

LES USAGES DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES LOIS AU LUXEMBOURG (LE BON, LE MAUVAIS ET L'INDICIBLE)

par Patrick Kinsch

Avocat, professeur à l'Université du Luxembourg

PASICRISIE LUXEMBOURGEOISE A.S.B.L.

2021

Les usages des travaux préparatoires des lois au Luxembourg (le bon, le mauvais et l'indicible) (*)

Patrick Kinsch

Avocat, professeur à l'Université du Luxembourg

La pratique de l'interprétation législative présente au Luxembourg un certain nombre d'originalités.

Il y a ainsi, du côté des juridictions de l'ordre judiciaire, la dichotomie entre la méthode d'interprétation des codes hérités de la France ou des textes inspirés par des modèles français ou belges d'une part, et celle des lois luxembourgeoises autonomes de l'autre. En particulier l'interprétation du Code civil se fait le plus souvent dans un esprit que Pascal Ancel a pu caractériser comme un « esprit d'allégeance apparente, voire de soumission aux solutions françaises », tout en en dégagant les raisons, qui tiennent au pragmatisme de la magistrature luxembourgeoise¹. L'effet de cette attitude pragmatique est d'importer progressivement au Luxembourg des idées nouvelles issues de l'expérimentation à laquelle se livre, en particulier, la Cour de cassation française. La plus fondamentale de ces idées n'est plus tellement nouvelle, puisqu'elle date du « moment 1900 » de cette Cour de cassation, de la prise de conscience de ce que la société de 1904 n'était plus celle de 1804, et de ce qu'il était nécessaire de faire évoluer l'interprétation du Code civil sans rester attaché à la pensée qui l'avait inspiré, la pensée du législateur historique².

En revanche, lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes d'interprétation de lois luxembourgeoises autonomes, donc de lois qui sont l'œuvre originale des pouvoirs publics luxembourgeois, la méthode d'interprétation des tribunaux judiciaires change. Elle a tendance, alors, à se faire exégétique : textualistes en présence de textes législatifs identifiés comme « clairs », les tribunaux se considèrent comme tenus, à défaut de clarté des textes législatifs, de respecter l'intention du législateur historique, si elle peut être découverte dans les travaux préparatoires des lois. La coexistence de ces deux méthodes radicalement opposées d'interprétation des textes – la méthode évolutive pour les codes, la survie d'une variante de l'école de l'Exégèse³ pour les textes authentiquement luxembourgeois – est pacifique et non problématisée. Elle est en même temps un phénomène remarquable et un phénomène heureux pour l'interprétation des codes. Quel serait le degré de modernité du droit civil luxembourgeois si la jurisprudence se considérait, aujourd'hui encore, comme tenue de suivre, dans tous les cas où un article du Code civil n'est pas « clair », l'intention

* Texte d'une conférence donnée le 19 janvier 2021 dans le cadre des travaux du Groupe de réflexion en droit privé luxembourgeois. Première publication aux *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Bruxelles, Larcier, 2021.

¹ P. Ancel, « Le droit luxembourgeois des contrats, un droit sous influence(s) », *RDC* 2014, p. 295 et s., spéc. p. 301. Pragmatisme « d'économie de moyens », comme le précise l'auteur. Effectivement, il est difficile pour le Luxembourg d'élaborer dans une parfaite autonomie l'architecture conceptuelle détaillée qui est considérée, au Luxembourg comme en France, comme l'armature du droit civil ou du moins du droit des obligations.

² Voir le discours du premier président de la Cour de cassation française, A. Ballot-Beaupré, dans la brochure commémorative *Le centenaire du Code civil 1804-1904*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904, p. 23 et s. Bien entendu, ce moment fondamental, préparé par toute une évolution des idées sur le plan politique, philosophique et juridique, n'est en réalité pas localisable avec précision dans le temps et dans l'espace ; sur une contribution de la jurisprudence luxembourgeoise, datant de 1884, à la modernisation du droit de la responsabilité pour accidents du travail, voir d'ailleurs P. Sargos, « Qui se souvient de Jean Thommes ? », *JCP* 2015, p. 1303 et s.

³ Cf. Groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant, « Culture et droit civil », *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées louisianaises 2008*, Paris, LB2V et Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 159 et s., spéc. p. 181, également publié in *Pas. lux.* 34 (2009), doctr. p. 353 et s., spéc. p. 369.

originale des auteurs du Code, et si la consultation du *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* de Fenet restait la méthode approuvée de détermination du sens des articles du Code de 1804 ? Pour les textes issus de réformes récentes du Code civil opérées par le législateur luxembourgeois, le recours aux travaux préparatoires n'est par ailleurs pas inhabituel⁴ ; mais cela ne fait d'une certaine manière que confirmer les termes de la dichotomie : même à l'intérieur du Code, une méthode vaut pour l'interprétation de l'apport du législateur français, une autre pour l'apport propre du législateur luxembourgeois.

Du côté des juridictions de l'ordre administratif, la question des méthodes d'interprétation se présente en partie différemment. Le juge administratif est aujourd'hui considéré comme un magistrat au même titre que le juge judiciaire⁵ ; pourtant on observe qu'il n'adopte pas exactement les mêmes méthodes d'interprétation. La dichotomie entre modèle étranger et lois luxembourgeoises, qui caractérise ce que fait le juge de l'ordre judiciaire, ne se rencontre en effet pas devant le juge administratif luxembourgeois. Certes, les principes généraux du droit administratif et du contentieux administratif sont eux-mêmes influencés par le modèle français, mais il est devenu rare que la référence explicite aux décisions du Conseil d'Etat français intervienne dans les décisions du juge administratif avec la même autorité que la référence aux arrêts de la Cour de cassation française devant le juge judiciaire⁶. Le droit luxembourgeois s'est, de ce point de vue, émancipé.

Les lois luxembourgeoises particulières jouent en droit administratif un rôle nettement plus important qu'en droit civil, étant donné le caractère largement non codifié du droit administratif. Les juridictions administratives ont adopté d'abord une méthode uniforme d'interprétation de ces lois qui semblait s'inspirer des mêmes principes exégétiques que ceux qui inspirent les juridictions judiciaires⁷ : importance du texte clair de la loi, là où il existe (de l'avis de la juridiction) ; à défaut, référence à la volonté du législateur, lorsqu'il est possible de la déceler, et donc rôle important des travaux préparatoires. Depuis quelques années cependant, la Cour administrative, juridiction suprême de l'ordre administratif, revendique une plus grande liberté interprétative que celle dont se servent les magistrats du tribunal administratif, juridiction de première instance ; appliquant ce qu'elle appelle les « principes généraux supérieurs par essence, à la fois de réalisme, de cohérence et de sécurité juridique »⁸, elle voit le rôle du juge administratif comme moins subordonné au législateur qu'il ne l'était dans la méthodologie habituelle, méthodologie que le tribunal administratif continue néanmoins d'appliquer⁹. La différence d'approche actuelle des deux juridictions administratives crée un autre type de dichotomie, dont il faudra voir si elle pourra se maintenir longtemps.

