

Homonymie et intégration communautaire

Grégory KALFLECHE

Professeur agrégé de droit public à l'Université de la Réunion

Le sujet de cette étude n'est pas sans paraître, si ce n'est abscons, pour le moins sibyllin. Il n'est pas facile, a priori, de trouver de lien entre un phénomène purement linguistique – l'homonymie – et un autre juridique et politique de grande dimension, et pas seulement territorialement parlant – l'intégration communautaire. L'étrangeté du titre n'est cependant qu'apparence. Il part du principe que le droit s'exprime par la langue du pays dans lequel il est voué à être appliqué. Comme le Conseil d'État a pu le noter¹, pas un seul des adages latins qu'affectionnent les juristes n'est tel quel dans notre droit positif. La règle peut exister encore, mais elle est exprimée en français, comme le veulent l'ordonnance de Villers-Cotterêts² et, depuis 1992, l'article 2 de la constitution. Il n'est d'ailleurs pas anodin que cet article ait été modifié par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne »³. Sans oublier que le principal usage de cet article l'a été à l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel relative à la charte européenne des langues régionales ou minoritaires qu'elle a conduit à déclarer partiellement contraire à la constitution⁴, elle qu'elle a été l'occasion pour le juge administratif de réaffirmer la prééminence de la constitution sur les textes communautaires⁵.

Le droit communautaire s'insère en effet dans un cadre multiculturel et multilinguistique et la question des termes qu'il utilise pour ses notions juridiques n'est pas neutre. Les usagers des institutions communautaires savent qu'il se crée dans ces enceintes un sabir qui emprunte aux différentes langues des personnes participant aux débats. Cette

¹ EDCE 1985 p. 87 et s., l'étude passionnante du Conseil d'État de cette année portant en effet le titre de « La langue française et le droit » et démontre le souci d'accessibilité du droit qui était celui du juge administratif, mais aussi du conseiller de l'État.

² « Ordonnance générale sur le fait de la justice, police et finances », dite *Guillemine*, signée par François 1^{er} à Villers-Cotterêts, bourgade de l'Aisne, entre le 10 et le 15 août 1539. L'un des apports essentiels de ce texte de 192 articles est d'imposer le français dans tous les actes de l'administration et de la justice à travers le Royaume (art. 110 et 111 de l'ordonnance), en lieu et place du latin et des dialectes locaux.

³ « La langue de la République est le français. ». Cet article, issu d'un amendement parlementaire, entend bien évidemment plus lutter contre l'influence de l'anglais que du latin sur notre langue. La loi constitutionnelle du 4 août 1995 a par la suite modifié de nouveau l'article 2 et conduit cette référence à la langue française à être le premier alinéa de cet article.

⁴ Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 « Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, de nombreuses fois commentée, par ex. : J-E SCHOETTL, « Langue française », AJDA, 1999, p. 573 ; M. VERPEAUX, RFDC, 1999, p. 594 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « La République contre Babel. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », RDP, 1999, p. 985 ; P. FRAISSEIX, La France, les langues régionales et la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, RFDA, 2001 (1), pp. 59-85, pour l'ensemble des commentaires, cf. site du Conseil constitutionnel.

⁵ CE, 27 juill. 2006, Assoc. Avenir de la langue française, n° 281629, Europe n° 10, Octobre 2006, comm. 269 par P. CASSIA, à propos de la loi Toubon.

« novlangue », comme on a pu l'appeler⁶, n'est bien entendue qu'une langue orale et à aucun moment elle n'est utilisée dans le cadre d'actes juridiques communautaires. Dans ce cadre, l'Union a recours à des « langues officielles », dont le régime est fixé par le règlement n° 1 portant fixation du régime linguistique de la Communauté économique européenne⁷. L'article 1^{er} de ce règlement contient la liste des langues officielles de l'Union, dans lesquelles doivent être écrits les normes communautaires et leurs actes préparatoires. Cet article donne une liste alphabétique desdites langues, mais il est possible d'en faire deux catégories. D'une part, on y retrouve les langues les plus usitées : allemand, anglais, espagnol, finnois, français, grec, italien, néerlandais, polonais, portugais, roumain et suédois. D'autre part, on y retrouve des langues plus rares, marques de la volonté de l'Union de respecter la tradition culturelle des États-membres : bulgare, tchèque, danois, estonien, letton, lituanien, hongrois, maltais, slovaque, slovène et irlandais⁸. Cela conduit à la liste de 23 langues officielles, c'est-à-dire 253 possibilités de traduction d'une langue à une autre⁹.

