

Interprétation de l'art. 104 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999

A/ Remarque préliminaire

Compte tenu du destinataire du présent avis, soit l'Office fédéral de l'agriculture, par souci de concision et afin d'éviter des redondances et répétitions inutiles, on renonce dans le texte qui suit à définir certaines notions et à procéder à de nombreux renvois par appels de note.

B/ Etat de la situation et question posée

L'art. 104, al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) prévoit que : « *En complément des mesures d'entraide que l'on peut raisonnablement exiger de l'agriculture et en dérogeant, au besoin, au principe de la liberté économique, la Confédération encourage les **exploitations paysannes cultivant le sol*** ».

Quant à la Loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998 (LAgr ; RS 910.1), en son art. 2, al. 2, let. b, elle prévoit que la Confédération rétribue, « *au moyen de paiements directs, les prestations d'intérêt public fournies par les **exploitations paysannes cultivant le sol*** ».

La notion d'exploitation paysanne cultivant le sol prête à interprétation ce d'autant plus qu'on assiste depuis quelques décennies à des mutations importantes au sein de l'agriculture helvétique, tant en ce qui concerne ses structures que ses modes de travail. Comment dès lors interpréter cette notion à l'avenir dans la législation et la réglementation fédérales, tout en restant dans le cadre constitutionnel ?

Les questions qui se posent sont multiples et diverses. Pour pouvoir les analyser et tenter d'y répondre de façon pertinente, il y a lieu de reprendre chronologiquement l'évolution de ce concept au cours des dernières décennies, en partant de l'introduction de l'art. 31*bis* dans la Charte fondamentale de la Confédération acceptée en votation populaire le 6 juillet 1947.

C/ L'agriculture dans la Constitution fédérale de 1947 à aujourd'hui

1. L'art. 31*bis* aCst.

Le 6 juillet 1947¹, le peuple et les cantons ont donné compétence à la Confédération de prendre des mesures propres à augmenter le bien-être général et à procurer la sécurité économique des citoyens « *Tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale, la Confédération [était autorisée à] édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie et prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou*

¹ ACF du 1^{er} octobre 1947 – RO 63 1047.

professions. Elle [devait], sous réserve de l'alinéa 3, respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. ».

L'alinéa 3 de cet article n'était alors pas destiné spécifiquement à l'agriculture. Il convient d'en citer ici dans son intégralité l'alinéa 3 :

« 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 :

a. Pour sauvegarder d'importantes branches économiques ou professions menacées dans leur existence, ainsi que pour développer la capacité professionnelle des personnes qui exercent une activité indépendante dans ces branches ou professions ;

b. Pour conserver une forte population paysanne, assurer la productivité de l'agriculture et consolider la propriété rurale ;

c. Pour protéger des régions dont l'économie est menacée ;

d. Pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues ;

e. Pour prendre des mesures de précaution en vue de temps de guerre. ».

Cette disposition constitutionnelle était principalement destinée à pérenniser toutes les mesures prises par la Confédération durant la Seconde guerre mondiale. La paysannerie suisse, notamment grâce au Plan Wahlen, avait alors droit à toute la reconnaissance du peuple et, partant, au soutien de la Confédération, en dérogeant s'il le fallait à la liberté économique. Cette disposition constitutionnelle a été suivie par de nombreux textes législatifs, dont principalement la Loi fédérale sur l'agriculture dont il sera fait mention ci-dessous².

2. L'art. 31octies aCst.

Le nouvel article 31octies reprend à partir de 1996 l'intégralité de la compétence fédérale en matière de soutien à l'agriculture³.

C'est à la suite du dépôt de deux initiatives populaires, l'une « *Pour une agriculture paysanne compétitive et respectueuse de l'environnement* », déposée par l'Union Suisse des Paysans et « *Paysans et consommateurs – pour une agriculture en accord avec la nature* », qui émanait de 23 organisations de protection de la nature, de l'environnement et des animaux, de syndicats, de partis politiques, de consommateurs et de petits paysans, que cette disposition a été adoptée.

Le Conseil fédéral, dans son Message du 19 août 1992⁴, proposait le rejet des deux initiatives en s'opposant à la première, qui demandait précisément un

² Jean-Michel Henny, *L'importation de produits agricoles, une réglementation et sa mise en œuvre*, thèse Lausanne, 1981.

³ Accepté en votation populaire du 9 juin 1996 – RO 1996 2503.

