

Le „paragraphe monstre“ – Dans quelle mesure est-il vraiment (in)compréhensible ?

Stefan Höfler, Felix Uhlmann, Adrian Boxler

L'art. 8 al. 3 de la loi fédérale sur les résidences secondaires a fait couler beaucoup d'encre. Différents médias s'en sont servis comme exemple pour une disposition légale particulièrement incompréhensible («paragraphe monstre») et diverses améliorations ont été proposées. Mais dans quelle mesure cette disposition est-elle réellement (in)compréhensible? Le Zentrum für Rechtsetzungslehre de l'Université de Zurich a tenté une nouvelle approche pour répondre à cette question. Lors d'une expérience, 123 étudiants en master de la faculté de droit ont testé la compréhensibilité du «paragraphe monstre» ainsi que celle de deux propositions d'amélioration. La contribution suivante présente les résultats de l'expérience. Celle-ci démontre notamment qu'une disposition légale, aussi précise qu'elle se veuille, peut être diversement appréciée quant à son sens et sa compréhensibilité.

1. Introduction

L'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur les résidences secondaires (LRS, SR 702) le 20 mars 2015. Cette loi « définit les conditions auxquelles sont soumises la construction de nouveaux logements ainsi que la modification de logements existants et de leur affectation dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 % » (art. 1 LRS). Non seulement le contenu de la loi sur les résidences secondaires, qui lui-même était absolument controversé, mais aussi sa forme donne lieu à des discussions, notamment la formulation de l'art. 8 al. 3. La « Neue Zürcher Zeitung » (NZZ), un des principaux journaux de la Suisse alémanique, a dédié un article à cette disposition légale le 21 mars 2015, dans lequel il est surnommé le « paragraphe monstre ». Même les membres du Parlement avouaient ouvertement envers les journalistes (NZZ) tout simplement ne pas avoir compris ce paragraphe : « À un moment donné on se disait plus que : Continuons les yeux fermés » (Häfliger 2015). Le paragraphe en question est libellé comme suit :

Si l'établissement crée des logements tant au sens de l'al. 1 que de l'al. 2, la proportion maximale de 33 % est réduite de la valeur obtenue en multipliant par 13 % le quotient de la surface des logements au sens de l'al. 1 et de la somme des surfaces des logements au sens des al. 1 et 2.

Le « paragraphe monstre » fait partie de l'art. 8 LRS. Cet article règle le cas où un hôtel qui, en plus des chambres d'hôtes, offre aussi des appartements (c'est-à-dire les soi-disant « établissements d'hébergement organisés »), veuille construire des résidences secondaires, alors que dans la commune en question ne pourraient en fait plus être construites de telles résidences secondaires. Une disposition dérogatoire [exception] à cette règle vise à permettre à ce genre d'établissements d'assurer leurs moyens d'existence. Pour ce faire, les paragraphes 1 et 2 de l'article différencient entre deux catégories de résidences secondaires, celles qui sont destinées à être vendues (al. 1) et celles destinées à être louées (al. 2). Suivant à quelle catégorie les résidences secondaires d'un établissement d'hébergement appartiennent, leur surface utile principale ne peut dépasser une proportion de 20 pourcents (mise en vente) resp. de 33 pourcents (mise en location) de la surface principale des chambres et appartements de l'établissement d'hébergement :

Art. 8 Logements en relation avec des établissements d'hébergement organisés

¹ Dans les communes qui comptent une proportion de résidences secondaires supérieure à 20 %, des établissements d'hébergement organisés peuvent être autorisés à créer des logements sans restriction d'utilisation au sens de l'art. 7, al. 1, si les conditions suivantes sont remplies:

