

(Décision du Conseil fédéral du 23 novembre 1994)

Konzession für die künstliche Besamung von Rindvieh. Monopol. Verfassungswidrigkeit von Art. 17 der Tierzuchtverordnung.

- Die Einführung eines Monopols als schwerster Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit muss klar und eindeutig in einem Gesetz im formellen Sinne vorgesehen sein, wobei eine Delegationsnorm auf Gesetzesstufe genügt, worin der Verordnungsgeber zur Einführung des Monopols ermächtigt wird.

- Eine stillschweigende Delegation zur Einführung eines Monopols ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn sich einzig auf diese Weise im öffentlichen Interesse liegende Ziele des Gesetzgebers verwirklichen lassen.

Concession pour l'insémination artificielle du bétail bovin. Monopole. Inconstitutionnalité de l'art. 17 de l'ordonnance sur l'élevage.

- L'instauration des monopoles étant l'atteinte la plus grave que l'on puisse porter à la liberté du commerce et de l'industrie, elle exige une base légale claire et nette. Cette base doit figurer dans une loi au sens formel; elle peut cependant consister en une délégation législative habilitant l'autorité réglementaire à instaurer un monopole.

- Une délégation implicite du droit de créer un monopole ne saurait être admise qu'exceptionnellement, soit lorsque le monopole apparaît comme la seule manière efficace de réaliser les buts d'intérêt public de la législation considérée.

Concessione per l'inseminazione artificiale del bestiame bovino. Monopolio. Anticostituzionalità dell'art. 17 dell'ordinanza concernente l'allevamento del bestiame.

- L'instaurazione di monopoli costituisce la violazione più grave della libertà di commercio e d'industria, per cui necessita di una base legale chiara e ben definita che deve figurare in una legge in senso formale; tale base legale può però consistere in una delegazione legislativa che permetta all'autorità preposta alla regolamentazione di instaurare un monopolio.

- Una delegazione implicita del diritto di creare un monopolio può essere ammessa solo eccezionalmente, nel caso in cui il monopolio sembri l'unico modo efficace per realizzare gli scopi d'interesse pubblico della legislazione considerata.

I

A. Le 22 novembre 1990, la recourante s'est adressée à l'Office fédéral de l'agriculture (OFAG) afin de lui signaler sa fondation en date du 6 septembre de la même année et de lui faire part de son intention d'obtenir une concession pour l'importation et la commercialisation de bétail bovin et de matériel génétique.

B. Le 18 juillet 1991, la recourante a déposé auprès de l'OFAG, qui l'a transmise au Département fédéral de l'économie publique (DFEP), une demande formelle tendant à l'octroi d'une concession lui permettant d'importer, d'exporter et de commercialiser le bétail bovin et le matériel génétique (semences et embryons).

C. Par décision du 11 novembre 1991, le DFEP a déclaré la requête de la recourante irrecevable, faute de motifs pertinents. Il a notamment relevé

- que l'art. 51 de la LF du 3 octobre 1951 sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne (Loi sur l'agriculture [LAgr], RS 910.1) habilite le Conseil fédéral, avec l'accord des cantons et après avoir entendu les fédérations d'élevage, à édicter des dispositions sur les conditions d'application du procédé de l'insémination artificielle en matière d'élevage du bétail;

- que le Conseil fédéral a fait usage de cette compétence en édictant, entre autres, l'art. 17 de l'ordonnance du 29 août 1958 concernant l'élevage du bétail bovin et du menu bétail (ci-après: l'ordonnance, RS 916.310), selon lequel la Fédération suisse pour l'insémination artificielle (la FSIA) obtient une concession pour la création et la gestion de centres d'insémination disposant de reproducteurs mâles, ainsi que pour le prélèvement, le stockage, la répartition et la mise en place de la semence.

...