Ce règlement est relayé par l'article 21 du Traité CE qui prévoit que « tout citoyen de l'Union peut écrire à toute institution ou organe (...) dans l'une des langues visées à l'article 314 et recevoir une réponse rédigée dans la même langue. ». Il s'agit là d'une exigence de la démocratie européenne. Si la Cour de justice est un cas particulier en ce qu'elle a choisi le français comme langue de travail¹⁰, la Commission pour sa part a un travail de traduction très important. En 2006, elle a ainsi eu recours à 1 500 000 feuilles, dont 72 % étaient en langue originale anglaise, 14 % en français, 2,7 % en allemand et 10,8 % pour les 20 autres langues. On le constate, l'insertion d'une référence à la langue française dans notre constitution correspond à une garantie pour les souverainistes que l'Union ne sera pas le moyen d'imposer l'anglais à la France, notamment à travers le système juridique¹¹.

Le lien entre la langue et le droit existe donc bien¹², et le droit communautaire a déjà donné l'occasion de le démontrer. Il n'est donc pas étonnant que des phénomènes

⁶ Ce terme tendancieux (« novlangue » ou « newspeak » en anglais) est bien entendu repris du « 1984 » de George Orwell, dans lequel il est une langue qui ne contient pas de mot incitant à une attitude négative ou révolutionnaire à l'égard du pouvoir. Nous ne saurions adhérer à cette approche du langage en Europe.

⁷ Règlement n° 1, Portant fixation du régime linguistique de la Communauté Économique Européenne (JO L 17 du 6.10.1958, p. 385)

⁸ L'irlandais est aussi appelé le gaélique. Notons que depuis l'adhésion de l'Irlande en 1973, l'irlandais avait le statut de langue des traités. L'acte d'adhésion de l'Irlande avait de ce fait déjà été traduit dans cette langue.

⁹ La jurisprudence en matière d'utilisation des langues officielles est relativement souple. En application de l'article 3 du règlement n° 1 de 1958, les textes inscrits à l'ordre du jour d'une réunion d'un comité doivent être transmis à chaque État membre dans sa langue officielle (CJCE, 10 févr. 1998, aff. C-263/95, *Allemagne c/ Commission*, Rec. CJCE, 1998, I, p. 441, pts 27 et 31). Cependant il n'y a pas de violation des formes substantielles de la procédure d'adoption d'un acte lorsque la Commission ne fait pas la convocation d'un des États-membres à un comité de gestion dans sa langue officielle ou qu'elle ne traduit pas les amendements dans toutes les langues utilisées lors de la discussion (TPICE, 3 mai 2007, aff. T-219/04, *Espagne c/ Commission*, Europe, 2007, n°7 comm. 175. E. MEISSE)

¹⁰ La Cour de justice a quelques réflexions sur la traduction spécifiques aux textes juridiques : P. BERTELOOT, « La traduction juridique dans l'Union européenne, en particulier à la Cour de justice » colloque « La traduction, Histoire, théorie(s) et pratique » Université de Genève, 17-19 octobre 2000

¹¹ Il s'agit aussi, bien évidemment, de rappeler le rattachement de la France à une autre ensemble : la francophonie.

¹² On se référera par exemple à B. THIRY, « Equivalence bilingue en traduction et en terminologie juridique : Qu'est-ce que traduire en droit ? » colloque « La traduction, Histoire, théorie(s) et pratique » Université de Genève, 17-19 octobre 2000 ; P. DUBOUCHET, « la théorie normative du droit et le langage du juge », RRJ, 1994-2, pp. 655-689 ; S. GLANERT, « La langue en héritage : réflexions sur l'uniformisation

linguistiques puissent avoir des effets particuliers en droit. Ainsi en est-il de l'homonymie. Les linguistes donnent ce nom au fait, pour plusieurs mots, de se présenter formellement de manière identique, mais d'avoir des contenus, des sens, différents¹³. Il convient alors de distinguer deux hypothèses : l'homophonie, d'une part, qui consiste pour deux mots à être prononcés de la même manière. Cet aspect de l'homonymie ne retiendra pas l'attention en ce qu'elle n'a, en droit, pas d'autre intérêt que celui de s'amuser du quiproquo. L'homographie, d'autre part, c'est-à-dire le fait pour deux mots de s'écrire de la même façon, est une hypothèse bien plus intéressante.

Soulever la question du lien entre l'homonymie est l'intégration communautaire, c'est par conséquent se poser la question de la façon dont le droit communautaire va utiliser la langue juridique nationale pour imposer ses exigences communautaires. Plus concrètement : utilise-t-il des termes juridiques empruntés aux États-membres (qui deviennent par conséquent des « homonymes » de la notion interne préexistante) ou crée-t-il ses propres termes juridiques.

Le constat que l'on peut faire est que les homonymes existent entre les notions internes et les notions communautaires. Cette situation n'est pourtant pas évidente, tant les institutions de l'Union tentent officiellement de l'éviter (I). Mais la volonté affichée par les instances ne doit pas laisser penser que ces homonymies ne sont pas parfois recherchées, tant il apparaît qu'elles sont parfois profitables à l'intégration communautaire (II).

I) L'HOMONYMIE EVITEE

L'homonymie est une constante dans l'idée même de la traduction d'une langue à une autre. Ce qui est vrai pour la traduction en général l'est d'ailleurs plus encore pour la langue juridique. Les institutions de l'Union visent cependant à réduire les cas d'homonymie, même si toutes les initiatives récentes ne conduisent pas à cela.