- a. l'établissement ne peut être exploité de manière rentable qu'au moyen des revenus produits par la création de tels logements;
- b. le propriétaire ou l'exploitant est en mesure, sur demande, de prouver que les revenus réalisés par ces logements sont investis dans la construction ou l'exploitation de l'établissement;
- c. les surfaces utiles principales de ces logements n'excédant pas 20 % de l'ensemble des surfaces utiles principales des chambres et des logements;
- d. il existe une unité architecturale et fonctionnelle entre ces logements et l'établissement, à moins que des motifs afférents à la protection des monuments ou des sites ne s'y opposent;
- e. aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

² Pour les logements créés en vertu de l'al. 1 qui restent durablement la propriété d'un établissement d'hébergement organisé et sont loués par celui-ci, la surface utile principale au sens de l'al. 1, let. c, peut atteindre 33 % au plus de l'ensemble des résidences secondaires. surfaces utiles principales. Une telle restriction du droit d'aliénation doit être mentionnée au registre foncier. L'art. 7, al. 4 et 5, est applicable par analogie.

Le paragraphe 3 de l'article – le « paragraphe monstre » – règle, par conséquent, le cas où un établissement d'hébergement veuille établir des résidences secondaires des deux catégories. Dans ce cas, la surface maximale de résidences secondaires autorisée est déterminée en compensant proportionnellement les surfaces des deux catégories de logements; c'est-à-dire comme suit :

³ Si l'établissement crée des logements tant au sens de l'al. 1 que de l'al. 2, la proportion maximale de 33 % est réduite de la valeur obtenue en multipliant par 13 % le quotient de la surface des logements au sens de l'al. 1 et de la somme des surfaces des logements au sens des al. 1 et 2.

Il est évident que cette disposition n'est pas compréhensible d'emblée. Mais comment peut-on faire mieux ? Après la publication de l'article sur le « paragraphe monstre » dans le journal NZZ, plusieurs propositions de formulations alternatives ont été reçues : soit sous forme de courrier de lecteurs ou de commentaires en ligne sur le site internet du journal NZZ, soit par e-mail à l'adresse des services linguistiques centraux de la Chancellerie fédérale. Ces derniers ont examiné minutieusement les propositions et ensuite présenté dans le Bulletin « LeGes » (Bulletin de la Société suisse de législation et de la société suisse d'évaluation) une proposition consolidée pour une formulation améliorée.

Le « Zentrum für Rechtsetzungslehre » de l'Université de Zurich [Centre d'études de la législation] a saisi l'occasion pour tester dans le cadre d'une expérience, quelle formulation était la mieux compréhensible. L'art. 8 al. 3 semble être particulièrement approprié pour un examen empirique parce qu'il comporte un calcul. Celui-ci permet d'évaluer assez facilement au moins un aspect particulier de la compréhensibilité : Les personnes soumises au test sont-elles capables de calculer correctement la surface utile maximale autorisée dans un cas concret ? Le « Zentrum für Rechtsetzungslehre » a réalisé une telle expérience avec 123 étudiants en master de la faculté de droit de l'Université de Zurich en comparant trois variantes de formulation pour le « paragraphe monstre » du point de vue de leur compréhensibilité [intelligibilité].

Les étudiants en master semblaient les mieux adaptés puisqu'ils ont déjà suivi une certaine formation juridique préparatoire mais sans pour autant avoir approfondi le domaine juridique en question. La question, qui doit pouvoir comprendre une loi, est certes discutée de manière controversée dans la littérature scientifique. Par contre, le fait que les dispositions légales devraient être formulées de sorte que les (futurs) juristes soient capables de les comprendre, devrait être peu controversé.

2. Conception expérimentale

Parmi les propositions de formulation reçues, trois ont été sélectionnées pour l'expérience : (A) la formulation originale comme elle se présente dans la loi sur les résidences secondaires, (B) la proposition de formulation publiée dans le Bulletin LeGes mentionné auparavant et (C) la proposition de formulation qui a été publiée dans les commentaires du journal NZZ en ligne à propos du « paragraphe monstre » par un lecteur anonyme. Voici les trois formulations :

Variante A (LSR)

Si l'établissement crée des logements tant au sens de l'al. 1 que de l'al. 2, la proportion maximale de 33 % est réduite de la valeur obtenue en multipliant par 13 % le quotient de la surface des logements au sens de l'al. 1 et de la somme des surfaces des logements au sens des al. 1 et 2.

