution PE du 4 juillet 1996, JOCE n° C 211 du 22 juillet 1996, p. 23.

⁴ V. sur ce point B. Soussi, *Droit européen des valeurs mobilières : silence on décodifie !*, Dalloz 2003, 2218.

squelettique, destiné à résoudre les problèmes simples d'une société rurale à faible niveau de développement économique dans laquelle la règle de droit n'occupait qu'une place mineure. La *juridicisation* et la *juridictionnalisation* des sociétés modernes engendre à l'évidence une technicité et une complexité du droit, mais la revendication nostalgique d'un éternel retour au paradis perdu de l'admirable simplicité du code civil des Français n'est sans doute pas une réponse adaptée au pluralisme juridique et à la complexité intrinsèque des systèmes juridiques post-modernes. Faut-il rappeler la formule désabusée de Valéry : « L'univers est affligé de deux maux : l'ordre et le désordre... »

Bibliographie indicative¹

- Blanchet, T., Transparence et qualité de la législation, RTDE 1997, 915.
- Dragone, S., La codification communautaire, techniques et procédures, RMUE n° 1/1998, p. 77.
- Isaac, G., La codification du droit communautaire, RTDE 1977, 79.
- Jacqué, J.P., La simplification et la consolidation des traités, RTDE 1997, 903.
- Magnin, S., La codification du droit communautaire, AJDA 1997, p. 678.
- Piris, J.C., Après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes ? RTDE 1994, p. 1 s.
- Simon, D., La lisibilité du droit communautaire, *in* J. Rideau (sous la dir. de), La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique ?, Paris LGDJ 1999, p. 79 à 109.
- Wallace, H., Transparency and the legislative process in the European Union, *in* J. Rideau (sous la dir. de), La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique ?, Paris LGDJ 1999, p. 113 à 120.

Principaux textes officiels

Accords interinstitutionnels

Accord interinstitutionnel du 20 décembre 1994 sur la méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs, JOCE n° C 102 du 4 avril 1996.

Accord interinstitutionnel du 28 novembre 2001 pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques, JOCE n° C 77 du 28 mars 2002, p. 1.

¹ Ces quelques indications n'ont évidemment aucune prétention à l'exhaustivité. Elles ne mentionnent que les sources traitant spécifiquement de la codification dans le cadre communautaire, à l'exclusion des sources plus générales sur le processus de codification.

Accord interinstitutionnel du 22 décembre 1998 sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, JOCE n° C 73 du 17 mars 1999.

Commission

Livre Blanc de la Commission sur la gouvernance européenne, COM(2001) 428 final du 25 juillet 2001.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Codification de l'acquis communautaire, COM(2001) 645 final du 21 novembre 2001.

Communication de la Commission, Gouvernance européenne, mieux légiférer, COM(2002) 275 final/2 du 6 juin 2002.

Communication de la Commission, Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM (2002) 278 final/2 du 6 juin 2002.

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au comité économique et social et au Comité des régions, Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire, COM (2003) 71 final du 11 février 2003.

Parlement européen

Rapport M. Garcia Amigo, sur la transparence du droit communautaire et la nécessité de sa codification, PE Doc B2-1676/85 du 22 mars 1989.

Résolution sur la simplification, la transparence et la codification du droit communautaire, JOCE n° C 158 du 26 juin 1989, 386.

Rapport M. Randzio Plath, sur la transparence du droit communautaire et la nécessité de sa codification, PE Doc 1994/0266 A3.

Résolution sur la transparence du droit communautaire et la nécessité de sa codification, JOCE n° C-205 du 25 juillet 1994, 514.

Conseil

Résolution du Conseil du 8 juin 1993 sur la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, JOCE n° C-166 du 17 juin 1993, p. 1.

Divers

Rapport du Groupe d'experts indépendants de simplification législative et administrative (Groupe Molitor), COM(95) final/2 du 21 juin 1995.