A) L'homonymie, une constante de la traduction

Les débats théoriques des traducteurs – et même pour utiliser le terme exact des traductologues – se posent en droit comme ils se posent en littérature notamment. Dans un ouvrage récent¹⁴, Umberto Eco estime qu'effectuer une traduction c'est « toujours dire *presque* la même chose »¹⁵. Il faut comprendre par là que la traduction n'est jamais du mot-à-mot, qu'elle doit s'insérer dans le langage naturel de la langue vers laquelle on traduit. Ce faisant, la traduction fait perdre un peu du sens initial, en même temps que les éléments syntaxiques

des droits en europe », RIDC, 2006, pp. 1231-1247, dans la perspective du développement d'un droit civil européen.

¹³ Le Littré définit l'homonyme comme : « Terme de grammaire. Mots homonymes, mots qui se prononcent de même, bien que l'orthographe ou l'origine du mot différent. Chêne et chaîne sont homonymes ainsi que Saintes ville de France, et saintes dans saintes femmes. (...) Étymologie : Terme dérivé du mot grec traduit par semblable, et autre terme signifiant nom. ». On remarquera qu'il n'envisage pas la définition dans le même sens que nous le faisons.

¹⁴ U. Eco, *Dire presque la même chose. Expériences de traduction*, Paris, Grasset, 2007, 464 p. ; *Dire quasi la stessa cosa, esperienze di traduzione*, Milano, Bompiani, 2003, 391 p.

¹⁵ Pour ce qui est plus spécifiquement du droit, cf. M. GAWRON-ZABORSKA, « Le fantôme de la traduction littérale dans la traduction juridique », colloque « La traduction, Histoire, théorie(s) et pratique » Université de Genève, 17-19 octobre 2000

initiaux sont abandonnés, et avec eux un peu de la subtilité du propos. Bien souvent, la traduction ajoute aussi, en ce qu'une nuance qui existe dans les termes traduits n'existe pas dans le texte initial.

Juridiquement, ces différences ne sont pas de pure forme. L'analyse textuelle conduit à reconnaître dans chaque mot – devenu terme ou notion juridique – des nuances dont il faut tirer des conséquences en terme de régime juridique. Même si la méthode exégétique n'est plus au cœur de l'interprétation des textes juridiques comme elle l'était avec Toullier, Merlin, Troplong, Demolombe ou Aubry et Rau¹⁶, le terme juridique a évidemment conservé une exigence de rigueur fondamentale¹⁷. Le traducteur d'un texte communautaire d'une langue à une autre doit donc nécessairement se poser la question du nom qu'il entend donner à la notion juridique qu'il a la charge de traduire. Il se trouve alors devant une alternative. Soit, il utilise un terme nouveau, parfois issu de la traduction mot à mot de la notion dans la langue de travail, parfois issu d'une recherche étymologique, parfois encore issu d'un jargon des groupes de travail. Soit à l'inverse, il utilise un terme utilisé pour la notion interne la plus proche. Dans la première hypothèse, il n'y a pas d'homonymie, mais au contraire la création d'une notion autonome qui ne s'insère pas facilement dans les ordres internes¹⁸. Dans la seconde hypothèse, il y a homonymie et par conséquent risque de confusion entre la notion posée par le droit interne et celle tirée du texte communautaire traduit.

L'Union européenne ne néglige pas cette tension linguistique. Elle se pose notamment à un grand nombre des fonctionnaires communautaires que l'on appelle les « juristes-linguistes ». On trouve ces derniers dans deux principaux organes. C'est le cas d'abord à la Commission qui dispose d'une « direction générale de la traduction de la Commission européenne (DGT) », située pour partie à Luxembourg et pour partie à Bruxelles, et dont la mission principale est de traduire tous les actes communautaires dans toutes les langues officielles, ainsi qu'une très grande partie des actes préparatoires ou des rapports. C'est le cas ensuite de la Cour de justice dont les juristes linguistes doivent non seulement traduire les arrêts lorsqu'ils sont rendus, mais aussi et surtout tous les actes de procédure, c'est-à-dire ceux que les juges envoient aux parties ou que les parties s'envoient entre elles. À cet égard, la langue de travail – le français – simplifie considérablement le travail en limitant le nombre de traductions possibles puisque dans leur grande majorité, elles tournent autour de cette « langue pivot ».