⁴ FF 1992 VI 284.

nouvel article 31octies, en affirmant que cela faisait double emploi mais proposait un contre-projet direct qui se limitait à ajouter à l'art. 31bis, al. 3 let. b aCst. des éléments nouveaux nécessaires à la définition de *l'agriculture multifonctionnelle* dont la teneur était la suivante : « *Pour conserver une forte population paysanne, consolider la propriété rurale et encourager une agriculture productive et respectueuse de l'environnement et des animaux, servant à la sécurité alimentaire du pays, assurant une utilisation durable des bases naturelles de la vie et l'entretien du paysage rural et contribuant à l'occupation décentralisée du territoire* »⁵.

L'Assemblée fédérale n'a pas suivi le Conseil fédéral et a élaboré l'art. 31octies aCst. Ce texte correspond pratiquement, sous réserve de quelques adaptations formelles, à l'art. 104 Cst. actuel.

3. L'actuel article 104 Cst.

Cette disposition a la teneur suivante :

« Art. 104 Agriculture

1. La Confédération veille à ce que l'agriculture, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, contribue substantiellement:

- a. à la sécurité de l'approvisionnement de la population;
- b. à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural;
- c. à l'occupation décentralisée du territoire.

2. En complément des mesures d'entraide que l'on peut raisonnablement exiger de l'agriculture et en dérogeant, au besoin, au principe de la liberté économique, la Confédération encourage les **exploitations paysannes cultivant le sol**.

3. Elle conçoit les mesures de sorte que l'agriculture réponde à ses multiples fonctions. Ses compétences et ses tâches sont notamment les suivantes:

- a. elle complète le revenu paysan par des paiements directs aux fins de rémunérer équitablement les prestations fournies, à condition que l'exploitant apporte la preuve qu'il satisfait à des exigences de caractère écologique;
- b. elle encourage, au moyen de mesures incitatives présentant un intérêt économique, les formes d'exploitation particulièrement en accord avec la nature et respectueuses de l'environnement et des animaux;
- c. elle légifère sur la déclaration de la provenance, de la qualité, des méthodes de production et des procédés de transformation des denrées alimentaires;

⁵ FF 1992 VI 285.

- d. *elle protège l'environnement contre les atteintes liées à l'utilisation abusive d'engrais, de produits chimiques et d'autres matières auxiliaires;*
- e. *elle peut encourager la recherche, la vulgarisation et la formation agricoles et octroyer des aides à l'investissement;*
- f. *elle peut légiférer sur la consolidation de la propriété foncière rurale⁶.*

4 Elle engage à ces fins des crédits agricoles à affectation spéciale ainsi que des ressources générales de la Confédération. »

On constate que l'agriculture que doit soutenir la Confédération est décrite par des buts à atteindre (sécurité de l'approvisionnement, conservation des ressources naturelles, entretien du paysage rural et occupation décentralisée du territoire). Les tâches fédérales sont aussi définies en rappelant que l'agriculture est multifonctionnelle.

La première compétence fédérale mentionnée à l'alinéa 3 est celle qui consiste à compléter le revenu paysan par des paiements directs destinés à « *rémunérer équitablement les prestations fournies, à condition que l'exploitant apporte la preuve qu'il satisfait à des exigences de caractère écologique* ». On souligne d'emblée ici que c'est la seule condition constitutionnelle liée aux paiements directs. C'est uniquement à l'alinéa 2 que la notion d'exploitation paysanne cultivant le sol est évoquée, donc dans le cadre de la dérogation au principe de la liberté économique.

4. L'art. 104a Cst.

En votation du 24 septembre 2017⁷, le peuple et les cantons ont accepté d'introduire dans la Constitution fédérale une nouvelle norme dont la teneur est la suivante :

« Art. 104a Sécurité alimentaire

En vue d'assurer l'approvisionnement de la population en denrées alimentaires, la Confédération crée des conditions pour:

- a. *la préservation des bases de la production agricole, notamment des terres agricoles;*
- b. *une production de denrées alimentaires adaptée aux conditions locales et utilisant les ressources de manière efficiente;*
- c. *une agriculture et un secteur agroalimentaire répondant aux exigences du marché;*
- d. *des relations commerciales transfrontalières qui contribuent au développement durable de l'agriculture et du secteur agroalimentaire;*
- e. *une utilisation des denrées alimentaires qui préserve les ressources ».*

⁶ Alors que la Confédération doit accomplir certaines tâches au sens des let. a. à d. de l'alinéa 3, elle *peut* mais n'est notamment pas tenue de légiférer sur la consolidation de la propriété foncière rurale. Cette différence était-elle voulue ?

⁷ ACF du 30 nov. 2017; RO 2017 6735.

Cette disposition répète en partie l'art. 104 Cst. en rappelant les objectifs poursuivis : préservation des terres, production de denrées alimentaires adaptées à la fois aux conditions locales et aux exigences du marché, préservation des ressources et développement durable.