D. Conformément à l'indication des voies de droit mentionnée dans la décision précitée, la recourante a interjeté, en date du 10 décembre 1991, un recours auprès du Conseil fédéral. Dans son mémoire, la recourante conclut à ce que la décision du DFEP soit annulée et que lui soit délivrée une concession ou une autorisation lui permettant d'importer, d'exporter et de commercialiser le bétail bovin et le matériel génétique...

E. La compétence pour statuer a fait l'objet d'un échange de vues entre le Tribunal fédéral (TF) et l'Office fédéral de la justice (OFJ), lequel estimait en date du 25 janvier 1993 que la voie du recours de droit administratif auprès du TF serait ouverte en l'espèce. L'OFJ s'est rallié à l'avis du TF, savoir l'irrecevabilité du recours de droit administratif.

...

II

1. L'acte attaqué est une décision au sens de l'art. 5 PA et est donc sujet à recours (art. 44 PA). En vertu de l'art. 99 let. d de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110), le recours de droit administratif n'est pas recevable contre l'octroi ou le refus de concessions auxquelles la législation fédérale ne confère pas un droit. Dans sa réponse du 10 mai 1993 à l'échange de vues, le TF a relevé que, dans la mesure où la voie du recours de droit administratif est déjà fermée lorsque l'octroi d'une concession est laissé à la libre appréciation de l'autorité, il en va, a fortiori, de même si la concession est - comme en l'espèce - d'emblée exclue par la disposition topique; et il ne convient pas, au stade de l'examen de la recevabilité, de préjuger le résultat de celui qui portera sur la régularité d'une telle disposition. Le Conseil fédéral peut dès lors être saisi d'un recours administratif en vertu des art. 72 let. a et 74 let. a PA.

...

2. La décision attaquée, bien que déclarant la requête irrecevable, doit être qualifiée de décision sur le fond; elle repose en effet sur une analyse du fondement juridique de la prétention matérielle de la recourante. Son dispositif équivaut dès lors à un rejet de la requête.

3. L'art. 31bis al. 3 let. b de la Constitution fédérale (Cst.) dispose que, lorsque l'intérêt général le justifie, la Confédération a le droit, en dérogeant, s'il le faut, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'édicter des dispositions pour conserver une forte population paysanne, assurer la productivité de l'agriculture et consolider la propriété rurale. L'art. 51 LAgr prévoit que le Conseil fédéral peut, avec l'accord des cantons et après avoir entendu les fédérations d'élevage, édicter des dispositions sur les conditions d'application du procédé de l'insémination artificielle en matière d'élevage du bétail; les besoins et les conditions économiques des régions d'élevage seront pris en considération. Se fondant notamment sur l'art. 51, le Conseil fédéral a édicté une ordonnance concernant l'élevage du bétail bovin et du menu bétail. L'art. 17 al. 1 de cette ordonnance prévoit que le DFEP accorde à la FSIA une concession pour la création et la gestion des centres d'insémination disposant de reproducteurs mâles, ainsi que pour le prélèvement, le stockage, la répartition et la mise en place de la semence; l'acte de concession doit contenir des dispositions de détail sur les droits et les obligations du concessionnaire ainsi que sur la pratique de l'insémination artificielle; de la semence ne peut en principe être prélevée que dans les centres d'insémination du concessionnaire, qui est seul habilité à en assurer le stockage, la répartition et la mise en place, sauf dispositions expresses contraires.

De l'avis de la recourante, l'art. 51 LAgr ne constitue pas une base légale suffisante permettant de créer par voie d'ordonnance un monopole de l'insémination artificielle. Un tel monopole ne correspondrait pas à un intérêt public suffisant et ne respecterait pas le principe de la proportionnalité. Les griefs formulés par la recourante posent en premier lieu la question du contrôle des ordonnances législatives dites supplétives, puis, dans les limites de ce contrôle, celle des conditions à une restriction de la liberté du commerce et de l'industrie en général et plus spécialement en matière agricole.