¹⁶ J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse, sa doctrine, ses méthodes*, 2e édition, Paris, De Brocard ed. 1924 ; M. BOULET-SAUTEL, « L'exégèse, la glose et leurs corps de références », *Droits*, 1996, n° 24 pp. 17-29 ; E. GAUDEMET, *L'interprétation du code civil en France depuis 1804*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Heft 8, Bâle, 1935 ; L. HUSSON, « analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit*, 1979, p. 115 ; M. Xifaras, « L'école de l'exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) lecteur de Friedrich Carl von Savigny », in *influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, Vittorio Klostermann Frankfurt Am Main, 2001

¹⁷ Certains articles récents revendiquent d'ailleurs la méthode exégétique : V. PELTIER, « Le traitement de l'information pendant l'instruction préparatoire : Exégèse de l'article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale », *Droit pénal*, 2008, n°9 pp. 18-21 ; A. ORAISON, « Le statut nouveau de collectivité d'outre-mer des îles de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin (Exégèse comparative des articles 4 et 5 de la loi organique du 21 février 2007, portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer) », *RDP* 2008, n°1 pp. 153-183 ; X. LINANT DE BELLEFONDS, « L'acte authentique électronique, entre exégèse des textes et expérimentation », *Communication Commerce Electronique*, 2002, n°10 pp. 9-13 C. BERNAULT, « Exégèse de l'article L 112-2, 6°, du Code de la propriété intellectuelle : la notion d'œuvre audiovisuelle en droit d'auteur », *Dalloz*, 2001, pp. 2188-2192.

¹⁸ Rappelons que les notions en langues françaises doivent s'insérer non seulement dans l'ordre juridique français, mais aussi dans l'ordre juridique Belge.

La grande difficulté de ces juristes-linguistes est qu'ils doivent être formés non seulement à la langue, mais aussi aux systèmes juridiques des langues concernées. La plupart maîtrisent deux langues et systèmes, en plus du leur en ne traduisent que de ces deux autres langues dans leur langue maternelle. Ces deux aspects de leur formation devraient par conséquent garantir non seulement une traduction la plus correcte possible, mais aussi que le « presque la même chose » de Umberto Eco sera adapté au système juridique de réception.

La réalité est que la volonté de la plupart des juristes-linguiste de coller au système juridique dont ils sont originaires va les conduire naturellement à utiliser des homonymes pour la traduction. Cette approche évite que le droit communautaire apparaisse comme un jargon qu'il convient d'appréhender comme un droit extérieur et difficile à concilier avec le droit interne. De nombreux exemples de cela existent. Le « fonctionnaire » communautaire prend bien le nom de fonctionnaire, mais il n'est soumis qu'à un statut propre aux institutions de l'Union qui n'est pas celui d'un fonctionnaire national¹⁹. De la même manière, la « petite ou moyenne » entreprise n'est définie en droit communautaire qu'en droit interne²⁰.

Le développement de pratiques actuelles va d'ailleurs tendre à un recours plus fréquent encore à l'homonymie. Il en est ainsi, par exemple, du développement de la traduction assistée par ordinateur²¹. On connaît à titre individuel les résultats souvent risibles des logiciels commerciaux de traduction. S'ils permettent de comprendre le sens global d'un texte dans une langue inconnue, ils ne sauraient être utilisés pour un texte juridique. Mais l'union favorise le développement de tels outils et a ouvert en novembre 2007 l'ensemble de l'Acquis communautaire²² aux utilisateurs afin que les créateurs de logiciels de traduction puissent l'utiliser comme base de données afin d'affiner leurs traitements linguistiques. Cette « pierre de rosette » moderne va cependant naturellement conduire à des traductions dans lesquelles l'homonymie va être recherchée ou au moins stabilisée.

L'homonymie est donc naturelle, parce qu'elle est facteur de simplification et facteur de lisibilité a priori. Elle n'est cependant le principe affiché par l'Union, bien au contraire puisqu'elle la déconseille officiellement aujourd'hui ;

¹⁹ Rappelons que le statut des fonctionnaires est fixé par le règlement n° 31 (C.E.E) 11 (C.E.E.A.) fixant le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (JO P 45 du 14.6.1962, p. 1385) de nombreuses fois modifié (en mai 2008 elle l'avait été 121 fois depuis l'origine), et qu'il existe depuis la décision du Conseil du 2 novembre 2004 un Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne en plus de la Cour de justice et du TPI.

²⁰ En France, les dispositifs d'aide aux PME précisent pour chacun d'entre eux le seuil pour être qualifié de petite ou moyenne entreprise, le plus souvent moins de 20 salariés constitue une « très petite entreprise », les PME étant entre 50 et 2500 salariés, le plus souvent en dessous de 500 salariés. En droit communautaire, une recommandation d'avril 1996 (96/280/CE), modifiée en 2003 (n° 2003/361/CE) et applicable en 2005 définit les PME comme des entreprises de moins de 250 salariés dont, soit le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros, soit le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.

²¹ L'outil Systran (un logiciel commercial dont une version spéciale existe pour la commission) est manifestement utilisé très couramment par la DGT de la commission, et son utilisation est en plein développement si l'on en croit le point 4.2.3 de d'un document de cette direction en date de juillet 2005 intitulé « outils d'aide à la traduction et cycle de travail ».

²² « L'Acquis communautaire » est une notion qui s'exprime en Français dans toutes les langues européennes.