Il existe par conséquent au Luxembourg un pluralisme des approches fondamentales de l'interprétation des textes. Certains textes, spécialement ceux du Code civil, relèvent d'un mode d'interprétation évolutif et donc en principe libre, mais en même temps étroitement inspiré de la jurisprudence française qui bénéficie devant les tribunaux judiciaires d'une autorité persuasive – très persuasive, à la vérité. La jurisprudence de la Cour administrative

⁴ Voir p.ex., à propos de la réforme du divorce de 2018, Cour d'appel 15 juillet 2020, *Pas. lux.* 39, p. 751.

⁵ Ceci depuis 1997, année de l'entrée en fonction du tribunal administratif et de la Cour administrative qui se virent confier le contentieux administratif, qui fut retiré au Conseil d'Etat. Cette réforme s'est avérée clairement bénéfique.

⁶ Exemple récent, néanmoins : Trib. ad. 12 août 2020, n° 43866 (reprenant de la jurisprudence française la théorie de l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement). Ce jugement a été réformé par Cour ad. 26 janvier 2021, n° 44997C.

⁷ Avec quelques nuances, notamment l'importance de la hiérarchie des normes dans la pratique jurisprudentielle du juge administratif, et avec elle celle du principe de l'interprétation des textes hiérarchiquement inférieurs au regard des contraintes qui découlent des textes hiérarchiquement supérieurs. Mais le principe même de cette interprétation neutralisante existe devant les deux ordres de juridiction.

⁸ Voir l'arrêt programmatique : Cour ad. 27 octobre 2016, n°s 37299C et 37321C, *JTL* 2016, p. 186, et la note ; *adde* les explications fournies par le président de la Cour administrative dans une conférence publique, compte rendu par B. Olinger *ibid.*, p. 190.

⁹ Voir ainsi Cour ad. 9 janvier 2020, n° 43470C, *JTL* 2020, p. 154, qui critique ce qu'il appelle la « lecture littérale des textes de loi sous revue, telle qu'opérée par le tribunal », et lui préfère une lecture humaniste qui concilie la législation en matière de protection de l'environnement (limitant les constructions en zone verte) avec le principe constitutionnel de protection de la dignité humaine, et assure ainsi le droit d'une personne âgée au maintien à son domicile après adaptations de la construction de celui-ci.

quant à elle met parfois en œuvre un considérable degré de liberté et d'autonomie dans l'adaptation des lois et règlements aux faits. Ces phénomènes méritent d'être connus, mais ils ne relèvent pas du sujet de cette contribution. Celle-ci est consacrée à l'autre jurisprudence, tout aussi réelle, des tribunaux luxembourgeois : celle qui concerne l'interprétation des textes législatifs et parfois réglementaires d'origine luxembourgeoise, devant les juridictions de l'ordre judiciaire et devant les juridictions administratives lorsque celles-ci se considèrent comme tenues de les appliquer conformément à la volonté de leurs auteurs¹⁰. Dans la pratique jurisprudentielle luxembourgeoise, cette interprétation accorde son rôle aux travaux préparatoires de la loi (ou du règlement).

A partir de là, nous nous proposons d'approfondir un peu l'étude du rôle des travaux préparatoires dans l'interprétation de ces lois luxembourgeoises. Nous le ferons en faisant ressortir que dans la jurisprudence des tribunaux, le recours aux travaux préparatoires joue un rôle certain, quoiqu'encadré (I) ; puis en montrant que les principes directeurs de cette jurisprudence conduisent à préférer certains usages des travaux préparatoires, et à en rejeter d'autres (II).

I. – L'encadrement du rôle des travaux préparatoires dans l'interprétation des lois

L'encadrement tient en trois éléments : l'affirmation du caractère admissible du recours aux travaux préparatoires par les tribunaux (A), la définition des travaux préparatoires consultables (B), et la limite (controversée, mais défendable à condition d'être bien comprise) du sens clair, ou mieux du *sens raisonnablement possible*, des textes législatifs (C).

A. – L'affirmation du caractère admissible du recours des tribunaux aux travaux préparatoires

Les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles de droit existantes et donc – sous réserve du respect de la hiérarchie des normes – d'appliquer les lois et règlements en vigueur. Ceci fait partie de leur statut constitutionnel. En revanche, aucune norme n'oblige les tribunaux à donner une suite déterminée aux indications qu'ils peuvent trouver dans les travaux préparatoires de ces textes. Néanmoins, la consultation des travaux préparatoires leur est permise ; et comme approche méthodique, elle peut certainement leur être recommandée même si, comme nous le verrons, les indications qui s'y trouvent n'ont pas toutes la même valeur.

La possibilité pour les tribunaux d'avoir égard aux travaux préparatoires ne peut pas être contestée en droit positif, au regard des prises de position jurisprudentielles qui l'affirment de temps en temps, au gré des contestations soulevées devant les tribunaux. Certains arrêts rejettent ainsi des formes abusives d'usage des travaux préparatoires (on y reviendra), mais rappellent qu'en elle-même, la consultation de ceux-ci est parfaitement admissible. On peut citer des arrêts historiques de la période des années 1930 et 1940 dans la jurisprudence de la Cour de cassation (« s'il est loisible au juge d'interpréter un texte de loi en scrutant l'intention qui a guidé le législateur ... »¹¹) et dans celle du Conseil d'Etat (qui reconnaît que les travaux préparatoires peuvent se voir reconnaître une certaine « pertinence », tout en précisant qu'ils ne peuvent déroger au texte de la loi votée¹²). Beaucoup plus récemment, des arrêts ont écarté la contestation du recours aux travaux préparatoires à propos de la réforme de la *cautio judicatum solvi* (« contrairement à l'argumentation des parties appelantes, les juridictions sont admises, pour interpréter un texte de loi, à prendre recours à l'intention

¹⁰ C'est-à-dire, concrètement, le tribunal administratif et aussi dans la plupart des cas la Cour administrative : si la jurisprudence de celle-ci, lorsqu'elle donne l'impression de s'inspirer de la « libre recherche scientifique » ou de la *Freirechtsschule*, est spectaculaire, ses manifestations sont assez rares par rapport au nombre total des arrêts de cette juridiction.

¹¹ Cass. 13 oct. 1932, *Pas. lux.* 13, p. 5. L'arrêt continue : « ... il lui est pourtant interdit de dénaturer un vote de la Chambre des députés, en invoquant à cet effet soit des votes antérieurs au vote définitif, soit l'opinion émise au cours des débats par les membres individuels de la Chambre ». La loi en question était une loi d'approbation d'un contrat de concession avec une compagnie de chemins de fer.

¹² CE 15 décembre 1948, *Ets. Paul Wurth*, *Pas. lux.* 14, p. 529, note L. Trotabas.

du législateur, notamment par des références aux travaux préparatoires parlementaires »)¹³ et à propos de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (« S'il tombe sous le sens que les travaux préparatoires ne peuvent pas servir à compléter le texte légal, il est cependant admis que le juge peut se référer aux documents parlementaires pour connaître les circonstances ayant amené le législateur à légiférer »)¹⁴.

