

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Codification et décodification

Thunis, Xavier; van der Mensbrugghe, François

*Published in:*  
Annales de droit de Louvain

*Publication date:*  
2001

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*  
Thunis, X & van der Mensbrugghe, F 2001, 'Codification et décodification: le droit comparé à contribution', *Annales de droit de Louvain*, pp. 59-77.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Codification et décodification : le droit comparé à contribution

par Xavier THUNIS

*Chargé de cours à la Faculté de droit de Namur  
Chargé de cours invité à la Faculté de droit de Louvain*

et François-R. VAN DER MENSBRUGGHE

*Assistant à la Faculté de droit de Namur*

## INTRODUCTION

Les codifications belges récentes ont une portée généralement limitée : elles compilent plus qu'elles n'ordonnent <sup>1</sup>. Le droit comparé joue un rôle qu'il s'agit de caractériser (Section I<sup>re</sup>). Le temps des grands codes (Code civil français ou allemand) et donc des confrontations de traditions juridiques nationales paraît révolu <sup>2</sup>. Bien plus, les codes qui ont survécu sont soumis à un mouvement de décodification. Celle-ci prend deux formes principales : soit elle attaque le code de l'intérieur en y insérant des lois qui ne respectent pas son ordonnancement. Tel est le cas du Code de commerce belge de 1867 qui n'est plus qu'une collection de lois particulières <sup>3</sup>. Soit la décodification opère plus franchement et du dehors : le code reste intact mais les textes qui devraient s'y intégrer sont soustraits à son empire. Ils demeurent à l'état de lois particulières. Celles-ci forment une nébuleuse et gravitent autour du code qu'elles viennent compléter ou modifier sur des points parfois fondamentaux. Sous l'influence de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux

---

<sup>1</sup> H. SIMONART, « La codification en droit belge : rayonnement et limites de la codification napoléonienne », *A.J.D.A.*, 20 septembre 1997, pp. 672 et s.

<sup>2</sup> V. les réflexions stimulantes de F. ZENATI, « Les notions de code et de codification » in *Mélanges Christian Mouly*, t. 1<sup>er</sup>, Paris, Litec, 1998, pp. 217 et s.

<sup>3</sup> Comme l'écrit H. SIMONART, (*op. cit.* p. 673) de façon imagée, « du *corpus* originaire, ... ne subsiste que le squelette ».

tueux <sup>4</sup>, le Code civil belge s'est ainsi vu adjoindre, sans intégration, la loi du 25 février 1991. De même la loi belge du 14 juillet 1991 anticipant la directive européenne du 5 avril 1993 <sup>5</sup> règle, en dehors du Code civil, la matière des clauses abusives pourtant directement liée aux principes directeurs de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi. On s'interroge sur le rôle du droit comparé dans la conception et la mise en œuvre des directives européennes dont la transposition en droit belge entraîne une certaine décodification de celui-ci (Section II).

## SECTION I<sup>re</sup>. — LE RECOURS AU DROIT COMPARÉ DANS LES NOUVELLES CODIFICATIONS

### § 1<sup>er</sup>. — Code et codification

Le Code est un mythe. Dans sa forme la plus achevée et la plus systématique, il représente une sorte de perfection à laquelle aspire toute discipline juridique qui y affirme, de façon quasi politique, son existence, sa cohérence et sa légitimité <sup>6</sup>. Sur le plan social, la codification, comme le souligne P. BOURDIEU, « apporte des profits collectifs de clarification et d'homogénéisation » <sup>7</sup>. Même imparfait ou modeste, le code a une vertu cognitive : il facilite l'accès au droit et le fait connaître <sup>8</sup>. En France, cette vertu cognitive a fait l'objet d'une reconnaissance solennelle. Dans une décision du 16 décembre 1999, portant sur la constitutionnalité de la codification par voie d'ordonnances, le Conseil constitutionnel élève l'accessibilité et l'intelli-

<sup>4</sup> Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.C.E.*, n° L 210/29 du 7.8.85. *Cfr.* aussi Directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999 modifiant la directive 85/374 CEE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.C.E.*, n° L 141/20 du 4.6.1999.

<sup>5</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 95/29 du 21.4.93.

<sup>6</sup> Pour plus de détails, F. OST, « La codification, une technique juridique pour aujourd'hui » in *L'Etat propulsif* (C.A. MORAND éd.), Publisud 1991, pp. 239 et suiv., qui, se référant à VANDERLINDEN, synthétise les attributs concourant à réaliser cette perfection juridique : concentration de la matière juridique, publicité, maniabilité, structuration, clarté, complétude, etc.

<sup>7</sup> P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, éd. de Minuit 1987, pp. 98 et s. Cette affirmation du sociologue a été reprise par plusieurs hommes politiques français. MM. Rocard et Balladur notamment insistent sur la nécessité de la codification comme instrument de la connaissance et de la compréhension du droit. *Cfr.* sur ce point B. OPPETIT « De la codification », *D.* 1996, chron. p. 35, 2<sup>e</sup> colonne.

<sup>8</sup> Ceci est fortement souligné par F. ZENATI, *op. cit.*, pp. 246 et s.

gibilité de la loi au rang « d'objectifs à valeur constitutionnelle »<sup>9</sup>. La haute cour constitutionnelle précise que l'accès au droit est nécessaire à l'exercice des droits et libertés fondamentaux garantis au citoyen<sup>10</sup>. Dans la foulée de cette décision, le Gouvernement français a adopté une série d'ordonnances aboutissant à un code de l'éducation, un code de justice administrative, un code de la santé publique, un nouveau code de commerce. En tout, la France n'attend pas moins de neuf codes nouveaux.

Les formes de codification contemporaines ne se laissent pas facilement réduire à un commun dénominateur. Une forme minimale de codification consiste à regrouper dans un même document des textes jusqu'alors dispersés, sans les réordonner ni les modifier. C'est la codification-compilation, opération presque purement matérielle de juxtaposition dont le résultat est parfois qualifié de code par ses auteurs, ce qui est contestable<sup>11</sup>. À l'autre extrême, la codification au sens noble, celle dont Portalis disait qu'elle est « l'esprit de méthode appliqué à la législation », opère une mutation qualitative des règles rassemblées. Celles-ci se voient réordonnées, complétées et hiérarchisées dans un ensemble ayant une ambition systématique et des principes directeurs propres. Si l'époque contemporaine n'est pas riche en grands codes, elle est féconde en cas de figures intermédiaires<sup>12</sup>. La codification dite à droit constant, qui réordonne des normes existantes sans (en

<sup>9</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 99-421 DC du 16 novembre 1999, *J.O.R.F.*, 22 décembre 2000, p. 19041. Parmi les nombreux commentaires de cette décision, *cf.* Didier RIBES, « Codes en stock. Le Conseil constitutionnel et les aléas de la codification », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 41, pp. 120-125 (2000); J.-E. SCHOETL, « Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 : loi habilitant le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes », *AJDA* 2000, p. 31.