Il est utile de rappeler que ce texte est un compromis parlementaire répondant à une initiative de l'Union suisse des paysans qui exigeait en plus, et ce n'est pas anodin, une production privilégiant la production **indigène**⁸. Cette exigence a disparu du texte finalement inscrit dans la Constitution.

D/ Analyse de l'évolution constitutionnelle

L'évolution du texte constitutionnel concernant l'agriculture mérite quelques remarques succinctes :

- En 1947, l'agriculture était mise sur le même plan que d'autres branches économiques « *menacées dans leur existence* », alors que dans la situation actuelle l'agriculture est traitée spécifiquement dans deux dispositions constitutionnelles dédiées.
- En 1947 la Confédération pouvait intervenir en faveur de l'agriculture lorsque « *l'intérêt général le justifie* », sans que la notion d'agriculture et son utilité soient le moins du monde décrits. On était à la fin de la guerre et chacun avait encore à l'esprit l'utilité, voire la nécessité vitale de la conservation d'une agriculture pouvant nourrir le pays.
- Aujourd'hui, les objectifs poursuivis par les mesures fédérales pour le maintien de l'agriculture sont précisés (sécurité de l'approvisionnement, conservation des ressources naturelles, entretien du paysage rural et occupation décentralisée du territoire).
- La Confédération est tenue, en complément des mesures d'entraide que l'on peut raisonnablement exiger de l'agriculture, et en dérogeant s'il le faut à la liberté économique, d'encourager les *exploitations paysannes cultivant le sol*.
- Initialement, il s'agissait de « *conserver une forte population paysanne* » et « *d'assurer la productivité de l'agriculture* », tout en consolidant la propriété rurale. La tâche fédérale a maintenant été précisée et complétée. Mais, ce qui est important, c'est que l'objectif de *conserver une forte population paysanne* a été remplacé par l'encouragement aux *exploitations paysannes cultivant le sol*.

⁸ Le texte de l'initiative de l'USP finalement retiré au profit du contre-projet de l'Assemblée fédérale avait la teneur suivante : *Art. 104a Sécurité alimentaire 1. La Confédération renforce l'approvisionnement de la population avec des denrées alimentaires issues d'une production indigène diversifiée et durable; à cet effet, elle prend des mesures efficaces notamment contre la perte des terres cultivées, y compris des surfaces d'estivage, et pour la mise en œuvre d'une stratégie de qualité. 2. Elle veille à maintenir une charge administrative basse pour l'agriculture et à garantir la sécurité du droit, ainsi qu'une sécurité adéquate au niveau des investissements.*

- La notion de forte population paysanne pouvait prêter, en français en tout cas, à discussion, puisque cela pouvait être interprété comme la nécessité de maintenir une population paysanne en nombre suffisant ; mais le terme utilisé en allemand « gesund » montre qu’il s’agit de maintenir plutôt une certaine qualité de vie et de compétences pour les agriculteurs plutôt que le nombre de ceux-ci⁹.
- Le texte de 1947 ne fournissait aucune piste s’agissant des buts poursuivis par le maintien de l’agriculture ; il s’agissait de la maintenir saine et productive. Aujourd’hui, le texte constitutionnel parle d’une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, mais y ajoute les objectifs mentionnés plus haut.
- La Constitution actuelle vise à conserver les ressources naturelles, ce qui peut être rapproché de l’exigence du développement durable. Elle se préoccupe aussi de l’entretien du paysage rural, ce qui ressort plutôt des règles relatives à la protection de l’environnement au sens de l’art. 74 Cst., voire à l’aménagement du territoire au sens de l’art. 75 Cst., ainsi qu’à la protection de la nature et du patrimoine au sens de l’art. 78 Cst.
- Quant à la notion d’occupation décentralisée du territoire, elle est difficile à cerner mais vise, si on comprend bien, à maintenir des populations rurales dans des zones périphériques et excentrées.
- On relèvera que le texte actuel a ajouté, pour qualifier les exploitations paysannes, l’exigence d’une *culture du sol*. Cette précision nouvelle résulte vraisemblablement de la nécessité de prendre en compte le développement, durant la seconde moitié du XXème siècle, d’un nouveau type d’exploitation recourant principalement à des aliments fourragers qui ne sont pas produits sur le domaine mais proviennent de l’extérieur, en particulier de l’étranger. On veut parler ici de la production de poulets, d’œufs et de porcs dans des ateliers artisanaux, voire quasi industriels, ainsi que l’engraissement de bovins. Ces modes de production sont souvent qualifiés de « *hors sol* » mais sont toujours liés à des exploitations agricoles, dans le cadre du développement interne¹⁰ selon les exigences de l’aménagement du territoire¹¹. On examinera ci-dessous si elles peuvent correspondre à la norme constitutionnelle qui parle d’exploitations « *cultivant le sol* »¹².
- S’agissant de la notion « d’exploitation cultivant le sol », on peut également évoquer le développement important ces dernières décennies de la culture maraîchère sous serres et sur substrat artificiel qui n’a plus de véritable lien avec le sol.