Les formules choisies par les tribunaux sont permissives : le juge « *peut* » se référer aux documents parlementaires, les juridictions y sont « *admisses* ». La jurisprudence montre que le but de la consultation des travaux préparatoires est de découvrir l'intention du législateur lors de la confection de la loi. Puisque le recours aux travaux préparatoires n'est pas une obligation constitutionnelle, rien n'interdit au juge de procéder autrement, et de découvrir d'une autre manière le but d'une disposition législative en vue de son interprétation¹⁵, mais la pratique à propos des textes législatifs luxembourgeois autonomes favorise le recours aux travaux préparatoires.

La recherche des travaux préparatoires dans le but de connaître l'intention du législateur s'explique dans le contexte d'une démarche d'ordre exégétique. La consultation des travaux préparatoires a lieu parce que les juges considèrent qu'ils peuvent y trouver des indications sur la volonté réelle du législateur historique, et que cette volonté est susceptible de lier les interprètes ou du moins les interprètes qui consentent à se faire lier ainsi¹⁶. Il ne semble donc pas que le recours aux travaux préparatoires s'explique en définitive par « l'absence de doctrine nationale et par une jurisprudence comparativement peu fournie »¹⁷, comme s'il s'agissait d'une référence purement doctrinale. Il est plus que cela, pour les interprètes qui suivent les indications des travaux préparatoires. La preuve : si les auteurs d'ouvrages doctrinaux jouent le jeu comme les tribunaux, ils se référeront eux-mêmes aux travaux préparatoires et y verront l'explication authentique de la volonté du législateur qu'ils suivront¹⁸. C'est bien ainsi que fonctionnait l'interprétation du Code civil au dix-neuvième siècle, du temps de l'Exégèse.

B. – La définition des travaux préparatoires consultables

Quels sont les travaux préparatoires que les tribunaux acceptent de consulter ? On connaît la critique fondamentale, un peu teintée d'antiparlementarisme, d'Henri Capitant au cours des années 1930 à l'égard du principe même du recours aux travaux préparatoires : préférant la jurisprudence (alors) existante des tribunaux anglais, qui n'en tenaient aucun compte, Capitant fit valoir le caractère confus des débats parlementaires et le fréquent manque de préparation des orateurs à la tribune du parlement¹⁹.

Dans la pratique luxembourgeoise actuelle, ce problème ne se pose pas²⁰. En effet, la pratique des tribunaux et des autres interprètes consiste à ne prendre en considération que

¹³ Cour d'appel 5 novembre 2014, *Pas. lux.* 37, p. 200 ; *JTL* 2015, p. 54, à l'appui d'une réduction téléologique du texte aboutissant à ce que seuls les défendeurs luxembourgeois (et assimilés) puissent l'invoquer, à l'exclusion des défendeurs étrangers.

¹⁴ Cour d'appel 15 février 2017, n° 25/17-VII-REF, p. 17, sommaire au *Bull. Droit et banque* 62 (2018), spéc. p. 97, à l'appui d'une interprétation extensive du dispositif législatif.

¹⁵ Comp. toutefois, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par rapport au principe d'égalité devant la loi, Cour const. 5 mai 2000, n° 9, cité *infra*, texte accompagnant la note 44. Cet arrêt prescrit une manière stricte de procéder, en passant d'abord par l'examen des travaux préparatoires.

¹⁶ Cf. B. Frydman, *Le sens des lois*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 188, qui parle de « soumission inconditionnelle à la volonté de l'auteur ».

¹⁷ J.-L. Putz, « Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit pénal au Luxembourg », *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées italiennes 2017*, Paris, LB2V, et Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 703 et s., spéc. p. 719, également publié in *Pas. lux.* 34 (2009), doct. p. 353 et s., spéc. p. 369.

¹⁸ Un exemple de ce phénomène au Luxembourg est l'interprétation par la doctrine (en général, il est vrai, proche de la place financière) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, interprétée sur la base de quelques phrases figurant dans les travaux préparatoires dans un sens extensif, favorable aux intérêts des bénéficiaires de sûretés dans le domaine financier.

¹⁹ Pour les textes de ces polémiques, voir H. Capitant, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *DH* 1935, p. 77 ; du même auteur, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », *Mélanges François Gény*, vol. II, Paris, Sirey, 1934, p. 204 et s.

les travaux préparatoires écrits : projet de loi gouvernemental (ou proposition de loi parlementaire), avis du Conseil d'Etat (en particulier si celui-ci a proposé une modification du texte, et que cette proposition a été suivie par le Parlement), rapport de la commission parlementaire compétente²¹, et peut-être le résumé de ce dernier rapport par le rapporteur à la séance de la Chambre des députés. Quelle que soit sa qualité, l'apport d'autres intervenants dans la procédure législative (chambres professionnelles, autorités judiciaires ou autres) est purement consultatif et ne peut être réputé refléter l'intention du législateur. Les travaux préparatoires de la plupart des règlements grand-ducaux sont également publiés, depuis 2008, sur le site internet du Conseil d'Etat, qui publie les projets de règlements grand-ducaux et son propre avis.

La pratique de n'avoir égard qu'à ces seuls rapports est de nature à rationaliser l'utilisation des travaux préparatoires.

Deux observations plus marginales peuvent être ajoutées. Les références à des travaux préparatoires de lois en cours d'examen devant le parlement, mais non encore votées, ne sont pas inédites²², mais elles devraient être considérées comme des références soit doctrinales (si les passages des travaux préparatoires cités ont une ambition doctrinale), soit politiques. Elles ne peuvent pas avoir un poids important dans l'interprétation du droit existant. De même, dans une affaire isolée, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a donné un poids considérable à la réponse gouvernementale à une question parlementaire pour en déduire (à côté cependant d'autres arguments) quelle était la position actuelle du droit luxembourgeois sur la reconnaissance d'un principe général d'égalité de traitement dans les rapports mutuels entre actionnaires d'une société anonyme²³. Cette référence, qui fait apparaître le développement du droit existant par les tribunaux comme subordonné aux opinions exprimées dans une réponse gouvernementale, était inopportune²⁴. Les réponses gouvernementales aux questions parlementaires sont des prises de position politiques, intervenant parfois dans un contexte polémique ; contrairement aux travaux préparatoires des lois, elles ne prétendent pas fournir un commentaire objectif d'un projet de loi soumis à l'examen du parlement.

C. – La limite du sens clair (ou du sens raisonnablement possible) des textes législatifs

Cet élément de l'encadrement du recours aux travaux préparatoires est le plus important. En même temps, l'idée de « sens clair des textes » est des plus controversées, souvent à juste titre.

Le fait de mettre l'accent sur le sens clair de certains textes législatifs, et de leur appliquer la vieille maxime *in claris cessat interpretatio*, fait partie de la jurisprudence des tribunaux luxembourgeois. Ce principe textualiste n'a évidemment pas été inventé au Luxembourg²⁵,

²⁰ Ou ne se pose plus. Dans une affaire qui date des années 1890, il a été question de faire prévaloir des déclarations orales du gouvernement à la Chambre des députés sur le texte législatif, en apparence clair, fixant les modalités d'imposition des revenus de valeurs mobilières : CE 10 août 1893 *Pas. lux.* 3, p. 389 (qui préfère appliquer le texte clair de la loi) ; CE 3 mars 1898, *Pas. lux.* 4, p. 435 (revirement de jurisprudence : la déclaration gouvernementale démontre que le texte de la loi était dû à une erreur), solution reprise par CE 23 mars 1905, *Pas. lux.* 7, p. 389. – L'arrêt postérieur du 15 décembre 1948, *Ets. Paul Wurth (supra, note 12)*, refuse en revanche d'attacher quelque poids que ce soit à l'opinion « qu'au cours des débats parlementaires, les promoteurs de la loi semblent avoir émis[e] » (p. 533).