4.1. On peut se demander si l'auteur de l'ordonnance est habilité à en contrôler la légalité et la constitutionnalité lorsqu'il est appelé à statuer sur recours. Il faut l'admettre car le respect de la hiérarchie des normes doit l'emporter sur la nécessité d'appliquer les dispositions réglementaires en vigueur; en effet, la cohérence de l'ordre juridique est davantage compromise par l'exécution d'une ordonnance illégale, que par la non-application d'une norme réglementaire en vigueur (cf. Pierre Moor, *Droit administratif*, Berne 1988, vol. I, p. 272 s.). On reviendra ci-dessous sur les conséquences que l'autorité doit tirer, dans son activité administrative, de la censure qu'elle opère sur son oeuvre réglementaire.

4.2. Les dispositions contenues dans des ordonnances supplétives doivent se maintenir dans le cadre tracé par le législateur, la clause de délégation posant le principe, le but, l'objet et les limites de la délégation (cf. Moor, op. cit. I, p. 223). Il doit en outre exister un rapport raisonnable entre les moyens adoptés dans l'ordonnance et le but visé par la loi; à cet égard, le TF s'impose une certaine réserve, en se bornant à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, et non pas si elle constitue le meilleur moyen de l'atteindre; il restreint sur ce point son contrôle à l'application du principe de la proportionnalité (ATF 104 Ib 412). Il y a enfin lieu de contrôler la constitutionnalité de l'ordonnance; un tel contrôle est toutefois exclu lorsque le contenu de l'ordonnance est repris d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral de portée générale, ou lorsque l'auteur de l'ordonnance a été habilité, expressément ou implicitement, à adopter la disposition contestée (cf. Moor, op. cit. I, p. 221).

4.3. Toute dérogation à la liberté du commerce et de l'industrie suppose une base légale, un intérêt public et le respect du principe de la proportionnalité. Point n'est besoin de déterminer en l'espèce si la création d'un monopole nécessite une base constitutionnelle; l'art. 31bis Cst. permet en effet à la Confédération, lorsque l'intérêt général le justifie et en dérogeant, s'il le faut, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'édicter des dispositions pour conserver une forte population paysanne, assurer la productivité de l'agriculture et consolider la propriété rurale (let. b). Cet article fonde une législation agricole dont l'objectif n'est pas seulement de sauvegarder et de maintenir des structures mais aussi de prévoir et d'orienter la production en fonction des buts de la politique agricole (René A. Rhinow, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, ad art. 31bis n°166). La pratique législative a développé tout un éventail d'instruments de politique économique qu'on peut utiliser dans la législation d'exécution de l'art. 31bis al. 3 Cst., tels que, par exemple, la clause du besoin, le contingentement, le certificat de capacité, le contrôle ou la surveillance des prix, la monopolisation d'une activité (cf. Rhinow, op. cit., ad art. 31bis, n°115). Le législateur est cependant limité à maints égards dans la poursuite des buts fixés par l'art. 31bis al. 3. La phrase liminaire de cet alinéa prescrit tout d'abord expressément que la législation d'exécution doit être justifiée par «l'intérêt général» et qu'elle ne peut recourir à des mesures dérogatoires que «s'il le faut»; pour la politique agricole, les al. 4 et 5 statuent explicitement le principe de la subsidiarité des mesures étatiques et celui de la prise en considération des groupements fondés sur l'entraide. D'autres limites résultent des droits fondamentaux combinés avec les principes constitutionnels qui régissent les restrictions à ces droits (exigence d'une base légale, d'un intérêt public prépondérant, de la proportionnalité et du respect de l'essence même du droit qu'il est question de restreindre; Rhinow, op.cit., ad art. 31bis, n° 118). S'agissant de l'art. 31bis Cst., l'art. 32 al. 1 Cst. énonce d'ailleurs expressément que les dispositions prévues à cet article ne pourront être établies que sous forme de lois ou d'arrêtés sujets au vote du peuple. Rhinow n'exclut pas la délégation législative dans le domaine de l'art. 32 Cst. mais préconise toutefois une certaine prudence dans son utilisation (op. cit., ad art. 32, n° 23 ss).