Variante B (LeGes)

Si un établissement crée des logements tant au sens de l'al. 1 qu'au sens de l'al. 2, il faut procéder à un calcul mixte pour déterminer la proportion totale autorisée des deux types de logements de l'ensemble des surfaces utiles principales des chambres et appartements selon la formule suivante, sachant que x représente la somme des surfaces de logements au sens de l'al. 1 et y la somme des surfaces de logements au sens de l'al. 2: $(20x + 33y) / (x + y)$.

Variante C (NZZ)

Si l'établissement crée des logements tant au sens de l'al. 1 qu'au sens de l'al. 2, la proportion maximale autorisée porte sur les surfaces des deux types de logements : Il s'élève à 20% de la surface au sens de l'al. 1 plus 33% de la surface au sens de l'al. 2 divisé par la surface totale.

Ces trois variantes de formulation ont été choisies parce qu'elles diffèrent dans des points fondamentaux au niveau linguistique. Dans la variante A la description du calcul se limite à des moyens linguistiques, par contre elle contient des termes relativement techniques (*somme, quotient, multiplication*). La variante B travaille avec une formule mathématique. De plus, on essaie d'exprimer à travers une phrase introductive la motivation du calcul. La variante C essaie également d'éclairer sa motivation dans une phrase introductive. Contrairement aux deux autres variantes, cette proposition de formulation n'utilise ni des termes particulièrement techniques ni de formule mathématique. Celle-ci est la variante la plus proche du « langage courant ».

La compréhensibilité des trois formulations a donc été comparée comme suit. Les 123 étudiants participants ont été répartis en trois groupes de 41 personnes chacune. Les participants du premier groupe travaillaient avec la variante de formulation A, le deuxième groupe avec la variante B et le troisième groupe avec la variante C. Trois types de compréhensibilité ont été testés : la première impression (« compréhensibilité à première vue »), l'application correcte de la disposition dans un cas concret (« compréhensibilité d'application ») et l'appréciation ultérieure (« compréhensibilité a posteriori »).

3. Compréhensibilité à première vue

Dans un premier temps les participants ont reçu le texte de l'article 8 al. 1 et 2 LRS ainsi que une des trois variantes de l'al. 3. À ce stade, les participants ne connaissent pas encore les autres variantes de formulation de l'al. 3. Les participants ont alors été invités à évaluer spontanément la compréhensibilité de l'al. 3 sur une échelle de 1 (très incompréhensible) à 5 (très compréhensible). L'exercice visait à déterminer la compréhensibilité « à première vue » de chacune des formulations, c'est-à-dire avant que l'on approfondisse leur contenu. Le tableau 1 montre le nombre de points que chacune des variantes de formulation a réalisé.

Tableau 1 : Comment évaluez-vous la compréhensibilité de l'al. 3 sur une échelle de 5 (très compréhensible) à 1 (très incompréhensible)?

Moyenne de 46 [A]; 43 [B]; 46 [C] réponses

Variante A (Loi LRS):	4.4
Variante B (LeGes):	3.5
Variante C (NZZ):	3.7

À première vue, la compréhensibilité de toutes les trois variantes a été qualifiée comme étant médiocre. Les participants ne se sont apparemment pas montrés autant impressionnés par le « monstre », vu que la variante A a même atteint le meilleur résultat avec 4.4 points, suivie de la variante C avec 3.7 points et de la variante B avec 3.5 points. Les chiffres montrent une légère tendance en faveur de la formulation dans la LRS. Compte tenu des débats publics suite au reportage dans le journal NZZ, on peut constater que la formulation dans la LRS n'a, à première vue, pas été considérée moins compréhensible que les deux autres variantes prétendument plus compréhensibles, mais même légèrement mieux compréhensible.