²¹ Ces rapports sont publiés aux *documents parlementaires* (ou, pour les lois plus anciennes, aux annexes du *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*). Depuis un certain nombre d'années, la Chambre des députés publie également (mais uniquement sur son site internet) les procès-verbaux de réunions des commissions parlementaires. Plus spontanés que les rapports, ces procès-verbaux reflètent des discussions préparatoires à l'adoption du rapport ; les tribunaux ne paraissent pas, ou pas encore, en tenir compte.

²² A propos de la contrariété de la gestation pour autrui à l'ordre public luxembourgeois, voir Cour d'appel 6 mai 2020, n° 103/20-I-CIV, *JTL* 2020, p. 148.

²³ Trib. arr. Luxembourg 8 juillet 2003, *Audiolux*, n° 165/2003 (VIII), p. 56-57.

²⁴ Elle n'a, aussi bien, pas été reprise dans la même affaire, ni en appel (Cour d'appel 12 juillet 2006, *Bull. Droit et banque* 38 (2006), p. 46), ni en cassation (Cass. 23 septembre 2010, *Pas. lux.* 35, p. 228 ; *JTL* 2010, p. 204).

²⁵ Il est un classique du répertoire des auteurs du dix-neuvième siècle, du Discours préliminaire de Portalis au cours des travaux préparatoires du Code civil (Fenet, t. I, p. 474 : « Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions » ; cf. aussi le projet de Code civil de l'an VIII, livre

mais il y bénéficie encore aujourd'hui d'une popularité certaine, non seulement dans la jurisprudence des tribunaux judiciaires²⁶, mais encore dans celle, classique, des juridictions administratives. C'est cette dernière qui a principalement inspiré à P. Hurt ses « propos irrévérencieux sur l'utilisation de l'argument du sens clair en jurisprudence luxembourgeoise »²⁷. Il y rappelle que, parmi les corollaires de l'argument du sens clair, figure – à côté des classiques interdictions d'introduire des distinctions qui ne figurent pas dans le texte de la loi, ou d'interpréter celui-ci au-delà des termes y employés – l'interdiction de recourir aux travaux préparatoires de la loi à l'encontre du texte clair de celle-ci. Une exception, de portée limitée, est reconnue par les juges qui font appel à cet argument : « L'application textuelle du texte clair et précis par le juge ne peut trouver exception que dans la mesure où il aboutirait à une situation absurde, contraire à toute logique, bref au bon sens même » ; dans ce dernier cas le juge retrouve sa liberté et peut même s'inspirer des travaux préparatoires²⁸.

La critique de l'argument du sens clair des lois est dans une large mesure justifiée. L'argument du sens clair conduit à des abus d'autant plus fréquents que plus forte est la croyance des interprètes dans la perfection du travail législatif (ou leur indifférence, parfois affichée, à l'égard de son imperfection²⁹). Si cette croyance est forte, une analyse logique et sémantique – le recours aux dictionnaires, dans le pire des cas – semble (presque) toujours suffisante aux juges pour déterminer le sens des mots employés par le législateur et, *en conséquence*, de découvrir le « sens clair de la loi ». S'il est ainsi poussé au bout de sa logique textualiste³⁰, l'argument du sens clair est effectivement un argument qui va trop loin et est incompatible avec ce qui est la mission véritable d'un tribunal. Cette mission est d'une part d'appliquer dans toute la mesure du possible des règles de droit justes aux faits constatés par les juges ; le fait de s'interdire dans tous les cas de dévier du sens étroit d'un texte réputé « clair » est dès lors intrinsèquement suspect. Cette mission consiste, d'autre part, à aider les normes qu'il interprète et applique à atteindre leur but : c'est ce qui explique qu'au-delà du textualisme, il existe une méthode d'interprétation qui part directement du but poursuivi par la norme et s'interroge sur le sens des notions employées qui soit le plus conforme à ce but, même à défaut d'être le plus conforme à une analyse purement littérale. C'est la méthode téléologique, considérée comme la méthode-reine par l'ouvrage canonique sur l'interprétation des lois au Luxembourg³¹, par la jurisprudence de la Cour administrative³² et par des décisions des juridictions judiciaires³³. Il va de soi que la jurisprudence textualiste

préliminaire, titre V, art. 5 [Fenet, t. II, p. 7] : « Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit », jusqu'à l'œuvre de François Laurent (voir le § II, « Le texte et l'esprit de la loi », de la longue préface à son Cours élémentaire de droit civil, t. I, Bruxelles, Bruylant, et Paris, Marescq, 1878, p. 12 et s.).

²⁶ Cf. Trib. arr. Luxembourg 13 juin 2019, n° 2019TALCH06/00627, et la citation des conclusions du Parquet général dans une affaire de cassation qui reprennent du projet de Code civil de l'an VIII l'idée selon laquelle « quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit ».

²⁷ « Attendu que la loi est claire ... », *JTL* 2010, p. 193.

²⁸ Exemple : Trib. ad. 31 juillet 2013, n° 30544, p. 8.

²⁹ Voir Cour ad. 1^{er} avril 2004, n° 17089C, selon lequel « il n'appartient pas aux juridictions administratives d'interpréter une disposition légale au-delà des termes y employés, étant entendu qu'il appartient au seul pouvoir législatif de modifier une disposition légale contenant un prétendu illogisme, étant donné qu'il s'agit là d'une décision exclusivement politique, échappant au champ de compétence des juridictions ». De nombreux jugements du tribunal administratif citent cette solution et lui permettent ainsi de survivre dans l'ordre juridique luxembourgeois bien que vraisemblablement, la Cour administrative ne la reprendrait plus à son compte. Pour un exemple de la même attitude en jurisprudence judiciaire, cf. Trib. arr. Luxembourg (ord. prés. pratiques commerciales déloyales) 8 novembre 2017, n° 1600/2017 (II), selon laquelle « il n'appartient pas aux juridictions [de] remédier par une interprétation extensive mais non conforme aux dispositions législatives en vigueur » à une lacune législative.

³⁰ Le zénith, en jurisprudence luxembourgeoise, est peut-être l'interprétation de la notion de « matériel roulant » par le tribunal administratif (10 octobre 2007, n° 22641), voir P. Hurt, art. cit., p. 197.

³¹ P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, republié avec une mise à jour en 1978 ; 2^e réimpression, Bruylant, 2009, n° 234 (« le but de la loi apparaît ainsi comme la véritable mesure de l'interprétation ») ; n° 239 d (mise à jour de 1978 : la méthode téléologique, « instance dernière et suprême dans le processus d'interprétation »).