<sup>10</sup> En France, l'article 2 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, précise que la mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public. Pour le texte de la loi, *cf.* *J.O.R.F.* 13 avril 2000, p. 5646; *D.* 2000, Lég. p. 221. Cette idée avait déjà été exprimée par le Conseil d'État de France relativement aux bases de données juridiques : *cf.* Conseil d'État, 17 décembre 1997 (req. n° 181611), *Ordre des avocats à la Cour de Paris, Leb.* p. 491; *AJDA* 1998, p. 363, concl. Jean-Denis COMBEXELLE.

<sup>11</sup> Ces compilations font accéder à la dignité de codes la simple juxtaposition de lois, ce qui jette le trouble sur la distinction entre celles-ci et ceux-là (F. ZENATI, *op. cit.*, p. 249). À l'inverse, certaines lois qui regroupent et organisent de façon structurée des ensembles de textes parfois considérables se refusent la qualification de codes qu'elles mériteraient pourtant. V. sur ce point les observations de H. SIMONART, *op. cit.*, p. 674 (à propos de la codification de la loi communale) et de J. HOEFFLER, « L'avenir de la codification en Belgique », in *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1986, nos 3-4, pp. 770 et s. (à propos des codifications par secteurs).

<sup>12</sup> La classification la plus fine est celle proposée par B. OPPETIT (*op. cit.*, p. 37 et s.) qui distingue codes-consolidations, codes-consolidation, codifications réformatrices et codifications menées à droit constant.

principe) en créer de nouvelles, en fournit une belle illustration <sup>13</sup>. Ces clarifications sont utiles mais relatives. La codification à droit constant n'est pas très éloignée de la compilation. En sens inverse, on remarque que le simple rapprochement des textes a une vertu heuristique. Leur mise en relation en change la perception et, dans une certaine mesure, le sens <sup>14</sup>. La récente codification du droit des sociétés en fournit une illustration frappante <sup>15</sup>.

Sans sous-estimer les ambitions réformatrices qui peuvent animer certaines matières nouvelles telles que le droit de la consommation ou le droit de l'environnement, il faut reconnaître que les codifications contemporaines sont plus des méthodes de présentation que de production du droit <sup>16</sup>. La question qui va guider notre examen est alors de savoir si à un type de codification modeste ou minimaliste correspond un certain type d'utilisation du droit comparé.

## § 2. — Le rôle du droit comparé dans les codifications récentes

Hormis le Code judiciaire du 10 octobre 1967 qui réalise une vaste réforme de la procédure civile et de l'organisation judiciaire <sup>17</sup>, les œuvres législatives de grande envergure sont rares en droit belge contemporain <sup>18</sup>. On en a conclu au déclin de la (vraie) codification <sup>19</sup>. Même si, en vertu d'une loi du 4 août 1996, le Conseil d'État peut aujourd'hui coordonner, codifier ou simplifier la législation sur habilitation du Premier Ministre, des présidents des assemblées législatives fédérales, communautaires ou régionales, ou des présidents des Gouvernements communautaires ou régio-

<sup>13</sup> Le législateur français définit la codification à droit constant dans les termes suivants : « La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état de droit » (article 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *précitée*). C'est la première fois que le législateur définit la codification à droit constant. *Cfr.* A. LIENARD et C. RONDEY, « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de commerce) », *D.* 2000, chron., pp. 521-526.

<sup>14</sup> F. ZENATI, *op. cit.*, p. 248.

<sup>15</sup> V. les remarques de M.-A. DELVAUX et M. COIPEL, « Le Code des sociétés », *J.T.*, 2000, pp. 545 et s., en particulier le n° 41.

<sup>16</sup> G. MARTIN, « Principes pour une codification de l'environnement » in *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* Bruxelles, VUB Press, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 289 et s.

<sup>17</sup> Parmi les publications de l'époque à ce sujet, v. E. KRINGS, C. CAMBIER, A. FETTWEIS, J. VAN DEN BOSSCHE, G. HORSMANS, P. WATELET et P. JENARD, *Le Code judiciaire*, Namur et Bruxelles, Larcier, 1969.

<sup>18</sup> Pour un aperçu d'ensemble, H. SIMONART, *op. cit.*, pp. 672 et s.

<sup>19</sup> J. HOEFFLER, *op. cit.*, p. 769.

naux<sup>20</sup>. Cette réforme constitue un changement considérable par rapport à la procédure prévue dans la loi du 13 juin 1961 relative à la coordination et à la codification des lois<sup>21</sup>.

Un double mouvement anime l'État belge durant la seconde moitié de ce siècle : l'intégration européenne le soumet à l'influence grandissante des directives et règlements communautaires ; le fédéralisme, proclamé depuis 1993 par l'article 1 de la Constitution, consacre la compétence exclusive des régions et communautés dans des matières importantes, telles que l'environnement, l'enseignement, le logement, etc.<sup>22</sup>. Cette perte de substance législative de l'État central au profit des institutions européennes et des entités fédérées réagit sur la nature et l'objet des codifications récentes en Belgique.

Un premier type de code concerne des matières traditionnellement considérées comme nationales parce que très liées au génie particulier d'un peuple ou à l'exercice de la souveraineté étatique. Tel est le cas du Code judiciaire, du Code de la nationalité, des différents codes adoptés dans le domaine fiscal<sup>23</sup> (à l'exclusion de la T.V.A.) ou encore de la récente réforme du code de procédure pénale<sup>24</sup>. Encore faut-il apporter quelque nuance à cette affirmation générale : les travaux préparatoires du Code judiciaire affirment une volonté comparative et l'influence française s'y exerce, explicitement ou implicitement<sup>25</sup>.

L'influence du droit européen sur les recherches de droit comparé apparaît nettement dans un deuxième type de codification. Celle-ci trouve son origine dans l'initiative européenne qui décide d'unifier ou d'harmoniser un ensemble de règles pour des raisons liées à l'achèvement du marché inté-

<sup>20</sup> V. art. 6bis des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, inséré par l'article 7 de la loi du 4 août 1996 (*M.B.*, 20 août, Errat., *M.B.* 8 oct.) en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1996 (art. 47) et modifié par l'article 6 de la loi du 8 sept. 1997 (*M.B.*, 16 oct.). Le travail de codification est confié au bureau de coordination du Conseil d'État, lui-même composé de dix référendaires. Une fois le projet de code réalisé, il est soumis à la section de législation du Conseil d'État qui le transmet, avec avis, au Premier Ministre ou aux présidents intéressés.

<sup>21</sup> *M.B.*, 11 juillet 1961. Sous l'empire de cette loi, l'initiative de codification appartenait au ministre qui avait l'Administration générale dans ses attributions ou au ministre compétent. En tout état de cause, il fallait passer par le Roi.

<sup>22</sup> V. en général F. DELPÉRÉE, « La Belgique est un Etat fédéral », *J.T.* 1993, pp. 637 et s.

<sup>23</sup> Pour un aperçu d'ensemble, H. SIMONART, *op. cit.*, p. 674.

<sup>24</sup> Loi du 12 mars 1998, *M.B.*, 2 avril 1998, p. 10027. V. en général D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, « La réforme 'Franchimont'. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, pp. 417 et s.