4. Compréhensibilité d'application

Dans un deuxième exercice les participants ont été invités à calculer la surface maximale autorisée des logements secondaires à l'aide de la variante de texte, qui leur a été présentée. Le scénario donné se présente comme suit :

L'hôtel «Alpenblick» dans une commune X du canton des Grisons (proportion de logements secondaires au-dessus de 20%) dispose de 72 chambres d'hôtes avec une surface maximale de 5760m². L'hôtelier Y n'a pas à se plaindre, son hôtel est si bien fréquenté qu'il reçoit plus de demandes de séjour qu'il n'a de chambres disponibles. Pourtant Y n'a pas de quoi se réjouir. Les coûts fixes en augmentation ainsi que le renchérissement du franc suisse pèsent sur le budget financier. Il envisage alors la construction de 28 appartements de luxe. Il aimerait vendre directement 18 d'entre eux et louer durablement les 10 autres. Le cabinet d'architecture local Z lui soumet la proposition suivante :

- 18 appartements adaptés à la vente avec une surface de 65m² par appartement sans restriction du droit d'aliénation ;

- 10 appartements adaptés à la location durable avec une surface de 75m² par appartement avec restriction du droit d'aliénation.

Y a également suivi la législation concernant la Loi sur les Résidences Secondaires de près et sait que son projet doit être compatible avec l'art. 8 LRS. Il ne fait pas entièrement confiance à Z d'avoir fait le calcul correctement et veut donc le vérifier. Après plusieurs heures de lecture il finit par résigner et vient demander votre aide.

Les participants ont été demandés si l'hôtelier Y avait le droit, du point de vue des mètres carrés uniquement, de réaliser son projet et quelle surface maximale il avait le droit d'utiliser pour créer des résidences secondaires dans le cadre de son projet. La réponse correcte à cette deuxième question aurait été : 1926 mètres carrés ; il a donc le droit de réaliser son projet avec la surface de résidences secondaires de 1920 mètres carrés planifiée.

Le résultat semble d'abord décevant : Seulement 10 de 123 participants (c'est-à-dire moins que 10 pourcents !) ont réussi à calculer correctement la surface maximale autorisée cherchée à l'aide du texte. La variante B (LeGes) a généré le plus de réponses correctes, la variante A (LRS) a seulement abouti à très peu de réponses correctes et la variante C (NZZ) n'a donné aucun résultat correct.

Tableau 2 : Quelle portion maximale de mètres carrés Y peut-il utiliser pour réaliser son projet de construction?

Nombre de résultats corrects de 46 [A]; 43 [B]; 46 [C] réponses:

		<i>erreurs d'arrondi incl.</i>	<i>fausse surface totale incl.</i>
Variante A (Loi LRS):	3 (7%)	11 (24%)	35 (76%)
Variante B (LeGes):	8 (19%)	12 (28%)	31 (72%)
Variante C (NZZ):	2 (4 %)	5 (10%)	23 (50%)

Étant donné qu'avec cet exercice toutes les trois variantes ont abouti à de mauvais résultats, il est probable que le problème ne réside pas en premier lieu dans la formulation du « paragraphe monstre ». Est-ce qu'il se peut que les juristes ne soient tout simplement pas capables de calculer – selon la devise : *iudex non calculat* ? Une analyse des réponses erronées permet de broser un tableau plus nuancé. Deux sources d'erreur ont pu être identifiées.

D'une part, quelques participants ont arrondi leur résultat trop tôt lors du calcul de la surface maximale, ce qui a falsifié le résultat final. Une formule mathématique ne conduit donc pas nécessairement à une précision absolue : même là peuvent encore surgir des insécurités. Si l'on filtre ces erreurs d'arrondi, le nombre de réponses correctes augmente chez toutes les variantes d'environ 10 pourcents. La répartition relative ne change pas : avec la variante B l'exercice a été résolu le mieux, avec la variante C le moins bien.