³² Cour ad. 7 juin 2012, *Sotel*, n° 29650C, *JTL* 2013, p. 84, article de P. Hurt p. 65 ; Cour ad. 26 avril 2016, n° 37262C (cf. la citation des motifs, *infra* note 42) ; Cour ad. 27 octobre 2016, précit. (*supra*, note 8). Mais dans la jurisprudence du tribunal administratif aussi, des décisions faisant en substance application de la méthode téléologique existent ; voir p.ex. le jugement du 8 février 2017, n° 37459, *JTL* 2017, p. 126.

et la jurisprudence téléologique coexistent difficilement. Nous donnons la préférence à la seconde.

Pour autant, nous ne pensons pas qu'il soit raisonnable de conclure de la primauté de la méthode d'interprétation téléologique que les *travaux préparatoires* des lois doivent se voir reconnaître une valeur supérieure à celle du texte de la loi³⁴. Cela n'est admis ni par l'ouvrage canonique précité³⁵, ni par la jurisprudence, qui déclare que « les travaux préparatoires de la loi, de quelque pertinence qu'ils soient, ne peuvent servir ni à suppléer aux lacunes du texte légal, ni à déroger à ses dispositions »³⁶. C'est même, comme nous le verrons en établissant la typologie des usages des travaux préparatoires, l'exemple-type du mauvais usage.

Or l'interdiction de faire prévaloir les travaux préparatoires sur le texte de la loi est, inutile de le contester, un aspect de la doctrine du sens clair des lois. L'idée, retenue par un arrêt de la Cour d'appel pour justifier cette interdiction, que « s'il en était autrement, les passages des travaux préparatoires, non publiés au *Mémorial*, acquerraient une force obligatoire équivalente ou même supérieure à celle des textes légaux qui ont, seuls, fait l'objet de la publication organisée par la loi »³⁷ est elle-même assez textualiste. Cette règle jurisprudentielle est cependant fermement ancrée en droit positif luxembourgeois. Elle peut se justifier sans pour autant tomber dans les excès du « sens clair des lois ».

D'abord, dire que le langage juridique est polysémique et qu'il est rare qu'une norme telle qu'elle est formulée n'ait qu'un seul sens concevable – ce qui est vrai – n'est pas dire que chaque norme peut avoir *n'importe quelle* signification : vouloir lui donner certaines significations peut être « manifestement déraisonnable » et échappe dès lors à l'interprétation, même téléologique, de cette norme³⁸.

Ensuite, il n'est certes pas interdit aux tribunaux de développer le droit *au-delà* des normes législatives ou réglementaires, entre autres en étendant le sens intrinsèque de celles-ci par l'analogie ou en le restreignant par la restriction ou réduction téléologique. Ce sont là des moyens classiques, conformes au droit positif³⁹ et contestés à tort par certains praticiens au nom du sens clair des normes (en réalité, une analogie ou réduction ne touche pas au sens de la norme en elle-même ; elle crée une *autre* norme, de droit prétorien, en étendant ou en réduisant le texte en pleine connaissance de son contenu intrinsèque, ce qui est autre chose). Mais la manière d'opérer une analogie ou une restriction est soumise à des conditions qui leur sont propres, et qui ne dépendent pas étroitement de l'opinion défendue dans les travaux préparatoires des textes.

La limite à l'utilisation des travaux préparatoires à des fins d'interprétation que constitue le « sens clair » des textes devient, ainsi comprise, une limite du sens *raisonnablement possible* de ces textes⁴⁰. Le sens d'un texte normatif n'est pas nécessairement clair pour le tout ;

³³ Exemples : Trib. arr. Luxembourg 29 janvier 1982, *Pas. lux.* 25, p. 323, la *ratio legis* prévaut sur le principe de l'interprétation restrictive des lois dérogatoires au droit commun ; Cour d'appel 12 janvier 2009, *JTL* 2009, p. 184 (la téléologie contre le conceptualisme).

³⁴ Cf., *contra*, A. Elvinger, « Le carrousel des nullités dans la loi du 16 août 2016 », *JTL* 2016, p. 129 et s., spéc. p. 132, note 29, qui déduit de la jurisprudence récente de la Cour administrative que « les travaux préparatoires, lorsqu'ils sont cohérents, doivent prévaloir » sur le texte de la loi.

³⁵ P. Pescatore, *op. cit.*, n° 233.

³⁶ CE 15 décembre 1948, *Ets. Paul Wurth*, précit. (*supra*, note 12) ; voir aussi les décisions citées *infra*, note 55.

³⁷ Cour d'appel 11 juin 2015, *Pas. lux.* 37, p. 506 ; *JTL* 2016, p. 108.

³⁸ La réserve des suggestions d'interprétation « manifestement déraisonnables » et dès lors inadmissibles est formulée par l'arrêt *Sotel* de la Cour administrative (*supra*, note 32). Elle revient à la distinction entre cas-types (d'inclusion évidente dans le dispositif législatif ou d'exclusion évidente de celui-ci) d'une part et cas-limites soumis à discussion d'autre part (voir les références données par P. Hurt, *Les hypothèses juridiques*, th. Paris I, 2007, n° 290).

³⁹ P. Pescatore, *op. cit.*, n° 236 et n° 237. En particulier sur la réduction téléologique d'un texte (« interprétation téléologique » selon l'arrêt), cf. Cass. 7 décembre 2017, n° 90/2017 ; pour un arrêt pratiquant une réduction téléologique sans employer cette terminologie, voir Cour d'appel 5 novembre 2014 (*supra*, note 13).

⁴⁰ Cf. la notion de « möglicher Wortsinn » dans la discussion méthodologique des pays germanophones (voir la comparaison entre le droit suisse et le droit allemand dans T. Probst, « Die Grenze des möglichen Wortsinns : methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität ? », *Festschrift Ernst A. Kramer*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 249 et s.).

cependant une interprétation qui dépasse son sens raisonnablement possible n'est pas une interprétation recevable en tant que telle, et ne peut pas se justifier non plus en tant qu'interprétation par référence aux travaux préparatoires du texte. Jointe à la possibilité qui reste ouverte, mais qui n'est pas automatique, d'aller au-delà du texte (analogie) ou de rester en deçà (restriction), cette limite semble réaliser un bon équilibre entre l'importance de la téléologie dans l'interprétation des normes juridiques et le souci de respecter les exigences, rattachables à l'idée d'Etat de droit, de transparence et d'accessibilité des normes. C'est cette idée de préservation d'un équilibre qui nous permettra de dresser à présent une petite typologie des usages concrets des travaux préparatoires dans un pays qui reste (partiellement) acquis aux idées exégétiques.

II. – Les différents usages des travaux préparatoires

Il y a au Luxembourg trois types d'usages des travaux préparatoires. Les deux premiers – le bon usage, qui se borne à y rechercher le but poursuivi par le législateur historique, essentiellement pour faciliter l'interprétation des lois dans une optique téléologique (A) – et même le mauvais, qui consiste à « suppléer aux lacunes du texte légal » ou même « à déroger à ses dispositions » (B) – sont des usages somme toute décents, même s'il convient de les juger différemment, essentiellement sur le plan de leur efficacité. Le troisième usage, l'usage indicible (C), est un usage plus condamnable.