<sup>25</sup> Sur ce point, G. HORSMANS, « L'utilisation du droit comparé par le législateur », *Rapports belges (vol. 2) au X<sup>ème</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant et Kluwer, 1985, pp. 11 et s. Cet auteur qualifie le législateur belge de comparatiste primaire (il limite ses recherches à une nation amie et voisine) et adepte de la comparaison familiale (la comparaison se situe au sein de la même famille juridique).

rieur. Le Code de la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.), introduit par la loi belge du 3 juillet 1969, a sa source dans les différentes directives européennes<sup>26</sup> qui visent à mettre en place un système uniforme de taxation des échanges. Ce nouveau code, qui se substitue à l'ancienne réglementation de la taxe assimilée au timbre, résulte de négociations entre les États européens. Il retranscrit pratiquement les directives européennes dont la rédaction, extrêmement précise, laisse peu de marge aux États membres et obscurcit la distinction entre une directive et un règlement<sup>27</sup>. C'est le droit européen lui-même, par le biais d'une directive ou d'un règlement, qui provoque ainsi le phénomène de codification<sup>28</sup> dans le droit interne des États membres. Dans le même ordre d'idées, ne peut-on dire que le droit administratif belge devient, lui aussi, le lieu de rencontre possible du droit comparé, du droit européen et d'une entreprise de codification<sup>29</sup>? Hormis quelques lois d'application générale<sup>30</sup>, le droit administratif belge contemporain est fragmenté. Même si la codification du droit administratif n'est pas à l'ordre du jour du législateur belge, il est significatif que la doctrine propose de codifier les règles d'élaboration de décisions exécutoires, recouvrant tout à la fois les enquêtes administratives auprès de personnes affectées par une décision, les consultations obligatoires d'organismes divers, l'obligation de motiver les décisions, et les conditions du recours administratif. Certains, se référant à l'article 94 du Traité de Rome (ex-article 100), soutiennent que le niveau européen est en définitive le plus approprié pour procéder à une telle codification : « *The glaring deficiency of Belgian administrative law in codification efforts can possibly be cured if codification would occur at the European level* »<sup>31</sup>.

L'accord de coopération conclu entre l'État fédéral belge, les communautés et les régions, en ce qui concerne la représentation de la Belgique au sein du Conseil de Ministres de l'Union européenne, pourrait avoir des inci-

<sup>26</sup> La directive de base est celle du 17 mai 1977 (77/388) qui détermine l'assiette uniforme de la T.V.A. dans les États membres de l'époque. Cette directive, la sixième, a été modifiée à plusieurs reprises par des directives visant à rapprocher les taux et à poursuivre l'harmonisation.

<sup>27</sup> La reprise, *verbatim*, dans le droit interne, de dispositions communautaires, soulève des problèmes de compétence de la *Cour de Justice des Communautés Européennes* (C.J.C.E.) à l'occasion de questions préjudicielles (article 177 CE). L'évolution de la Cour sur cette question a été « assez mouvementée ». Cfr. à cet égard Fr. POILVACHE, « Compétence préjudicielle et dispositions nationales inspirées du droit communautaire », *Journal des tribunaux — Droit européen*, 1998, pp. 121-125.

<sup>28</sup> Ou de décodification : v. *infra*.

<sup>29</sup> M. BOES et J. STUYCK, « Belgian Report » in *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, Bruxelles/Baden-Baden, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 333-376, pp. 373 et s.

<sup>30</sup> Voir par exemple la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991, p. 19976.

<sup>31</sup> M. BOES et J. STUYCK, « Belgian Report », *op. cit.*, p. 374 (nous soulignons).

dences sur la codification<sup>32</sup>. De prime abord, cet accord du 8 mars 1994 vise seulement à faire entendre la voix des entités fédérées au niveau européen et à faciliter la transposition des directives européennes. Au-delà, l'accord peut limiter le risque de télescopage entre normes de niveaux différents. Il peut également donner une impulsion à la codification dans la mesure où l'État central et les entités fédérées peuvent éprouver le besoin de recourir aux services du Conseil d'État en vertu de la loi précitée du 4 août 1996.

Le troisième et dernier type de code émane des entités fédérées, région ou communauté, agissant dans les limites de leurs compétences. Même s'il s'est amorcé depuis longtemps, le fédéralisme en Belgique reste une construction à parfaire. Des codes « régionaux » émergent. Pour l'instant peu nombreux, ils sont sectoriels et concernent des matières neuves : aménagement du territoire et environnement, logement, forêt, etc.

A chacun des types de code évoqués ci-dessus ne correspond pas de façon univoque, un mode de comparaison. Il est néanmoins possible de dégager des régularités ou des liens privilégiés entre tel type de code et tel mode de comparaison.

En ce qui concerne les codes dérivant d'initiatives européennes, le travail de comparaison ne s'effectue plus en priorité lors de l'élaboration du code. Il a lieu en amont, lors de la conception de la directive ou du règlement eux-mêmes qui sont déjà un compromis entre les traditions juridiques des différents Etats membres.

La comparaison d'État membre à État membre peut être réalisée à un second niveau, celui de la transposition du texte européen dans chaque ordre juridique national. Chaque État membre, confronté à son obligation de transposition, a une tendance naturelle, avouée ou non, à observer le voisin pour s'inspirer de la façon dont il s'acquitte de son devoir. Un déplacement s'opère : il ne s'agit plus de confronter deux traditions nationales mais de comparer la façon dont elles s'ajustent à une norme européenne hiérarchiquement supérieure. Le droit comparé n'intervient plus dans la conception de la norme nationale mais dans sa mise en œuvre précontrainte au niveau national par le droit européen. Le droit comparé est « en liberté surveillée »<sup>33</sup> et s'oriente exclusivement vers la comparaison intra communautaire.

---

<sup>32</sup> Accord de coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions, relatif à la représentation du Royaume de Belgique au sein du Conseil des Ministres de l'Union européenne, 8 mars 1994, *M.B.*, 17 novembre 1994, pp. 28209-28222.

<sup>33</sup> Les réflexions développées dans le texte s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux codes ou projets de codes élaborés dans le domaine des télécommunications ou du droit des sociétés suite aux vagues successives de directives européennes visant à la libéralisation du marché et à la liberté d'établissement.