Une autre erreur était pourtant plus décisive. Beaucoup de participants sont partis d'une surface maximale. Ils ont négligé le fait que le pourcentage calculé s'appliquait non seulement à la surface utile principale des appartements à vendre et à louer, mais à la « surface utile principale *totale* des chambres et appartements » (art. 8 al. 1 let. c). Ou alors ils ont négligé le fait que l'hôtelier Y ne veuille pas *remplacer* les chambres existantes, mais *construire* 28 logements secondaires *en plus*. Il est intéressant d'observer que l'erreur n'a pas seulement été commise avec la variante A (LRS) et la variante C (NZZ), qui font le lien avec article 8 al. 1 seulement implicitement, mais aussi avec la variante B (LeGes), qui répète explicitement que le pourcentage porte sur « *l'ensemble* de la surface utile principale des chambres et appartements ».

De plus, le fait que l'article 8 al. 2 LRS définit « les logements au sens de l'al. 2 » comme sous-ensemble du « logement au sens de l'article 1 » a probablement encore plus prêté à confusion. Une interprétation de la loi à la lettre conduit ici à un mauvais résultat, car chaque logement au sens de l'al. 1 est par définition aussi un logement au sens de l'al. 1. Avec 18 logements destinés à la vente et 10 prévus pour la location, selon le libellé, on en vient au résultat insensé, que $18+10 = 28$ logements au sens de l'al. 1 et 10 logements au sens de l'al. 2 sont en jeu. La disposition mène seulement au résultat intentionné si elle est interprétée conformément à son but et *contra verba legis*. Ceci montre une fois de plus, combien il est important, que dans les textes de lois les relations entre les différentes dispositions soient clairement indiquées et combien les renvois sont susceptibles d'induire en erreur.

Si l'on filtre également ces erreurs, qui relèvent du fait d'avoir fondé le calcul sur la fausse surface totale, on obtient avec toutes les trois variantes un taux de réponses correctes de 60 à 70 pourcents. La variante A obtient le meilleur résultat avec 35 réponses correctes, suivie de la variante B (LeGes) avec 31 réponses correctes et de la variante C avec 23 réponses correctes.

5. Compréhensibilité à postériori

Dans une troisième étape, toutes les trois variantes de formulation ont été montrées aux participants. Ils ont été invités à sélectionner la variante qui leur semblait la plus compréhensible après coup. En faisant cela, ils ne savaient pas si leur calcul précédent était correct ou non. Dans cet exercice la variante B (LeGes) obtient clairement le meilleur résultat et la variante A (LRS) le plus mauvais.

Tableau 3 : Laquelle des trois variantes considérez-vous (avec le recul) comme la mieux compréhensible?

123 réponses au total:

Variante A (Loi LRS):	7 (5%)
Variante B (LeGes):	70 (52%)
Variante C (NZZ):	56 (36%)

	Groupe A	Groupe B	Groupe C
Variante A (Loi LRS):	2 (5%)	3 (7%)	2 (4%)
Variante B (LeGes):	25 (55%)	20 (46.5%)	25 (56%)
Variante C (NZZ):	18 (40%)	20 (46.5%)	18 (40%)

La répartition des réponses suivant le groupe, duquel ils font partie, est intéressante. Les participants ayant travaillé avec la variante A (LRS) évaluent ultérieurement la variante B comme la mieux compréhensible (LeGes) ; il en va de même pour les participants ayant travaillé avec la variante C (NZZ). Différemment se comportaient les participants qui avaient travaillé eux-mêmes avec la variante B (LeGes), c'est-à-dire avec la variante qui a été éprouvée ultérieurement par les participants des deux autres groupes comme la mieux compréhensible. Ces participants-là ont opté autant pour la variante C (NZZ) que pour la variante B (LeGes), avec laquelle ils ont travaillé. Aucun groupe n'a donc évalué majoritairement la variante avec laquelle il a dû travailler comme étant la mieux compréhensible. Les participants qui avaient travaillé avec la variante A (LRS) ou C (NZZ), plus basées sur la langue, privilégiaient par la suite plutôt la variante B avec la formule (LeGes) ; les participants ayant travaillé avec la variante basée sur la formule, favorisaient par la suite au moins autant la variante C (NZZ), plus proche du langage courant.