A. – Le bon usage

Le bon usage des travaux préparatoires les utilise comme indices de l'intention des auteurs de la loi, du législateur historique – pas plus. On énumérera quelques variantes :

1° Les travaux préparatoires peuvent servir à déterminer le sens d'un mot ou d'une expression polysémique, en choisissant parmi les différents sens possibles des notions employées par une norme. Ils sont par conséquent une aide à l'interprétation sémantique, plus performante que le recours aux dictionnaires linguistiques, et permettent de choisir le sens de la notion que le législateur avait à l'esprit⁴¹. Evidemment, ceci suppose que les travaux préparatoires ne soient pas aussi muets (ou contradictoires) que le texte de la loi est polysémique ; dans ce cas le juge devra employer d'autres moyens afin de déterminer le sens le plus plausible de la notion⁴².

2° La principale finalité du recours aux travaux préparatoires est d'y découvrir le but de la norme. Ce n'est pas le seul moyen de déterminer ce but, mais c'est celui que les tribunaux privilégient en général, à propos des textes luxembourgeois autonomes⁴³. Dans le contentieux constitutionnel de l'égalité devant la loi – où la légitimité du but poursuivi par le législateur dans la définition du champ d'application de la loi, ainsi que la rationalité, l'adéquation et la proportionnalité par rapport à ce but des différenciations opérées jouent un rôle déterminant –, la Cour constitutionnelle a même défini une règle hiérarchisant les procédés de découverte du but poursuivi au moyen d'une distinction opérée par une disposition normative. Dans ce domaine, ce n'est qu'« à défaut de justification suffisamment exprimée dans les travaux préparatoires » qu'il incombe au juge constitutionnel « de reconstituer le but expliquant la démarche du législateur »⁴⁴.

⁴¹ Exemple : Cour d'appel 18 janvier 2017, *Bull. Droit et banque* 60 (2017), p. 78 (notion de « gestion distincte » dans le droit des assurances sur la vie).

⁴² Cour ad. 26 avril 2016, n° 37262C, constatant que le sens d'une expression sujette à interprétation (« accessibles au public ») ne se trouve pas défini dans les travaux préparatoires : l'arrêt relève dès lors que « l'analyse du juge ne connaît guère de soutien, celui-ci est appelé à effectuer sa démarche en partant des mots à interpréter [...] en vue de dégager une signification aussi univoque que possible compte tenu du texte, du contexte et des objectifs du texte, étant entendu qu'en cas de contradictions entre ces trois vecteurs une prépondérance doit être conférée aux objectifs, c'est-à-dire à l'approche téléologique, étant donné qu'il y a lieu de privilégier une interprétation qui fasse du sens plutôt qu'elle n'en fasse pas ».

⁴³ Voir *supra*, texte accompagnant les notes 13 à 15.

⁴⁴ Cour const. 5 mai 2000, n° 9 ; solution reprise par l'arrêt n° 64 du 4 mai 2011.

Il y a plusieurs degrés dans l'interprétation téléologique des textes. Certains textes, lus dans leur contexte, sont suffisamment clairs pour que leur but soit décelable à l'aide d'une simple lecture, qui peut le cas échéant être confirmée par la consultation des travaux préparatoires⁴⁵. D'autres en revanche ne déploient tout leur potentiel que s'ils font l'objet d'une lecture téléologique sur base des déclarations des auteurs des travaux préparatoires. Cette dernière hypothèse est cependant, il faut le noter (et rester vigilant à ce propos), parfois à la limite de l'invocation (abusive) des travaux préparatoires pour compléter le texte de la loi⁴⁶.

3° Les travaux préparatoires peuvent permettre de voir, s'ils sont explicites à cet égard, si une lacune législative était voulue ou non par (les auteurs de) la loi. En fonction de la réponse, le recours aux techniques de l'analogie⁴⁷ ou de la restriction téléologique⁴⁸ peut être envisageable. Mais ces techniques ne sont pas toujours permises – l'extension téléologique par analogie n'est ainsi pas envisageable *in defavorem* en matière pénale et peut-être dans d'autres matières –, et la manière de combler les lacunes réclame l'usage des « lumières et [de] la prudence du magistrat » et ne saurait se résumer à un exercice de transposition des travaux préparatoires de la loi.

4° Ils peuvent encore servir à la réparation des malfaçons d'un texte législatif qui contient des dispositions contradictoires. Le principe de l'effet utile de la loi justifie l'intervention du juge aux fins d'opérer la réparation ; quant à l'identification du texte de la loi qu'il convient de privilégier par rapport à l'autre, qui le contredit et qui devra être sacrifié, la consultation des travaux préparatoires peut être utile⁴⁹.

5° La liste qui précède n'est pas nécessairement exhaustive⁵⁰.

B. – Le mauvais usage

Le mauvais usage des travaux préparatoires est essentiellement un usage fait par les auteurs des travaux préparatoires, commettant – en général de bonne foi⁵¹ – des malfaçons dans leur travail qui consiste à formuler le texte de la loi (ou du règlement). Nous avons vu que la jurisprudence est en ce sens que « les travaux préparatoires de la loi, de quelque pertinence qu'ils soient, ne peuvent servir ni à suppléer aux lacunes du texte légal, ni à déroger à ses dispositions »⁵² : les tribunaux, dans leur travail d'interprétation des normes, refusent par conséquent de se prêter à ce mauvais usage. Les travaux préparatoires sont

⁴⁵ Bel exemple : Trib. arr. Luxembourg 26 mars 2019, n° 2019TALCH14/00060, les règles relatives aux distances des plantations à observer (art. 671 et 672 du Code civil, tels que modifiés par la loi du 29 juillet 1993) s'appliquent à des tiges de bambou, bien que celles-ci ne soient pas, botaniquement, des « arbustes ou arbrisseaux » mais des graminées.

⁴⁶ L'exemple le plus spectaculaire de ceci est l'interprétation généralisante de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, effectuée sur la base de quelques indications éparées figurant dans les travaux préparatoires dans le sens que la loi s'applique bien au-delà du champ d'application de la directive 2002/47/CE qu'elle transpose (et qui ne tend qu'à l'incontestabilité, dans un contexte d'insolvabilité, des sûretés auxquelles elle s'applique) ; cf. *Ann. dr. lux.* 27-28 (2018), p. 67-70. C'est à son propos que l'arrêt de la Cour d'appel du 15 février 2017, *supra* note 14, a estimé que « [s]il tombe sous le sens que les travaux préparatoires ne peuvent pas servir à compléter le texte légal, il est cependant admis que le juge peut se référer aux documents parlementaires pour connaître les circonstances ayant amené le législateur à légiférer ». Voir encore Cour d'appel 22 janvier 2020, *Bull. Droit et banque* 66 (2020), p. 47 et s., spéc. 52 (faisant référence à l'« analyse exhaustive des travaux préparatoires et de la doctrine » permettant de conclure à « l'intention des auteurs de la Loi de 2005 [...] d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et manœuvres »).

⁴⁷ Pour un exemple de recours aux travaux préparatoires (de la loi sur l'organisation de la Cour constitutionnelle) pour étendre la suspension des délais de procédure au cours des vacances judiciaires, voir Cour const. 30 janvier 2004, n° 19.