De plus, la doctrine dominante (cf. Etienne Grisel, *Les monopoles d'Etat*, in: *Mélanges André Grisel*, p. 399 ss; Moor, *Droit administratif*, Vol. III, p. 376; Claude Ruey, *Monopoles cantonaux et liberté économique*, p. 210) relève que l'instauration des monopoles est l'atteinte la plus grave que l'on puisse porter à la liberté du commerce et de l'industrie, car elle soustrait entièrement le domaine visé à la protection de l'art. 31 Cst.; elle exige dès lors une base légale claire et nette. Cette base doit figurer dans une loi au sens formel (ATF 104 la 200; Rhinow, op. cit., ad art. 31, n° 157) mais peut consister en une délégation législative habilitant l'autorité réglementaire à instaurer un monopole. Il est douteux qu'une telle habilitation, pour la création d'un monopole, puisse être simplement implicite et non expressément prévue dans la loi au sens formel. La question n'a toutefois pas à être tranchée car il faudrait, à tout le moins, pour le respect du principe de la proportionnalité, que la création du monopole en pareil cas soit le seul moyen efficace pour réaliser les buts du système normatif dans lequel se trouve la norme de délégation. Or, on verra que tel n'est pas le cas en l'espèce.

5.1. L'art. 51 LAgr, sur lequel se fonde l'ordonnance critiquée, habilite le Conseil fédéral à régler l'application du procédé d'insémination artificielle; la réglementation d'exécution doit prendre en considération les besoins et conditions économiques des régions d'élevage. Il convient d'examiner si ces besoins justifient actuellement une dérogation à la liberté du commerce et de l'industrie par le biais du monopole contesté par la recourante. Dans sa circulaire du 24 septembre 1990, l'OFAG indiquait que,

«afin de corriger une situation qu'elles jugent insatisfaisante, l'Association des détenteurs de taureaux et d'autres organisations d'élevage exigent que des concessions pour l'insémination artificielle soient aussi accordées à d'autres organisations que la FSIA» et que «pour l'Association des détenteurs de taureaux de la région d'élevage de la race brune, le monopole de la FSIA complique inutilement les mesures d'amélioration de l'élevage et freine les initiatives des éleveurs» (p. 3). Dans l'annexe à une autre circulaire plus récente, du 22 mars 1991, l'OFAG relevait que: «Constatant que l'interdiction de l'insémination artificielle n'est pas compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie, la Société suisse des vétérinaires demande que ses membres en activité soient autorisés à pratiquer l'insémination artificielle sans restriction aucune» (p. 2). Dans ses observations du 10 septembre 1993, transmises par le DFEP, l'OFAG ne fait pas valoir d'arguments en faveur du monopole. Bien au contraire, il se réfère aux travaux de la commission d'experts «Production animale», selon laquelle le monopole actuel relatif aux bovins ne saurait être maintenu. Au vu de ce qui précède, on peut admettre que ni les besoins ni les conditions économiques des régions d'élevage ne semblent requérir le maintien du monopole.

5.2. L'art. 51 L'Agr ne définit pas de manière expresse les buts des normes que le Conseil fédéral est invité à édicter. Toutefois ces buts découlent de la systématique de la loi. Ils sont définis de manière générale à l'art. 47 et de manière plus particulière à l'art. 52 L'Agr. Les art. 49 (approbation des reproducteurs mâles) et 53 (livres généalogiques et herd-books) donnent des exemples de genres de moyens qui, dans l'esprit du législateur, peuvent être utilisés pour réaliser cette politique. Le législateur a voulu assurer une orientation et un contrôle qualitatif et administratif de la reproduction. On ne trouve ni dans le chapitre, ni dans le message ou dans les délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à cet article, l'idée de la création d'un monopole total ou partiel de la reproduction.