6. Conclusion

Quelles conclusions peut-on tirer de l'expérience avec le « paragraphe monstre » ? En premier lieu celle-ci : « *La seule et unique* » compréhensibilité n'existe pas. Un seul et même texte peut être éprouvé comme plus ou moins compréhensible par ses destinataires, suivant la perspective ; c'est-à-dire s'ils ne font que le survoler rapidement (compréhensibilité à première vue), s'ils y cherchent une réponse concrète (compréhensibilité d'application) ou alors s'ils se sont déjà occupés de manière intensive avec le contenu (compréhensibilité à postériori). Chacune de ces trois perspectives a sa raison d'être. Elles reflètent notamment le fait que les textes de lois ont toujours plusieurs destinataires : les responsables politiques, les praticiens du droit [personnes chargées d'appliquer la loi], les agents, les citoyennes et citoyens. Tous d'entre eux ont des exigences différentes par rapport aux conditions qu'un texte de loi compréhensible doit remplir. Ainsi, d'une part, l'impression subjective qu'on a d'un texte de loi (compréhensibilité à première vue, compréhensibilité à postériori), est donc tout à fait pertinente quant à l'acceptance qu'on lui accorde. L'acceptance peut seulement s'établir, « si les 'justiciables' comprennent les lois ou croient au moins qu'elles soient en principe compréhensibles et ne sont donc pas des sciences secrètes » (Nussbaumer 2008, 305). D'autre part, la législation peut seulement déployer ses effets, si les lois sont appliquées correctement (compréhensibilité d'application) : C'est seulement ainsi que la sécurité juridique, l'égalité devant la loi et une action administrative efficace peuvent être garantis.

En deuxième lieu, l'expérience permet d'éclairer un défi récurrent lors de la rédaction des lois : Comment représenter des calculs dans les lois ? Faudrait-il essayer de les formuler en langage courant ou utiliser des termes techniques de la mathématique ou bien même des formules mathématiques ? L'expérience présentée ne permet pas de donner une réponse claire à cette question ; celle-ci est probablement à décider de cas en cas. Dans la partie pratique de l'expérience, la variante avec la formule bénéficiait d'un léger avantage sur les deux autres ; elle représente une amélioration par rapport à l'original. Pourtant sont en principe survenus les mêmes problèmes chez toutes les trois variantes examinées. Mais ultérieurement, la variante avec la formule est clairement celle qui a été la mieux acceptée – même si justement les participants qui ont dû travailler avec cette variante, ont par la suite tout autant apprécié une variante plus basée sur la langue.

L'analyse permet de faire la déclaration la plus claire sous l'aspect suivant : Si la formulation dans la loi sur les résidences secondaires a, à première vue, encore été qualifiée comme étant au moins autant compréhensible que les deux autres variantes, elle est, après coup, nettement rejetée. L'explication est sans doute à chercher dans le fait que la motivation du calcul est beaucoup moins apparente que dans les deux autres formulations ; de toutes les trois variantes, l'original donne le plus l'impression d'être arbitraire et aléatoire. Du point de vue mathématique les trois variantes sont certainement équivalentes. Mais il a donc été démontré que lors de la rédaction d'une disposition légale comportant des calculs, on ne peut pas seulement se concentrer sur la l'exactitude mathématique. La représentation d'un calcul devrait toujours aussi rendre visible, quelle logique le calcul suit, sur quelle notion de justice elle se fonde. Seulement à ce moment-là elle est aussi effectivement « comprise ».