⁴⁸ Cour d'appel 5 novembre 2014, *supra*, texte et note 13.

⁴⁹ Comp. par analogie les motifs de Trib. ad. 31 juillet 2013, *supra*, texte et note 28. Il est clair en effet que le cas de dispositions contradictoires de la même loi est un exemple-type d'un texte de loi dont l'application littérale « aboutirait à une situation absurde, contraire à toute logique, bref au bon sens même ».

⁵⁰ Aussi bien, voici encore un exemple : Cass. 7 décembre 2017, n° 90/2017, recours aux travaux préparatoires d'un règlement grand-ducal pour vérifier si le règlement est la transposition d'une directive européenne, devant être interprétée en accord avec elle.

⁵¹ Pour des hypothèses exceptionnelles, où il est plus difficile de croire à cette bonne foi, voir la section C *infra*.

⁵² CE 15 décembre 1948, *Ets. Paul Wurth*, précit. (*supra*, note 12).

soumis à la limite du sens clair, ou plutôt du sens raisonnablement possible, des textes normatifs. Si cette limite n'est pas respectée, les organes concourant au processus normatif ne sont pas parvenus à traduire effectivement leurs intentions en une norme obligatoire.

« Suppléer aux lacunes du texte légal » et « déroger à ses dispositions » par les travaux préparatoires sont effectivement les deux variantes de malfaçons qu'il y a lieu d'envisager.

Suppléer les lacunes : il est assez fréquent que les auteurs des travaux préparatoires ne se bornent pas à commenter les dispositions de leur projet, mais cherchent à préciser, au-delà de ces dispositions, des questions connexes au texte mais non traitées par lui. Il se peut ainsi que l'on retrouve dans les travaux préparatoires des précisions, non reflétées dans le texte de la loi, sur les relations entre ce texte de loi et d'autres lois, sur la possibilité ou l'impossibilité de déroger à la loi par des conventions, sur l'application de la loi dans le temps, et ainsi de suite.

C'est souvent, consciemment ou inconsciemment, un souci qui relève de l'esthétique classique des lois qui l'explique. Il s'agit de ne pas surcharger le texte législatif, de ne pas entrer dans le détail ; en même temps, les auteurs des travaux préparatoires auront leurs idées sur ces points accessoires, et les inséreront, parfois accompagnés d'un « il va de soi que, par ailleurs, ... » ou d'un « il convient de préciser ... », dans leurs projets ou rapports. Ce souci d'esthétique est dangereux et risque de priver d'effet les passages en question des travaux préparatoires : puisque ceux-ci ne peuvent pas combler, avec effet obligatoire pour les tribunaux, les lacunes du texte, la question de la manière de combler les lacunes sera tranchée librement par les tribunaux, qui ne seront pas liés par l'opinion des auteurs des projets et rapports, mais pourront voir autrement les choses⁵³.

Dès lors, de deux choses l'une. Ou bien les auteurs de ces opinions ne tiennent pas réellement à ce que celles-ci soient suivies par les tribunaux ; c'est une hypothèse qui n'a rien d'ironique, et qui peut relever d'une idée de partage des tâches entre pouvoirs étatiques et de respect de la mission normative des tribunaux dans l'élaboration de leur jurisprudence. Dans ce cas il n'y a pas d'objection à ce qu'il soit procédé ainsi. Ou bien ils tiennent à leurs opinions, mais alors celles-ci doivent être transformées en indications du texte normatif lui-même.

Déroger au texte de la loi : c'est un *a fortiori* par rapport à l'hypothèse qui précède, celle du comblement des lacunes. Une dérogation au texte normatif ne peut être considérée comme compatible avec le sens raisonnablement possible du texte et comme pouvant dès lors relever de l'interprétation de celui-ci⁵⁴. Il n'est pas étonnant que la jurisprudence n'accepte pas la dérogation au moyen des travaux préparatoires⁵⁵.

⁵³ Il peut arriver qu'un juge soit convaincu par l'opinion défendue dans les travaux préparatoires (exemple : JP Luxembourg 5 novembre 2019, n° 3269/19, à propos du caractère d'ordre public d'un texte en matière de bail à loyer), mais il arrive aussi que les opinions émises dans ce type de travaux préparatoires apparaissent aux juges comme affectées d'erreurs de droit (Cour d'appel 6 juillet 2000, *Pas. lux.* 32, p. 10, erreur sur la distinction entre règles de forme et règles de fond s'agissant d'une adoption internationale ; Cour d'appel 11 juin 2015, cité *supra*, note 37, erreur sur les conséquences de l'attribution au juge judiciaire de la compétence pour contrôler la légalité des décisions en matière d'impôts indirects, qui ne cessent pas pour autant d'être des actes administratifs), ou encore comme affectés d'erreurs sur le sens de la jurisprudence française citée dans les travaux préparatoires (Cour d'appel 20 décembre 1994, *Pas. lux.* 29, p. 400), auxquels cas ils ne seront pas suivis.

D'une manière plus générale, rien n'interdit aux juges de refuser de suivre des indications des travaux préparatoires qui ne se répercutent pas dans le texte de la loi (voir p. ex. Trib. arr. Luxembourg, 25 février 2005, *Faillite Ardenia S.A.*, n° 260a/2005 (II), qui préfère suivre l'évolution postérieure de la jurisprudence française à propos d'une loi reprise du droit français, plutôt que de se considérer comme tenu par les solutions françaises indiquées aux travaux préparatoires de la loi au moment du vote de la loi luxembourgeoise).

⁵⁴ La possibilité du recours à un raisonnement fondé sur l'analogie ou sur la restriction téléologique reste ouverte au-delà de l'interprétation des textes, mais obéit à des critères qui ne sauraient se borner à suivre des passages des travaux préparatoires (voir *supra*, texte accompagnant les notes 47 et 48).

⁵⁵ En jurisprudence administrative : CE 15 décembre 1948, *Ets. Paul Wurth*, précit. ; CE 12 mai 1992, n° 8574 ; Cour ad. 11 janvier 2000, n° 11285C ; et judiciaire : Trib. arr. Luxembourg 29 septembre 1982, *Pas. lux.* 25, p. 453 ; Cour d'appel 27 mai 2004, *Pas. lux.* 32, p. 484, spéc. p. 494 ; voir aussi Trib. arr. Luxembourg 14 février 2002, *Droit et banque* 33 (2002), p. 44 (cette dernière décision affirme le caractère pénalement punissable de la fraude fiscale simple, malgré la discrète allusion dans les travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 1993 – qui ne correspondaient pas au texte de la loi – à sa dépénalisation et à la substitution d'un mécanisme de sanctions administratives à la compétence du tribunal correctionnel).

Un arrêt ancien de la Cour d'appel a même refusé d'admettre la correction, sur base des travaux préparatoires de la loi, de ce qui apparaissait comme une confusion entre le *paragraphe 2 de l'article 2* d'une loi antérieure et *l'alinéa final de l'article 2* de cette loi⁵⁶. Appliquée à ce qui serait une simple erreur matérielle lors de la procédure législative, cette dernière solution est sévère⁵⁷.