A cet égard, il convient de rappeler que ni la loi fédérale du 22 décembre 1893 concernant l'amélioration de l'agriculture par la Confédération - abrogée par la loi actuelle sur l'agriculture - ni la loi du 13 juin 1917 sur les mesures à prendre pour combattre les épizooties ne contenaient de dispositions régissant directement le procédé de l'insémination artificielle. Celle-ci a été réglée par l'ordonnance du 16 juin 1944 sur l'insémination artificielle des animaux domestiques, laquelle prescrivait en son art. 1er: «Il est interdit de procéder sans autorisation à l'insémination artificielle des animaux domestiques»; l'art. 2 précisait que le DFEP était autorisé à accorder les permis qui paraissaient nécessaires dans l'intérêt de l'élevage et de l'hygiène. Cette interdiction générale - dont la légalité était au demeurant douteuse - ne pouvait donc en principe être levée que pour des motifs essentiellement sanitaires. Les délibérations relatives à l'introduction de l'actuel art. 51 font, en substance, état de la volonté du Parlement de lever l'interdiction, tout en permettant à l'autorité fédérale de rester maître de la situation en sauvegardant les intérêts des régions d'élevage, mais sans paralyser, «par des restrictions excessives, la libre recherche d'un progrès réclamé par tous les milieux» (cf. BO 1951 CE 255 s., 291 ss, 400 ss, CN 93 ss, 653 s.). On constate ainsi que les dispositions régissant l'insémination artificielle, qu'elles soient l'oeuvre du législateur ou le fruit de l'activité réglementaire de l'organe exécutif, ont révélé une tendance progressive à l'assouplissement. Ainsi le rapport intermédiaire du 17 septembre 1993 de la Commission d'experts «Production animale» préconise-t-il - on l'a vu - «l'abolition des monopoles protégés par l'Etat» et «l'amélioration de la compétitivité en matière d'élevage».

5.3. Il n'est pas sans intérêt de relever que, quelles que soient les dérogations à la liberté du commerce et de l'industrie en matière agricole, les monopoles créés dans ce domaine reposent en principe sur une base légale claire et nette, lorsqu'ils ne sont pas fondés directement sur la Constitution fédérale. On citera à titre d'exemples le monopole d'importation de la farine, fondé sur l'art. 23bis al. 3 Cst., celui du beurre, sur l'art. 26 al. 1 let. c L'Agr, cette importation étant réservée à la BUTYRA en vertu de l'art. 15 de l'A de l'Ass. féd. du 29 septembre 1953 concernant le lait, les produits laitiers et les graisses comestibles (arrêté sur le statut du lait, RS 916.350). L'attribution du marché du fromage à un organisme commun pour le commerce de gros découle de l'art. 1er al. 2 de la LF du 27 juin 1969 sur la commercialisation du fromage (réglementation du marché du fromage, RS 916.356.0); les dispositions restrictives en matière de collecte et de distribution du lait se fondent sur l'art. 26 let. d L'Agr. Le droit de fabriquer et rectifier des boissons distillées appartient exclusivement à la Confédération en vertu de l'art. 3 et le monopole de l'importation des boissons distillées en vertu de l'art. 27 de la LF du 21 juin 1932 sur l'alcool (RS 680). La disposition constitutionnelle de l'art. 31bis al. 3 let. b habilite la «Confédération» à édicter des «dispositions»; comme on l'a vu sous ch. 4.3, elle ne modifie en rien la répartition des compétences entre organes de la Confédération, de sorte que l'adoption desdites dispositions relève prioritairement de l'Assemblée fédérale. Les dérogations à la liberté du commerce et de l'industrie ne sont dès lors valables que si elles sont fondées sur des textes adoptés par l'autorité constitutionnellement détentrice du pouvoir législatif.

Dans ces conditions et compte tenu de la doctrine et de la jurisprudence sur les exigences en matière de base légale pour un monopole, une délégation implicite du droit de créer un monopole ne saurait être admise qu'exceptionnellement, soit lorsque la soustraction totale d'une activité du secteur privé apparaît comme la seule manière efficace de réaliser les buts d'intérêt public de la législation considérée. Examinée sous cet angle, la question de la base légale du monopole tend à se confondre avec celle de la proportionnalité.