Le fédéralisme belge a transféré bon nombre de compétences aux entités fédérées. Ainsi, en matière d'environnement, les régions wallonne, flamande et bruxelloise manifestent, depuis plusieurs années, une activité législative et réglementaire intense, soit d'initiative, soit en exécution de directives européennes. Comme le montrent notamment la matière des études d'incidence, des déchets ou celle de l'accès à l'information relative à l'environnement, la transposition des directives européennes par les décrets régionaux donne assez naturellement lieu à une comparaison interne entre les entités fédérées. Elle a parfois été dénommée, de façon significative, « Droit régional comparé »<sup>34</sup>. Ce genre d'exercice est le fait de la doctrine belge plutôt que du législateur régional qui préfère parfois rester discret sur ses emprunts et sur ses sources d'inspiration. La comparaison s'exerce pour l'élaboration de simples décrets car il y a, à l'heure actuelle, peu de véritables codes régionaux. Un code wallon de l'aménagement du territoire a été promulgué récemment mais il s'agit d'une codification sectorielle<sup>35</sup>. La tentative la plus ambitieuse a été celle de la Commission interuniversitaire pour la révision du droit de l'environnement en région flamande. Placée sous la présidence du professeur Bocken, celle-ci a poursuivi, pendant plusieurs années, un travail important et systématique qui aurait dû, si les circonstances politiques l'avaient permis, conduire à un véritable code de droit de l'environnement<sup>36</sup>. Même dans un travail aussi rigoureux, l'apport du droit comparé reste limité.

La comparaison interrégionale est présente sous forme de juxtaposition de même que la référence, souvent obligée, à la législation européenne<sup>37</sup>. Pour le surplus, le recours aux droits étrangers ou aux initiatives internationales, parfois substantiel, relève de la citation plus que de la comparaison. La référence est occasionnelle et illustratrice plutôt que systématique et explicative. Elle remplit une fonction d'information ou d'inspiration, une fonction d'autorité aussi<sup>38</sup> qui n'est pas sans évoquer certaines notes de bas de page ...

<sup>34</sup> Tel est le titre donné à l'une des parties de l'ouvrage, *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant 1995, pp. 437 et s. où sont reprises diverses contributions procédant à une analyse comparative des réglementations régionales dans le domaine de l'eau, des déchets, des études d'incidences ou des permis environnementaux.

<sup>35</sup> Le titre exact en est : Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine (décret du 26 novembre 1997).

<sup>36</sup> *Voorontwerp Decreet Milieubeleid*, Interuniversitaire Commissie tot Herziening van het Milieurecht in het Vlaamse Gewest, die keure 1995.

<sup>37</sup> Cf. ex., à propos des études d'incidence, la synthèse relative à la région bruxelloise et à la région flamande (pp. 319 et s.) et aux directives européennes.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 335. Sur un plan général, L.J. CONSTANTINESCO (*Traité de droit comparé*, T. III, *La méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 26) voit ce genre d'informations comparatives comme une sorte de « geste révérentiel ».

Cette utilisation fragmentaire, parfois allusive, des droits étrangers se retrouve, sur le plan national, dans un projet de codification du droit de la consommation<sup>39</sup>. L'information donnée y vaut par son pouvoir suggestif, ce qui n'est pas négligeable. Il ne semble pas qu'il y ait là droit comparé au sens strict du terme si l'on admet que celui-ci implique un jeu de confrontation des ressemblances et des différences entre deux systèmes de droit ou plus<sup>40</sup>. Sans doute notre point de vue trahit-il une préoccupation méthodologique qui n'est pas celle du législateur. Sur le plan législatif, mieux vaut une erreur méthodologique aux conséquences fécondes qu'un apport étranger correctement interprété mais inassimilable sur le plan social! Quoi qu'il en soit, il en ressort que des codifications à visée plus restreinte, et sous contrainte du droit européen vont sans doute de pair avec une utilisation limitée du droit comparé. Le temps n'est plus aux confrontations d'ensemble et aux comparaisons dualistes de grands monuments législatifs tels que le Code civil ou le BGB.

### § 3. — Le rôle du droit comparé dans la révision de la Constitution belge

Les publicistes belges refusent généralement de considérer comme une codification le réaménagement des textes constitutionnels qui a donné lieu à un document nouveau dénommé « Constitution coordonnée le 17 février 1994 ». Le motif en est que le réaménagement s'opère à l'intérieur d'un document normatif préexistant<sup>41</sup>. Étant donné que la différence avec une codification *stricto sensu* est assez mince et que la Constitution est un document fondamental, il nous a paru nécessaire d'examiner quelles sont les références au droit comparé dans les travaux préparatoires.

Dans la plupart des États fédéraux, les compétences résiduelles sont attribuées aux entités fédérées et non à l'État fédéral<sup>42</sup>. Dans le processus belge

<sup>39</sup> Le texte lui-même est intitulé « Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs » Ministère des Affaires économiques, septembre 1995. Il s'agit d'une véritable codification réformatrice comme l'indique clairement son introduction.

<sup>40</sup> Comp. M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ed. Ides et Calendes, Neuchatel 1971, p. 36 pour qui « le processus comparatif va de la simple citation d'un code ou d'un arrêt jusqu'à de vastes synthèses... » et G. HORSMANS, (*op. cit.*, p. 1) qui regrette que « le droit comparé tend à se confondre avec le premier signe d'extranéité, la simple référence étrangère... ».

<sup>41</sup> H. SIMONART, *op. cit.*, p. 672; dans le même sens, F. DELPÉRÉE, « La révision de la Constitution et la codification », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 135 et s.

<sup>42</sup> Cfr., par exemple, le X<sup>e</sup> amendement de la Constitution des États-Unis : « The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people ».

de fédéralisation, entamé en 1970<sup>43</sup>, le Constituant devait décider s'il allait suivre cette tendance dominante, ou bien se ranger du côté des États, comme l'Inde, l'Afrique du Sud et le Canada, où les compétences résiduelles sont dévolues à l'État central. Allait-il suivre l'exemple de la loi fondamentale allemande qui comprend une liste de compétences fédérales et une liste de compétences concurrentes<sup>44</sup>?

Dans un premier temps, le Constituant belge laisse entendre qu'il peut se passer de tout éclairage étranger. Tout en explicitant la structure institutionnelle allemande, un commissaire souligne qu'en cette matière : « comparaison n'est pas raison »<sup>45</sup>. Sans doute peut-on attribuer cette volonté de faire cavalier seul au caractère singulier du fédéralisme belge<sup>46</sup>. Son dynamisme *centrifuge* (un fédéralisme de *dissociation* par opposition à un fédéralisme d'*association*), son aspect *bipolaire* ou de *confrontation* (deux volontés politiques, celles du Nord et du Sud, qui s'expriment, voire s'affrontent), mettent le fédéralisme belge à part, en font un « cas ». Dès lors, la comparaison n'apparaît pas de prime abord féconde. Pour éclairer son choix, le Constituant belge ne peut faire l'économie de références aux modèles fédéraux étrangers (pas moins de quatorze)<sup>47</sup>. Au terme de ce tour d'horizon, il décide d'attribuer les compétences résiduelles aux communautés et aux régions<sup>48</sup>. Sa démarche illustre la technique de la comparaison par allusion plutôt qu'une comparaison-justification ou une comparaison-emprunt direct<sup>49</sup>.

Un autre exemple de comparaison vient du principe de la loyauté fédérale, consacré à l'article 143 de la Constitution dans les termes suivants :

<sup>43</sup> Dans une abondante littérature sur cette question, cfr. M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, Bruxelles, Bruylant, 1991. Cfr. en particulier le titre second de l'ouvrage sur « L'émergence progressive et chaotique d'un système fédéral en Belgique ».