C. – Un usage (occasionnellement) indicible

Jusqu'ici, nous avons présenté l'ordre juridique luxembourgeois tel qu'il est en général, un ordre juridique parfaitement ordinaire, qui en tant que tel fait une utilisation parfois déficiente, mais néanmoins décente, des travaux préparatoires des lois. Ce serait manquer à la véracité que de ne pas présenter également l'autre face, plus rare, de l'usage des travaux préparatoires. Celle-ci existe au Luxembourg, et a tendance à se concentrer sur les aspects de droit dérogatoire au droit commun qui ont fait le succès du modèle économique luxembourgeois des dernières décennies. Mais il ne s'agit pas d'un phénomène qui ne se rencontrerait qu'au Luxembourg ; on connaît des exemples du même phénomène dans d'autres Etats⁵⁸.

Un exemple semble particulièrement éloquent. En 1989, entre en vigueur une directive communautaire qui a pour objet d'organiser entre les Etats membres des Communautés européennes la lutte contre les opérations d'initiés et d'organiser la coopération entre autorités administratives des Etats membres à ce propos⁵⁹. La directive prévoit expressément que les autorités administratives compétentes des Etats membres « doivent être dotées de toutes les compétences et de tous les pouvoirs de contrôle et d'enquête nécessaires, le cas échéant en collaboration avec d'autres autorités » (article 8) et qu'elles assurent entre elles « toute coopération nécessaire à l'accomplissement de leur mission », en communiquant aux autorités des autres Etats membres, nonobstant le secret professionnel auxquelles toutes les autorités sont tenues, « toutes les informations requises, y compris celles concernant les actes interdits » (article 10). Cette disposition implique évidemment qu'afin que l'entraide administrative puisse avoir une quelconque effectivité, ce sont *en particulier* les noms des donneurs d'ordre des opérations suspectées de délit d'initiés qui devraient pouvoir être communiqués aux autorités des autres Etats membres.

Mais en même temps, 1989 est l'époque du haut de la vague du secret bancaire luxembourgeois, perçu à l'époque comme indispensable à la prospérité du pays et comme impliquant un fort degré de discrétion sur les affaires de la clientèle de *private banking*. Que fait le législateur luxembourgeois ? Il ne peut pas refuser de transposer la directive, et le Luxembourg est même tenu de communiquer à la Commission européenne « les dispositions de droit interne » qu'il adoptera aux fins de la transposition de la directive (article 14 de celle-ci). On procède donc comme suit : adopter une loi qui transpose plus ou moins littéralement la directive et ne donne dès lors pas lieu à objections de la part de la Commission⁶⁰, mais contredire, au moyen des travaux préparatoires, l'obligation de dévoiler le nom des clients de banques luxembourgeoises aux autorités administratives des autres Etats membres. Ce sera l'objet de commentaires insérés dans le projet de loi⁶¹ et, surtout, d'un long rapport, inspiré

⁵⁶ Cour d'appel 10 avril 1908, *Pas. lux.* 7, p. 200.

⁵⁷ Elle dépasse en sévérité les enseignements doctrinaux et ceux de la jurisprudence française de la même époque (cf. les citations dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 mars 1905, *supra*, note 20). – Contre l'utilisation des *errata* pour « redresser – ainsi qu'on essaie parfois de le faire – des erreurs commises lors du vote parlementaire des lois ou lors de la préparation des textes réglementaires », voir P. Pescatore, *op. cit.*, n° 126.

⁵⁸ Voir ainsi la mise en garde de H. Fleischer, « Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung », *RabelsZ* 2011, p. 317 et s., spéc. p. 324, contre la manipulabilité des travaux préparatoires en Allemagne, spécialement « bei der Praxis des Gesetzgebungs- "Outsourcing" von Bundes- und Landesministerien » (une pratique qui existe aussi, bien entendu, au Luxembourg). Voir aussi l'attaque contre l'utilisation des travaux préparatoires par les tribunaux américains dans l'ouvrage, résolument textualiste mais néanmoins excellent, d'A. Scalia et B. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, West, 2012, qui souligne lui aussi le risque de manipulation (« [Legislators] have been known to preface a colloquy with "Let's make some legislative history" », p. 377).

⁵⁹ Directive 89/592/CEE du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés, *JOCE* 1989, L 334, p. 30.

⁶⁰ Loi du 3 mai 1991 sur les opérations d'initiés, *Mém. A* 1991, p. 645.

de la prise de position de la Chambre de commerce, de la commission parlementaire des Finances et du Budget⁶².

L'autorité administrative luxembourgeoise compétente, à l'époque le Commissariat aux bourses, respecte d'abord cette interprétation, non divulguée à la Commission européenne. Il refuse de transmettre à ses homologues des autres Etats membres les identités des clients soupçonnés de délit d'initiés. Puis, la Commission européenne, auprès de laquelle ces autorités se sont plaintes, adresse une mise en demeure au Luxembourg pour qu'il respecte pleinement la directive ; dès lors, comme le ministre des Finances a été amené à l'expliquer en 1997 à la commission parlementaire des Finances et du Budget (qui devait s'occuper à nouveau de la problématique de l'entraide en matière de délit d'initiés à l'occasion de l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur les opérations financières des initiés), « le Luxembourg a été contraint de modifier l'interprétation donnée dans les documents parlementaires quant au pouvoir de lever le secret bancaire du [Commissariat aux banques] »⁶³. La Commission européenne est satisfaite, les autorités des autres Etats membres aussi. La directive (et la loi luxembourgeoise qui, en tant que loi de transposition d'une directive, doit être interprétée conformément à celle-ci) est respectée.

La commission parlementaire, quant à elle, approuve certes, pragmatiquement, les explications fournies par le ministre. Mais non sans exprimer son déplaisir : « La Commission des Finances s'étonne toutefois que les administrations chargées de l'exécution des lois votées par le Parlement puissent changer de leur propre gré l'interprétation unanime donnée dans les documents parlementaires à une disposition législative »⁶⁴; elle « accepte l'application qui est faite par le Commissariat aux bourses de la loi du 3 mai 1991, alors qu'elle semble conforme à l'esprit de la directive sur les délits d'initiés. La Commission des Finances exige toutefois d'être consultée à l'avenir si l'administration estime nécessaire de modifier de façon substantielle l'interprétation donnée par le Gouvernement et le Parlement à une disposition législative »⁶⁵ une idée qui semble difficilement compatible avec la séparation des pouvoirs.

Il n'est pas sûr qu'il y ait une morale à cette dernière histoire.

⁶¹ Projet de loi, *Doc. parl.* 3389, p. 7 (la divulgation de l'identité de particuliers est réservée aux autorités judiciaires suite à une commission rogatoire émanant d'une autorité judiciaire étrangère, et échappe aux compétences des autorités administratives).

⁶² *Doc. parl.* 3389³ (M. François Colling, rapporteur). Voir en particulier, aux p. 9-11, la section intitulée « Analyse de différents problèmes en relation avec le secret bancaire ».

⁶³ *Doc. parl.* 4143¹, p. 4.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 4 (M. Luc Frieden, président et rapporteur).

⁶⁵ *Ibid.*, p. 5.