B) L'homonymie contre l'intégration communautaire

Le passage d'une langue traduite mot à mot à une traduction naturelle oblige nécessairement à la liberté du traducteur. Par conséquent, le texte communautaire pourra avoir des sens différents et, partant, pourra être interprété de manière différente par les juges de droit commun du droit communautaire que sont les juges internes. Si l'usage du recours préjudiciel pourrait théoriquement éviter ces divergences, ce dernier n'est pas obligatoire et utilisé avec parcimonie. Afin d'éviter les défauts inhérents à la traduction, l'Union va non seulement pousser à la recherche de notions propres qui évitent l'usage de l'homonymie²³, et dans les cas où cela est impossible, elle va mettre en place des palliatifs.

L'Union européenne a fait paraître un « *guide pratique commun à l'attention des personnes rédigeant les actes communautaires* »²⁴. Ce guide de légistique est à l'attention de ses organes, mais aussi des personnes proposant des amendements, comme cela se fait par l'effet du Lobbying en Europe et en France²⁵. Le point 5 de ce guide traite spécialement du « multilinguisme » et succinctement, de la manière de traduire les notions juridiques propres au droit communautaire. Il précise²⁶ : « *En ce qui concerne la terminologie proprement juridique, il faut éviter les termes trop étroitement liés aux ordres juridiques nationaux. Exemple: La notion de « faute », bien connue en droit français, n'a pas d'équivalent exact dans d'autres systèmes juridiques (droit anglais et droit allemand notamment); il faut donc lui préférer, selon le cas, des termes tels qu'« illégalité », « manquement » (à une obligation), etc., qui peuvent être aisément traduits dans les autres langues: respectivement « illegality », « breach », etc.* ». Outre cette question de la facilité à traduire la notion dans les différentes langues, on peut voir deux raisons à ce rejet des homonymes.

La première est la confusion créée par l'utilisation d'homonymes dans l'ordre interne. Comment savoir juridiquement ce qu'est une « entente » entre opérateurs économiques si les définitions internes et communautaires sont différentes, par exemple ? La sécurité juridique demande à ce que la lisibilité du texte ne conduise pas à des confusions notionnelles qui mettent des années à être éclairées. La deuxième raison à ce rejet des homonymes, la principale, est la volonté communautaire d'imposer ses notions, et partant son droit. Ainsi, ce n'est que parce que la Cour maîtrise le contenu de la notion de « taxe d'effet équivalent à un droit de douane » qu'elle peut uniformiser les droits de douane de l'ensemble du territoire communautaire en évitant les mesures protectionnistes cachées²⁷. À cet égard, l'utilisation d'un terme différent de celui de la notion juridique interne permet au juge communautaire de ne pas voir son discours et ses interprétations parasités par les interprétations de la notion interne homonyme par les juges ou autorités internes.

Cette recherche de notions propres en plus d'être autonomes passe notamment, depuis quelques années, par l'utilisation de l'article 1^{er} des textes que l'Union destine à contenir les définitions des termes employés dans le corps du texte. Cette méthode légistique est spécialement employée dans les directives communautaires. Assurément, on peut y voir l'influence de la tradition anglo-saxonne. Mais la principale raison à cet usage est vraisemblablement la volonté de sécurité juridique liée à une interprétation commune des

²³ Notons que l'utilisation du terme interne n'empêche pas que la notion communautaire soit malgré tout autonome, c'est même là la grande difficulté.

²⁴ « Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires » Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2003, 93 p.

²⁵ G. HOULLON, *Le lobbying en droit public*, Thèse, dactyl., Paris V, 2008, T. 1, 800 p., spé. p. 62 et s. & 501 et s.

²⁶ Point 5.3.2

²⁷ On pense bien entendu à l'arrêt CJCE, 1^{er} juillet 1969, *Commission c/ Italie*, Aff. 24/68 et à ses suites.

notions dans l'ensemble des États-membres. La méthode n'est cependant pas parfaite. D'abord elle n'empêche pas l'homonymie, il est même possible de dire qu'elle l'encourage. En effet, puisque l'on sait que la notion communautaire sera comprise comme le voulait le rédacteur du texte, l'usage du terme interne n'implique normalement pas une confusion au détriment de la notion communautaire. Ensuite, chaque directive définissant ses propres notions, il existe des hypothèses dans lesquelles des notions communautaires homonymes se sont trouvées différemment définies. On aboutit dans ce cas à des notions juridiques homonymes définies de trois manières : la notion interne et les deux notions communautaires propres à chaque directive.