<sup>44</sup> Articles 70-75 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 : cfr. S. GILCART, E. CEREXHE, et L. LE HARDY DE BEAULIEU, *Douze constitutions pour une Europe*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

<sup>45</sup> Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions par M. Vandenberghe, Sénat, *Doc. parl.*, 1992-1993, n° 100-29/3° (reprise dans la *Pasinomie*, 1993, p. 1290).

<sup>46</sup> F. DELPÉRÉE, « Le fédéralisme, forme d'adaptation de l'Etat-nation : le cas de la Belgique », in *Au-delà et en-deçà de l'Etat-nation*, sous la direction de C. PHILIP et P. SOLDATOS, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 139-158, pp. 149 *et seq.*

<sup>47</sup> Mention est faite dans les travaux préparatoires des modèles suivants : États-Unis, Canada, Russie, Suisse, Allemagne, Autriche, Espagne, Argentine, Australie, Argentine, Mexique, Venezuela, Inde, et Afrique du Sud.

<sup>48</sup> Il convient d'ajouter que l'entrée en vigueur de l'article 35 dépend de l'insertion dans la Constitution belge d'un nouvel article déterminant les compétences exclusives de l'autorité fédérale. Cette insertion n'a toujours pas eu lieu. Cfr. articles 127-133 pour les compétences des communautés, et les articles 134-140 pour les compétences des régions.

<sup>49</sup> G. HORSMANS, « L'utilisation du droit comparé par le législateur », *Rapports belges (vol. 2) au XIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant et Kluwer, 1985, pp. 1-19, p. 10.

« Dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'Etat fédéral, les communautés, les régions et la Commission communautaire commune agissent dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter des conflits d'intérêts ». Le Constituant belge s'inspire ici de la règle allemande de la *Bundestreue*<sup>50</sup>. Cette règle, aux origines lointaines, prévoit une série d'obligations et de limites à l'exercice des compétences qui règlent les rapports entre le *Bund* et les *Länder* et entre les membres de l'État fédéral. Davantage qu'une règle de morale ou de comportement politique, il s'agit en droit constitutionnel allemand d'un « important principe de droit non écrit inhérent au fondement fédéral de la Constitution du Reich »<sup>51</sup>. Lorsqu'il a tenté d'aménager les rapports entre les différents collectivités fédérées et l'État fédéral, le Constituant belge a fait de nombreuses allusions à la *Bundestreue*<sup>52</sup>. Simple recherche d'informations? Ou bien s'agit-il d'une démarche davantage juridique, impliquant une analyse fouillée, quasi systématique du droit étranger? On penche plutôt pour la deuxième branche de l'alternative. Après avoir esquissé le contexte historique du concept allemand, le Constituant belge s'étend sur la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale) et s'interroge sur sa transposition en droit belge<sup>53</sup>. Il apparaît bien que toutes les acceptions allemandes du concept ont été passées en revue afin de décider de son introduction ou non en droit belge.

<sup>50</sup> Parmi une littérature abondante en droit belge, cfr. entre autres Y. LEJEUNE, « Le principe de la loyauté fédérale : une règle de comportement au contenu mal défini », *Administration publique*, 1994, pp. 233-238; *La Loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe* (sous la coordination de J. VERHOEVEN), Bruxelles, Larcier, 1997. Sur le principe de la *Bundestreue* en droit allemand (dans la littérature de langue française), cfr. H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORFF, « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand » : la *Bundestreue* (fidélité fédérale), *Revue du droit public*, 1979, pp. 769-793; M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, Tome II (Droit Public — Droit pénal), Paris, Cujas, 1984, p. 87.

<sup>51</sup> P. PEETERS, « Le principe de la loyauté fédérale : une métamorphose radicale », *Administration publique*, 1994, pp. 239-242, p. 241. L'auteur souligne que la doctrine allemande tient la *Bundestreue* pour peu utile. Dans bien des cas, l'on pourrait se satisfaire des principes traditionnels d'abus de droit et de proportionnalité. MM. Fromont et Rieg (*op. cit.*, p. 94, note 9) semblent partager cet avis.

<sup>52</sup> V. travaux du Sénat belge. Cfr., par exemple, l'amendement proposé par M. CEREXHE et consorts (*Révision du titre III, chapitre III bis, de la Constitution, en vue d'y ajouter des dispositions relatives à la prévention et au règlement des conflits d'intérêts*), Sénat, *Doc. parl.*, 1991-1992, n° 100-27/7°, p. 3; cfr. le Rapport complémentaire fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, par M. BENKER : Sénat, *Doc. parl.*, 1991-1992, n° 100-27/8°.

<sup>53</sup> Rapport complémentaire fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, par M. Benker, *op. cit.*.

SECTION II. — DROIT COMPARÉ, DROIT EUROPÉEN  
ET DÉCODIFICATION

§ 1<sup>er</sup>. — La décodification : portée et illustration du phénomène

Non seulement les codifications actuelles ont moins d'ambition qu'autrefois, mais un mouvement de décodification frappe aussi bon nombre de pays de la famille romano-germanique<sup>54</sup>. Phénomène complexe et polymorphe, la décodification désigne d'abord le recul de la part occupée par les codes dans la production législative et réglementaire<sup>55</sup>. Ce recul n'est pas compensé par des codifications sectorielles qui souvent disjoignent plus qu'elles unifient<sup>56</sup>. La décodification, ainsi qu'on l'a indiqué, peut être plus subtile. Soit elle attaque un code existant du dedans en le modifiant sur des points substantiels sans en respecter la structure, soit elle l'attaque du dehors en maintenant hors du code des dispositions qui devraient naturellement s'y intégrer.

Si le droit européen, arrivé à maturité, peut provoquer l'apparition d'un code au niveau national<sup>57</sup>, il agit aussi comme un facteur de décodification : il entrave la codification nationale<sup>58</sup> ou favorise une décodification subreptice<sup>59</sup>. Le phénomène est subi plus que voulu par les autorités nationales. Il trouve à s'illustrer dans les domaines de la responsabilité du fait des produits défectueux et des clauses abusives.

Adoptée le 25 juillet 1985 après plus de 10 ans de discussions souvent laborieuses, la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux fournit des indications intéressantes sur le rôle du droit comparé aux différents stades de l'élaboration et de la transposition de la norme européenne<sup>60</sup>. En ce qui concerne l'élaboration de la directive, il n'est pas contesté que les premiers travaux ont été inspirés par la Convention de Strasbourg du 27 janvier 1977 sur la responsabilité du fait des produits en

<sup>54</sup> B. OPPETIT, *op. cit.*, *D.*, 1996, chron. p. 35, 1<sup>re</sup> col.

<sup>55</sup> J. HOEFFLER, *op. cit.*, pp. 769 et s.

<sup>56</sup> F. OST, *op. cit.*, p. 247.

<sup>57</sup> Le Code TVA en est un exemple, le Code des sociétés en est un autre. Dans ce dernier cas, toutefois, le Code civil se voit dépouillé, au profit d'un code des sociétés, des dispositions générales reprises aux articles 1832 et suivants, ce qui est aussi une forme de décodification.