5.4. S'agissant de la reproduction ordinaire, le législateur a jugé suffisant un régime d'autorisation assorti de divers contrôles (art. 49 L'Agr). On ne voit pas pourquoi, a priori, un tel régime serait inadapté à la reproduction par insémination artificielle. Les objectifs d'intérêt public, qui sont la livraison d'une semence de qualité irréprochable et conforme aux orientations choisies, peuvent en soi être atteints par un régime d'autorisation. Il faut et il suffit alors que le requérant justifie être en mesure, par son organisation, ses équipements et les compétences professionnelles et l'intégrité de ses organes et de son personnel, de respecter le cahier des charges qui lui sera imposé lors de l'octroi de l'autorisation, dans les domaines scientifique, technique et économique. Le respect de ce cahier des charges pourra d'ailleurs faire l'objet de contrôles, et sa violation être sanctionnée en conformité des principes généraux de l'activité administrative.

Au vu du niveau des exigences qui pourront raisonnablement être imposées et de l'importance des moyens à mettre en oeuvre pour y satisfaire, la crainte parfois exprimée d'une prolifération des centres d'insémination apparaît peu fondée.

5.5. Dans ces conditions, le monopole créé à l'art. 17 al. 1 de l'ordonnance doit être considéré comme illégal ou inconstitutionnel, sans que l'on ait à déterminer si cette irrégularité tient plutôt à l'absence de base légale suffisante ou au non-respect du principe de la proportionnalité. La décision attaquée, fondée exclusivement sur l'application d'une norme réglementaire irrégulière, doit donc être annulée.

Le constat de l'irrégularité du monopole pourrait porter une certaine atteinte aux intérêts de fait de la FSIA, laquelle pouvait estimer être au bénéfice d'un monopole de droit. Il est vrai que, exceptionnellement, les principes de l'égalité de traitement et du respect de la bonne foi peuvent commander l'adoption ou le maintien d'un acte administratif contraire à la loi. Point n'est besoin de déterminer si de telles conditions exceptionnelles sont remplies en l'espèce. En effet, les situations exceptionnelles précitées ont

pour objet des conflits entre l'intérêt public, que l'administration est chargée de défendre, et des intérêts privés de l'administré qui invoque le principe de l'égalité de traitement ou de la bonne foi. L'administré ne saurait invoquer lesdits principes pour exiger une violation de la loi à l'encontre d'un autre administré non impliqué dans le rapport de confiance invoqué. La jurisprudence réserve toutefois une solution contraire lorsqu'elle est clairement commandée par la pesée des intérêts en présence (ATF 108 Ia 212). L'intérêt du citoyen qui demande à pouvoir bénéficier du droit fondamental que constitue la liberté du commerce et de l'industrie l'emporte néanmoins sur l'intérêt de celui qui entend être mis à l'abri de la concurrence.

6. L'art. 17 de l'ordonnance étant reconnu irrégulier à certains égards, il doit être modifié; le DFEP procédera dans les meilleurs délais aux modifications nécessaires. Toutefois, on ne saurait imposer à la recourante d'attendre cette modification pour obtenir une décision sur la requête qu'elle a présentée. A cet égard, il convient de faire usage de la faculté exceptionnelle réservée à l'art. 61 PA et de renvoyer la cause au DFEP. En effet, faute de prescriptions détaillées, la recourante ne peut connaître avec précision les conditions auxquelles elle doit satisfaire. De plus, une décision rendue directement par l'autorité de céans priverait la recourante de la garantie de la double instance. En l'absence de normes valables directement applicables, l'autorité appliquera mutatis mutandis à la recourante les dispositions de l'ordonnance relatives à la concession accordée à la FSIA en matière d'insémination artificielle; ce faisant, elle veillera au respect du principe de l'égalité de traitement par rapport à la FSIA, qu'elle entendra.

Dokumente des Bundesrates