Cette dernière hypothèse permet d'ailleurs de démontrer qu'il existe aujourd'hui, en droit communautaire deux nouvelles méthodes d'interprétation à ajouter aux treize de TARELLO²⁸. La première consiste à se référer à l'article 1^{er} (ou tout autre article de définition contenu dans un texte). La pratique n'existait quasiment pas à l'époque, elle est une méthode répandue aujourd'hui. Notons cependant que, texte dans le texte, la définition n'empêche pas parfois le recours aux autres méthodes d'interprétation puisqu'elle doit elle-aussi être interprétée. La deuxième et nouvelle méthode d'interprétation du texte est la nécessité de recourir aux différentes traductions d'un même texte. Comme une « pierre de rosette » juridique, le texte communautaire dans une langue peut être interprété en utilisant sa version dans une autre (ou dans des autres) langues officielles. La multiplicité des versions est alors au service de l'interprétation de chacune d'entre-elles. Plutôt que de poser des problèmes de divergence, toutes les nuances du texte dans chacune des langues vont servir l'interpréteur. La seule limite à cette approche optimiste serait que deux versions linguistiques soient en opposition, mais alors il serait possible de se référer non seulement aux autres méthodes d'interprétation de la règle, mais aussi à la nuance dominante dans l'ensemble des langues officielles²⁹.

L'union pose donc comme principe un recours minimum à l'homonymie dans la traduction des termes juridiques, même si par ailleurs elle envisage aussi des palliatifs permettant que cela existe. Reste cependant que cette homonymie a des avantages : facilité de lecture et d'assimilation par les nationaux, ou possibilité de laisser les États-membres fixer le détail du contenu de ces termes. Ces avantages existent objectivement et l'on peut se demander si, parfois, l'homonymie n'est pas recherchée.

²⁸ G. TARELLO, « Sur la spécificité du raisonnement juridique » In *Die juristische Argumentation Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 7*, 1972, Wiesbaden, Franz Steiner, pp. 103-124, repris par Ch. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2^e ed. spé. pp. 55-59, reprint Dalloz, Paris, Bibliothèque Dalloz, 1999. Comme le dit P. Dubouchet, *op. cit.*, Polydore FABREGUETTES donne en 1914 une dizaine d'arguments pour interpréter la loi, dont quatre ne sont pas communs avec Ch. PERELMAN. Les deux modes ici présentés n'en font pas non plus partie, cf. P. FABREGUETTES, *La Logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1914, 570 p.

²⁹ Notons que l'usage de texte bilingues ou plus largement multilingues existait avant le droit communautaire. Un arrêté du 9 juin 1831 prescrivait par exemple en Algérie que tous les actes sous seing privé entre un Européen et un indigène soient rédigés en deux versions, dont l'une en arabe, cf. EDCE 1985 p. 102.

II) L'HOMONYMIE RECHERCHEE

Les inconvénients de l'homonymie ne sont pas rédhibitoires. Preuve en est que les cas d'homonymie sont relativement fréquents entre le droit communautaire et le droit français. Cette situation n'est pas seulement due à la facilité de traduction, ou à une forme d'incompétence des juristes-linguistes qui n'auraient pas compris que ce qui est classique dans les traductions littéraires pourrait ne pas être souhaitable dans les traductions juridiques. Il nous semble qu'il y a, dans l'homonymie, une véritable arme à l'appui de l'intégration communautaire, arme que le droit français a déjà retournée contre l'Union.

A) L'homonymie, arme de l'intégration communautaire

L'homonymie est aussi, dans certaines conditions, ce que l'on peut appeler une « arme » ou plus simplement un « moyen » de l'intégration communautaire. C'est d'abord le cas lorsque le droit communautaire abandonne la maîtrise de sa notion au droit national, c'est ensuite le cas lorsqu'il va, à dessein ou non, chercher à faire implorer la notion nationale.

L'intégration communautaire ne signifie pas que l'Union veuille maîtriser toutes les composantes de ses notions. Parfois même, en application du principe de subsidiarité, elle laisse au droit interne le soin de préciser ce qu'il faut entendre par les notions qu'elle a mise en place. C'est notamment ce que le droit communautaire utilise comme technique dans le cadre des politiques « de protection » prévues par le Traité CE. Dans ces matières : droit social, droit de l'environnement (et notamment les déchets), droit de la protection des consommateurs, on a pu remarquer que l'Union mettait en place un minimum de protection s'imposant aux États-membres, tout en leur laissant la liberté d'augmenter ce niveau de protection. Le cas de fixation de la durée du temps de travail est à cet égard intéressant : la directive 93/104 modifiée³⁰ fixe une durée de travail maximale de 48h par semaine, mais cela n'a pas empêché la France de baisser cette même durée à 35h sur son territoire. La Cour de justice a d'ailleurs précisé dans son arrêt *Royaume-Uni c/ Conseil des Communautés européennes*³¹ que le minimum communautaire pouvait, pendant un temps au moins, être plus important que la législation de certains pays. Cet exemple démontre que la « durée maximale du temps de travail » est une notion laissée à l'appréciation du droit interne. Le fait que les notions communautaire et française soient identiques aide ici à ce que le minimum communautaire s'impose comme un plus petit commun multiple européen.

Dans cette hypothèse, l'intégration consiste pour l'Union à donner à sa notion le même nom que la notion existante en droit interne, mais sans en préciser le sens exact. On en trouve d'autres exemples en droit social avec une liberté laissée aux gouvernements nationaux

³⁰ Directive 93/104/CE du Conseil de l'Union européenne, du 23 novembre 1993, *concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail*, modifiée par la directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 2000 *modifiant la directive 93/104/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive*.