<sup>58</sup> V. les pertinentes remarques de B. OPPETIT, « L'avenir de la codification » in *La codification*, *Droits* n° 24/1, Paris, P.U.F. 1996, p. 78. Cet auteur mentionne que la Commission supérieure de codification (France) a, en 1991, écarté l'idée d'intégrer dans les codes les dispositions du droit communautaire. Cette position est significative.

<sup>59</sup> Pour une critique justifiée, v. W. VAN GERVEN, « Verkoking van het privaatrecht », *T.P.R.*, 1991, pp. 1021 et s.

<sup>60</sup> Voir *supra*, note 4, pour la référence exacte de la directive.

cas de lésions corporelles et de décès<sup>61</sup> et par la responsabilité « stricte » (*strict liability*) telle qu'elle existe aux États-Unis à la suite d'une longue évolution consacrée par le *Restatement of Torts* (402 A)<sup>62</sup>. Bien que l'exposé des motifs de la proposition initiale déposée par la Commission en 1976 n'en porte guère de trace<sup>63</sup>, le droit américain a incontestablement été source d'inspiration et d'impulsion pour les travaux européens<sup>64</sup>. Le texte de 1976, emporté dans les méandres de la procédure communautaire, a toutefois fait l'objet de modifications successives pour aboutir à un compromis subtil<sup>65</sup> : responsabilité en principe sans faute du producteur avec résurgence, dans certains cas, de la notion de faute. Compromis d'abord politique entre des intérêts divergents, ceux des producteurs et des consommateurs, compromis aussi entre des systèmes juridiques nationaux différents dont certains maintenaient le régime de la faute prouvée tandis que d'autres avaient progressivement instauré un régime prétorien fort proche d'une responsabilité objective par une présomption de faute (quasi) irréfragable à charge des fabricants<sup>66</sup>.

La directive européenne du 5 avril 1993, sur les clauses abusives, offre un autre exemple de ce phénomène de décodification<sup>67</sup>. Il existait certes dans presque tous les États membres de la Communauté européenne des dispositions législatives régissant la matière<sup>68</sup>. Le législateur européen s'est néanmoins vu dans l'obligation d'intervenir, sur base de l'article 95 CE (ex-article 100A), en raison des « divergences marquées » entre les législations des États membres<sup>69</sup>. Partant, la directive réalise une *fertilisation juridique croisée* de différentes normes<sup>70</sup>. Le droit européen puise dans le droit des États

<sup>61</sup> J. GHESTIN, « La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *D. Chron.* 1986, p. 135.

<sup>62</sup> Ce *Restatement of Torts* n'est pas un code mais une œuvre de compilation jurisprudentielle du droit des *Torts*. Il s'agit donc d'un travail impliquant une comparaison interne du droit des États, et jouissant d'une autorité importante.

<sup>63</sup> L'exposé des motifs de la proposition du 9 septembre 1976 est repris dans le *Bulletin des Communautés européennes* 1976, suppl. 11/76, pp. 11 et s.

<sup>64</sup> Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, L.G.D.J., 1990, pp. 32 et s.

<sup>65</sup> Le terme « compromis » est utilisé par les commentateurs et en particulier par le père de la directive, H.C. TASCHNER, « La future responsabilité du fait des produits défectueux dans la Communauté européenne », *Revue du Marché Commun*, 1986, p. 258.

<sup>66</sup> Pour plus de détails, M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1982; H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid Rechtsvergelijkend onderzoek naar Belgisch, Frans, Nederlands, Duits, Amerikaans, Engels en Europees recht*, Brussel, Bruylant, 1978.

<sup>67</sup> Voir *supra*, note 5, pour la référence exacte de la directive.

<sup>68</sup> Pour un compte-rendu détaillé, cfr. E. HONDIUS, « The Reception of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts by Member States », *European Review of Private Law* 3 (1995), pp. 241-255, pp. 241-242.

<sup>69</sup> 3<sup>e</sup> considérant de la directive.

<sup>70</sup> L'expression est de Stephen Weatherhill : cfr. « Book Review », *CML Rev.* 1996, p. 184.

membres des concepts qui leur sont ensuite applicables. L'appréciation de l'exigence de bonne foi proviendrait d'un emprunt direct à la législation anglaise, et plus particulièrement, à la *Unfair Contract Terms Act* de 1977<sup>71</sup>. Il en va de même pour l'obligation de transparence prévue à l'article 5 de la directive. Cette obligation puise ses racines dans la jurisprudence allemande, la *common law*, voire dans le droit espagnol<sup>72</sup>. La directive sur les clauses abusives n'en fut pas moins accueillie négativement dans certains États membres qui garantissaient des seuils de protection plus élevés que ceux figurant dans la directive<sup>73</sup>. Elle s'est généralement traduite dans les différents droits nationaux par des lois particulières, sans intégration dans les codes existants.

## § 2. — La dialectique du droit comparé et du droit européen

Le droit comparé est considéré comme utile ou nécessaire au législateur national. Il est indispensable au niveau européen pour permettre l'harmonisation des différents droits nationaux<sup>74</sup>. Le repérage des similitudes et des différences entre les droits des différents États membres est un prérequis. La démarche comparative est toutefois d'emblée orientée par la perspective d'une réduction des différences permettant d'aboutir à l'harmonisation souhaitée. Il en résulte souvent, après négociation, un texte mi-figue mi-raisin comportant des dispositions où les principes affirmés sont immédiatement nuancés, voire battus en brèche, par une série d'exceptions ou d'options laissées aux États membres.

Pour ne prendre qu'un exemple, le producteur responsable du dommage causé par un défaut de son produit (art. 1 de la directive) peut se libérer en prouvant que « l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut » (art. 7 e) de la directive). Ce moyen de défense

<sup>71</sup> La chose est d'autant plus remarquable que certains s'insurgent contre la transposition de cette directive en Angleterre. *Cfr.* G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », 61 *Modern Law Review* (January 1998), p. 27. Sur l'ensemble de cette question, *cfr.* Fr. R. VAN DER MENSBRUGGHE, « La bonne foi dans le commerce international », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2000, n° 3, pp. 303-328.

<sup>72</sup> *Cfr.* E. HONDIUS, « The Reception of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts by Member States », *op. cit.*, p. 249.

<sup>73</sup> J. HUET, « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *La Semaine Juridique (JCP)*, éd. E, 1994.I.309.

<sup>74</sup> Ce point est souligné par W. VAN GERVEN, « Bridging the unbridgeable : Community and national tort laws after Francovich and Brasserie », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, July 1996, pp. 539 et s.

offert au producteur tiré des risques dits de développement <sup>75</sup> peut toutefois être supprimé par les Etats membres (art. 15 § 1 b) qui exercent leur option en dérogeant à la directive.