³¹ CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c/ Conseil*, affaire C-84/94, Rec.1996, p. I-5755, pt 14 « confère au Conseil le pouvoir d'arrêter par voie de directives des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres »

de préciser le sens de termes comme « employeur », « salariés », « représentants du personnel », tout en leur donnant des fonctions relativement précises. Le droit communautaire présente ici ses notions comme des « standards »³² créateurs de pouvoirs discrétionnaires pour les autorités nationales devant les mettre en œuvre. Cette subsidiarité est facilitée par le fait que la notion communautaire reprend le nom de la notion interne et ne se présente que comme un encadrement de celle-ci. L'intégration communautaire prend ici la forme que les auteurs des Traités voulaient donner aux directives, moins contraignantes que les règlements, mais aux fonctions unificatrices subtiles.

Dans une hypothèse quelque peu différente, les rapports entre les deux notions interne et européenne homonymes sont moins pacifistes. Il arrive en effet que l'homonymie soit le moyen pour la notion communautaire de s'imposer sur la notion interne. Le mécanisme intellectuel est alors le suivant : une notion interne préexiste, elle est relativement stable et définie relativement clairement, soit par des textes, soit – ou dans le même temps – par une série de jurisprudences. Pensons par exemple aux notions de marchés publics ou de concession. Dans le cadre de ses compétences, le droit communautaire met en place une nouvelle notion et lui donne le même nom que la notion interne – par simplicité pour les juristes-linguistes ou de manière volontaire. Le résultat de cette création est une confusion entre les deux notions, au point qu'en pratique il faille ajouter « au sens interne » ou « au sens communautaire » après le nom de la notion pour éviter les malentendus.

Or, les mécanismes normatifs conduisent le droit européen à avoir une supériorité psychologique. La question ne porte en effet pas sur une quelconque supériorité normative : la transposition de la directive ou l'usage du règlement peuvent être parfaits juridiquement parlant. Les deux notions homonymes, mais juridiquement différentes peuvent cohabiter sans que la définition communautaire rende inopérante la notion interne. Cependant, psychologiquement, la notion communautaire va prendre d'ascendant. Pour des raisons de lisibilité du droit, de simplification administrative, d'efficacité, la notion interne va alors être abandonnée au profit de la notion communautaire qui paraît plus complexe à re-nommer ou fondre dans différentes notions de droit interne³³. Les exemples de cet impérialisme de la notion communautaire sont nombreux, notamment en droit des contrats administratifs. Ainsi, la notion de marché public telle qu'elle résulte des directives 2004/17 et 2004/18³⁴ est-elle bien plus large que la notion de marché public interne issue du code des marchés publics français. Plus encore, la concession de travaux publics au sens communautaire ne regroupe-t-elle pas seulement les cas couverts par la notion homonyme en droit français, mais aussi une partie – mais une partie seulement – des concessions de service public françaises. On retrouve le même genre de différence en droit de la concurrence pour les notions d'entente ou d'abus de position dominante par exemple.

³² S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du Standard*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, Tome 135 ; 1980, 564 p. ; E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*. Thèses de doctorat, Dactyl., Université libre de Bruxelles et Université Strasbourg III Robert Schuman, 2006, spé. p. 457 et s. et 489 et s.

³³ Rien n'empêche, dans le cadre des seules directives, de ne pas utiliser la notion communautaire, mais de conserver la notion interne et d'en trouver une autre pour les éléments inclus dans la notion communautaire et qu'il conviendrait de transposer en droit interne.

³⁴ Dir. 2004/17/CE du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, JO L 134 du 30 avril 2004 p. 1 et s. et la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JO L 134 du 30 avril 2007 p. 114 et s.

Ces mécanismes d'homonymie normative ne sont pourtant pas toujours dangereux pour les notions internes. Le droit interne réagit en effet selon différents modes permettant d'atteindre des optimums d'efficacité, entre amélioration et résistance.

B) L'homonymie et le jeu de l'intégration communautaire

Le droit communautaire n'exerce plus depuis longtemps déjà les peurs qu'il pouvait évoquer au début de son existence. Si l'homonymie est une modalité de l'intégration, elle apparaît d'ailleurs inconsciente de la part de l'Union, même si l'existence d'une DGT³⁵ et d'un commissaire au multilinguisme³⁶ démontrent l'attention particulière portée par l'Union à ces problématiques. La réalité de ses effets est cependant notable et le droit interne a pu entrer dans ce jeu et en répliquant par ses propres notions. Deux réactions semblent à cet égard possibles, et chacune a été utilisée dans le cadre des contrats administratifs.