Ce système limite — provisoirement — l'harmonisation européenne. Il est le tribut payé par le législateur européen aux spécificités juridiques nationales, certains États se refusant à introduire une notion qui leur est totalement étrangère, d'autres se refusant à abandonner une notion qui leur est consubstantielle. Cet échec de l'harmonisation rend nécessaire la poursuite de la comparaison. Souvent, la Commission ne renonce que temporairement à son objectif d'harmonisation qu'elle peut décider de réintroduire ultérieurement, quand « les temps sont mûrs » <sup>76</sup>. Elle le fait notamment, sur la base d'une comparaison horizontale portant sur l'évolution des différents droits nationaux et d'une comparaison verticale portant sur la façon dont ces différents droits nationaux ont mis en œuvre la directive.

L'exemple tiré de la responsabilité du fait des produits défectueux livre plusieurs enseignements. Au niveau européen, la comparaison est orientée par l'harmonisation, ce qui n'est pas le cas au niveau national où elle peut préparer la réception d'une institution (p. ex. le trust) appréciée précisément pour ses différences. Au niveau européen, la comparaison se fait par un « tiers », de législation nationale à législation nationale mais aussi de législation nationale à directive européenne, pour contrôler la façon dont celle-ci a été transposée ou encore pour en parfaire le contenu. La comparaison devient un processus continu permettant de contrôler la mise en œuvre de la norme européenne et d'orienter son changement.

Tout ceci n'est pas sans conséquences pour le législateur national qui nourrirait quelques espoirs de codification. Que doit-il transposer? Une norme européenne, soumise à révision périodique, « patchwork » juridique recomposant de façon subtile les pièces tirées de différents droits nationaux <sup>77</sup>. Même s'il est animé de grandes ambitions comparatistes, sa marge de manœuvre est étroite puisqu'il doit se conformer aux objectifs fixés par la directive <sup>78</sup>. En exagérant, on pourrait considérer celle-ci comme une

---

<sup>75</sup> V.O. BERG, « La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », *La Semaine Juridique (J.C.P.)*, 1996, I, 3945.

<sup>76</sup> Un exemple récent en est fourni par la modification en 1999 de la directive en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Voir *supra*, note 4, pour la référence exacte de cette modification.

<sup>77</sup> On force volontairement le trait. Une directive européenne force aussi très souvent le législateur national à surmonter certaines rigidités ou certaines distinctions sacro-saintes (p. ex. responsabilité contractuelle v. responsabilité délictuelle) mais contestables.

<sup>78</sup> En théorie, les directives européennes fixent les résultats à atteindre « tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens » (Article 249 du Traité). En pratique, certaines directives sont tellement précises qu'il devient difficile de les distinguer des règlements obligatoires dans tous leurs éléments.

espèce très particulière de droit comparé obligatoire pour le législateur national, droit comparé pré-rédigé et pré-digéré, remanié, retransformé par plusieurs mois, voire plusieurs années de négociations dans les instances communautaires. Sur certains points cependant, comme les options de la directive européenne, le législateur national, surtout s'il a tardé à transposer, a la faculté de jeter un coup d'oeil chez ses voisins plus ponctuels dont les solutions peuvent lui servir de précédent.

La relative instabilité de la norme européenne, ainsi que sa prolixité qui s'explique par les nécessités du compromis, ne favorisent pas l'entreprise de codification nationale. En ce qui concerne la responsabilité du fait des produits défectueux, il est significatif que les pays européens aient transposé la directive, non pas en l'intégrant dans un code existant <sup>79</sup>, ce qui était possible pour certains d'entre eux, mais en adoptant une loi particulière hors code. <sup>80</sup> Même la France, qui a pris le temps de la réflexion puisqu'elle a transposé la directive avec dix ans de retard <sup>81</sup>, a opté pour une loi particulière. Celle-ci trouve certes place dans le Code civil français aux articles 1386-1 à 1386-18 d'un titre IV bis « De la responsabilité du fait des produits défectueux ». Il nous paraît toutefois qu'il s'agit d'une intégration plus formelle que réelle.

Le législateur national doit-il être critiqué pour avoir ainsi entériné la décodification sur un problème aussi essentiel que la responsabilité du fait des produits? A notre avis non. Il subit, comme tout le monde, l'accélération du temps juridique. Et surtout — là est sans doute l'essentiel — la directive européenne, dont l'objectif avoué est la suppression des disparités susceptibles de fausser la concurrence, vise aussi à protéger les consommateurs victimes des dommages causés par un produit défectueux. Afin de mettre en œuvre ce second objectif prioritaire, la directive, en son article 13, maintient en faveur des victimes les actions en responsabilité prévues par le droit commun national.

<sup>79</sup> Le choix existait pourtant. Il est d'ailleurs évoqué par KRÖGER dans « Problèmes d'application de la directive européenne dans les différents Etats membres » *Annales de Droit de Liège*, 1987, p. 300.

<sup>80</sup> V. le premier rapport de la Commission des Communautés européennes concernant l'application de la directive du conseil sur la responsabilité du fait des produits défectueux (COM (95) 617 final) du 13.12.1995.

<sup>81</sup> La France a transposé la directive par une loi n° 98-389 du 19 mai 1998 alors que le délai ultime de transposition était fixé au 30 juillet 1988. Sur cette loi, P. JOURDAIN, « Aperçu rapide sur la loi 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *Semaine Juridique (JCP) Entreprise et Affaires*, 28 mai 1998, p. 821. La France fut condamnée pour manquement en 1993 : CJCE, C-293/91, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, arrêt du 13.1.93, Rec. 1993, p. I-1.

Le droit européen ne se substitue donc pas intégralement au droit matériel de chaque Etat, il s'y ajoute. Comme l'écrit M. FALLON<sup>82</sup>, « cette technique législative traduit une préférence à l'objectif de protection sur celui de l'harmonisation. Son résultat est le maintien du droit matériel national existant, avec ses développements essentiels ». Cette dualité des régimes rend difficile un travail d'intégration véritable et donc de codification.

### CONCLUSIONS

La Belgique est un État fédéral singulier. Les multiples ordres juridiques qui y cohabitent aujourd'hui — État, régions et communautés — cherchent un équilibre encore fuyant. Comme l'écrit Francis Delpérée de façon suggestive, les structures actuelles de l'État belge font penser aux mobiles de Calder : « C'est dans le mouvement qu'ils trouvent leur exacte et éphémère configuration »<sup>83</sup>.

Les réformes constitutionnelles belges, entamées il y a un quart de siècle, ne sont pas toutes achevées et le processus de fédéralisation à la belge doit encore se poursuivre. L'état d'instabilité chronique provoqué par ce mouvement permanent de réformes constitutionnelles entrave les tentatives de codification.

Faut-il y insister? La Belgique se vide « par le bas », mais aussi « par le haut ». Les institutions européennes produisent plus de normes que les gouvernements nationaux<sup>84</sup>. Tout en affirmant le principe de subsidiarité, Jacques Delors relevait qu'en 1998, 80 % de la législation des États-membres de l'Union européenne, en matière économique et sociale, serait d'origine communautaire<sup>85</sup>.

Appelées à être transposées dans les différents droits nationaux, les normes européennes sont soumises à des révisions constantes, ce qui implique une instabilité permanente<sup>86</sup>. La modification en 1999 de la directive du 25 juillet 1985 en matière de responsabilité du fait des produits défectueux

<sup>82</sup> M. FALLON, *op. cit.*, 1982, pp. 68 et 69.

<sup>83</sup> F. DELPÉRÉE, « Fédéralisme, forme d'adaptation de l'État-nation : le cas de la Belgique », in C. PHILIP et P. SOLDATOS (sous la direction de), *Au-delà et en deça de l'État-nation*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 139-158, p. 145.

<sup>84</sup> G. MAJONE, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Monchrestien, 1996, pp. 104 et seq.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> L'état d'instabilité des normes entraîne aussi un recours fréquent aux experts qui ne sont pas forcément versés dans le travail législatif. Sur ce sujet, cfr. François TERRÉ, « La 'crise de la loi' », *Archives de philosophie du droit*, Tome 25 (La loi), Paris, Sirey, 1980, pp. 17-28.

tueux en offre une belle illustration <sup>87</sup>. La Belgique a assuré la transposition de la modification par une loi du 12 décembre 2000 <sup>88</sup>. Le justiciable et le juge se perdent dans ce tourbillon législatif <sup>89</sup>. On est loin de l'idéalisme révolutionnaire où « L'idée d'un changement possible de législation était écartée comme un scandale et l'abrogation d'une loi [était] regardée comme une mesure tout à fait exceptionnelle » <sup>90</sup>. Il n'existe plus de normes immuables. La loi est vite obsolète.

Sous cette avalanche de normes, les codes existants volent en éclats et perdent leur statut d'« arches saintes » <sup>91</sup>. Faire œuvre codificatrice relève, semble-t-il, de la gageure. À nouveau, la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux offre une illustration frappante. Si l'on s'en tient à l'exemple français, la volonté du législateur de transposer directement les dispositions nouvelles dans le texte même du Code civil venait du fait qu'il avait « l'ambition de remodeler l'ensemble des règles de responsabilité applicables aux fabricants et aux revendeurs professionnels, y compris le régime de la vente, en particulier celui de la garantie contre les vices cachés » <sup>92</sup>. Cette ambition a été abandonnée lorsqu'il est apparu que les institutions européennes comptaient adopter de nouvelles directives en la matière, et notamment une directive sur la vente et les garanties des biens de consommation <sup>93</sup>.

Il reste toutefois possible de codifier. La France, par exemple, a institué, par décret, une Commission supérieure de codification, qui a donné une impulsion nouvelle à la codification française <sup>94</sup>. En Grèce, la Constitution prévoit que la Chambre des députés peut adopter, par une loi particulière, un code rédigé par une commission spéciale habilitée à cet effet (l'adoption

<sup>87</sup> V. les références *supra*, note 4.

<sup>88</sup> Loi du 12 décembre 2000 modifiant la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 19 décembre 2000.

<sup>89</sup> Cfr. entre autres A. PERDRIAU, « L'excès de textes qui accable le juge », *Gazette du Palais*, dimanche 3 — mardi 5 août 1997, n<sup>os</sup> 215-217, pp. 4-5.

<sup>90</sup> G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, Tome 9, Paris, Sirey, 1939, pp. 7-55, p. 16.

<sup>91</sup> L'expression est de Bigot-Prémeneu. Cité dans G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *op. cit.*, p. 16.

<sup>92</sup> G. VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 15 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 1998, pp. 291-299, p. 291.

<sup>93</sup> Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n<sup>o</sup> L 171 du 07.07.1999, pp. 12 et s.

<sup>94</sup> Décret n<sup>o</sup> 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, *J.O.R.F.*, 13 septembre 1989, p. 11560. Sur l'activité de cette commission, cfr. ses rapports annuels depuis 1990.

de la loi se faisant sur l'ensemble du code)<sup>95</sup>. Aux États-Unis enfin, il existe depuis longtemps<sup>96</sup> un travail considérable de systématisation du droit par voie de recueils jurisprudentiels (les *Restatements*) ou de codifications législatives fédérales (ex. *Administrative Procedure Act*<sup>97</sup>) ou interétatiques (les *Uniform Laws*). Le travail le plus remarquable de la *National Commission on Uniform State Laws* est sans doute le *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) portant sur l'essentiel des transactions commerciales américaines (contrats de vente de marchandises, garanties mobilières, chèques et effets de commerce, lettres de crédit, etc.).

Nous avons insisté plus haut sur la *décodification* qu'entraînent les initiatives européennes. Il n'est pas impossible qu'à l'avenir, elles favorisent aussi un regain de *codification*. Mais les institutions européennes ne se distinguent pas par de grandes ambitions dans ce domaine. Elles s'en tiennent le plus souvent à de simples « toilettes » de textes<sup>98</sup>.

Dans une résolution de 1994, le Parlement européen en a appelé à un vaste effort de codification qui ne se limite pas au « simple recolement des textes concernés »<sup>99</sup>. Cet appel s'explique par la volonté d'améliorer l'accessibilité des textes européens et de favoriser l'achèvement du marché intérieur.

Le Parlement européen estime aussi qu'il faut entamer des travaux d'élaboration d'un « Code européen commun de droit privé » et demande que soit constituée une commission spéciale composée de scientifiques qualifiés<sup>100</sup>. Les nombreux travaux en cours, relatifs à l'élaboration d'un droit européen des contrats ou d'un code civil européen permettent d'espérer que méthode comparative et codification iront de pair<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> Constitution de la République de Grèce du 9 juin 1975, article 76 : cfr. S. GILCART, E. CEREXHE, et L. LE HARDY DE BEAULIEU, *Douze constitutions pour une Europe*, op. cit.

<sup>96</sup> Le barreau américain (*American Bar Association*) a nommé la première commission sur l'unification des lois étatiques (*Committee on Uniform State Laws*) en 1889.

<sup>97</sup> La *Administrative Procedure Act* (A.P.A.) de 1946 recouvre l'essentiel de la procédure administrative non contentieuse aux États-Unis.

<sup>98</sup> Sur ce sujet, cfr. S. DRAGONE, « La codification communautaire : techniques et procédures », *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1998, pp. 77-94, pp. 80-81.

<sup>99</sup> Résolution sur le onzième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur le contrôle de l'application du droit communautaire — 1993 — (COM(94)0500 — C4-0011/94, *J.O.C.E.*, N° C 43 du 20.2.95, pp. 122-125, point 7.

<sup>100</sup> Résolution sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, *J.O.C.E.*, N° C 205 du 25.7.94, pp. 518-519.

<sup>101</sup> Pour une synthèse de ces travaux, v. entre autres G. ROUHETTE, « Les codifications du droit des contrats », *Droits*, n° 24, PUF, 1996, pp. 112 et s.; C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, pp. 79 et s.; J.B.M. VRANCKEN « Europees privaatrecht. 'Bridging the gap' tussen wetenschap en praktijk », *T.P.R.*, 2000/1, pp. 3 et s.