La première réaction est celle qui a été employée dans le cadre des concessions. Le droit communautaire définit les concessions de travaux et les concessions de service. Ces dernières, avant d'être définies textuellement en 2004 étaient d'ailleurs appelées³⁷ « concessions de service public » dans les directives antérieures ; l'homonymie avec la notion interne était plus forte encore sans aucune volonté de la part de l'Union d'en tirer les conséquences que cela a en France. Preuve en est que cette homonymie est parfois bien plus automatique que réfléchie³⁸. Ces contrats sont vraisemblablement les plus classiques du droit public français en ce qu'ils sont déjà un mode de financement particulier d'une volonté publique, bien plus que les marchés publics dont on trouve l'équivalent en droit privé, dans des contrats de vente ou d'entreprise³⁹. Cette définition communautaire concurrente avait par conséquent un aspect symbolique fort. Le droit français a cependant eu à l'égard de cette notion « au sens communautaire » une attitude d'indifférence. Non seulement la notion interne n'a pas été modifiée fondamentalement⁴⁰, mais le droit français l'a même insérée dans l'ensemble plus vaste des délégations de service public. Dans la mesure où ce régime, bien que mettant en place des règles de mise en concurrence, n'est pas dû à une quelconque évolution communautaire, on constate que le droit interne peut refuser l'ascendant « psychologique » du droit communautaire et agir sans son influence. La seule limite à cela est que le régime communautaire attaché à la notion ne soit pas trop contraignant, sans quoi le droit interne ne peut aller aussi loin que l'indifférence.

³⁵ Direction générale de la traduction de la Commission européenne. On notera que la commission a aussi publié en 2005 une communication intitulée « A New Framework Strategy for Multilingualism », Brussels, 22.11.2005, com(2005)596 final ; 30 p.

³⁶ Il s'agit, en janvier 2009, de Léonard ORBAN, de nationalité roumaine.

³⁷ Sans être définies par un article spécial auparavant. Les définitions actuelles peuvent être trouvées aux articles I-3 a et b de la directive 2004/17 précitée et I-3 et 4 de la directive 2004/18 précitée.

³⁸ On retrouve cette utilisation d'une notion interne homonyme de manière parfaitement irréfléchie à l'article 73 du TCE qui stipule : « Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la *notion de service public* »

³⁹ F. LLORENS, *Contrats d'entreprise et marchés de travaux publics*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, 1981, V-705 p.

⁴⁰ Il nous semble qu'elle eût pu être modifiée de la même manière en l'absence de droit communautaire.

La deuxième réaction possible en cas d'homonymie est celle qui a été utilisée en matière de marchés publics et que l'on peut qualifier de contre-offensive. La notion communautaire de marché public englobe la notion de marché public « au sens interne », c'est-à-dire au sens du code des marchés publics. La raison principale à cette notion plus large est que le droit communautaire intègre aussi des personnes privées dans sa définition, comme c'est le cas de certaines sociétés d'économie mixte, ainsi que certains établissements publics étatiques classiquement exclus du champ d'application du code français. Ce critère organique plus large se retrouve sous les nouvelles notions de « pouvoir adjudicateur » et « entités adjudicatrices »⁴¹. Pour bien transposer le droit communautaire des marchés publics, il conviendrait normalement de modifier le critère organique du code pour qu'il recoupe les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Or, les auteurs du code des marchés de 2006 ont utilisé la même technique que le droit communautaire : ils ont créé les notions de pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, tout en ne reprenant pas le contenu de la notion communautaire. L'homonyme ainsi créé (par le droit français) laisse donc apparaître une soumission aux définitions issues des directives, alors que le champ d'application organique du code des marchés de 2006 est parfaitement identique à celui qu'il était auparavant. La technique communautaire du recours à l'homonymie – quoique vraisemblablement non volontaire – se trouve ici – volontairement cette fois-ci – contournée par le droit interne qui va l'utiliser pour transposer la directive, non seulement au fond, mais aussi formellement, sans remettre en cause l'une de ses institutions, le code des marchés publics⁴².

L'homonymie, phénomène classique de la traduction est donc, pour le juriste, bien plus qu'une licence poétique et mérite, en tant que tel, d'être appréciée comme un phénomène normatif. Il est bien possible que la lisibilité et l'impact du droit communautaire dépendent plus qu'on croit de cela : trop d'homonymie, c'est l'impression d'un droit communautaire lentement destructeur qui transparait, trop peu c'est la volonté de remplacer le droit interne qui apparait. Le pire pour le droit communautaire étant d'avoir l'un ou l'autre des effets par hasard et non par choix, et pour le droit interne de ne pas aborder sereinement ces transitions pour contrôler ses notions.

⁴¹ Dans le cadre de deux notions homonymes (les marchés publics), le droit communautaire a donc créé une notion nouvelle pour définir le critère organique de sa notion de marché public.

⁴² La modification du champ d'application organique du code des marchés publics serait en effet une remise en cause complète de la notion de marché et conduirait nécessairement à l'adoption d'un code de la commande publique qui regrouperait les différentes procédures pour les différents types de marchés aux sens européens et internes, ainsi, vraisemblablement que les délégations de service public.