⁹ Jean-Michel Henny, *op. cit.*, p. 44 et ss.

¹⁰ Voir l’art. 16a, al. 2 LAT (RS 700) et 34 à 38 OAT (RS 700.1).

¹¹ Voir aussi Meinrad Huser, *Der Begriff der Landwirtschaft*, in *Blätter für Agrarrecht*, 1977, p.57 et ss.

¹² Voir Jeannette Kehrli, *Agrarraumplanungsrecht*, in *Handbuch zum Agrarrecht*, Roland Norer, Berne 2017.

Il est difficile de résumer en quelques phrases l'évolution constitutionnelle. On se contentera de deux remarques :

- les buts et objectifs liés aux mesures à prendre pour le maintien de l'agriculture en Suisse ont été précisés, ce qui donne au législateur des pistes pour concrétiser la norme constitutionnelle.
- En revanche, l'*exploitation paysanne* ou la notion de *cultivant le sol* ne sont pas définies et le législateur n'a pas de piste claire dans ce sens.

E/ La Loi fédérale sur l'agriculture, de 1951 à nos jours

En 1943, le Conseil fédéral a nommé une commission d'experts pour étudier la possibilité de rassembler en un seul texte toute la législation relative à l'agriculture. Dès le début de ses travaux, cette commission a proposé de traiter les mesures qui concernaient le droit foncier dans un texte distinct car la nature juridique de ces mesures, en étroite relation avec le Code civil, le Code des obligations et les dispositions sur la poursuite et la faillite justifiait un tel traitement¹³. On revient ci-dessous sur cette question fondamentale¹⁴.

La Loi sur l'agriculture a été largement débattue et a fait l'objet d'un référendum. Elle a été acceptée en votation populaire le 30 mars 1952¹⁵.

Ce texte, avec diverses modifications, a été maintenu dans sa structure et sa substance jusqu'à son remplacement par la loi actuelle du 29 avril 1998 (LAgr).

Pour comprendre la mutation agricole et paysanne, il faut se souvenir que la population paysanne a sensiblement diminué, tout comme le nombre d'exploitations et la proportion de la population rurale dans la population totale, compte tenu de l'augmentation importante de la population suisse. En 1942, le Conseil fédéral (on est en pleine guerre et l'agriculture se révèle d'une importance vitale) écrit qu'il veut maintenir l'effectif d'alors de la population agricole¹⁶. L'année suivante, le directeur de la Division de l'agriculture estime qu'un rapport de 23 personnes attachées à l'agriculture sur 100 habitants représente un minimum pour un Etat industriel¹⁷. En 1951, dans son Message relatif à la Loi sur l'agriculture, le Conseil fédéral persiste dans son idée quand il dit que la future législation agricole « *tendra principalement à maintenir l'effectif actuel de la population agricole* »¹⁸. Durant les années 50 et 60, le Conseil fédéral revoit sa position et estime que la Confédération ne doit pas maintenir à tout prix le plus grand nombre possible d'exploitations agricoles¹⁹.

Ce n'est qu'en 1976, dans le 5ème Rapport sur l'agriculture, qu'on annonce l'abandon de la théorie du maintien quantitatif en ces termes : « *Les*

¹³ Message du Conseil fédéral relatif à la Loi fédérale sur l'agriculture du 19 janvier 1951 (FF 1951 I 148).

¹⁴ Voir ci-dessous, lettre I/.

¹⁵ RO 1953 1095.

¹⁶ FF 1944 I 156.

¹⁷ E. Feisst, *Durchhalten. Schweizerische Lösungen zur Ernährungs- und Agrarpolitik während und nach dem Krieg*, Berne 1944.

¹⁸ Message du 19 janvier 1951 (FF 1951 156).

¹⁹ 2^{ème} Rapport sur l'agriculture du 29 décembre 1959 (FF 1960 I 205, p. 493).

caractéristiques les plus importantes des modifications subies par les structures de l'agriculture sont une réduction du nombre des entreprises ... et la régression de la population agricole. Nous devons adopter une attitude positive face aux changements de structures et aider l'agriculture à procéder à ces modifications sans à-coup et autant que possible en harmonie avec l'évolution qui se poursuit dans les autres secteurs économiques »²⁰.

En 1978, le directeur de la Division de l'agriculture s'exprime en ces termes : *« Il est donc réaliste de s'attendre à ce que l'agriculture générale se voie encore amputée d'un certain nombre de postes de travail par de nouvelles augmentations de la productivité, bien qu'il n'entre pas du tout dans les intentions de l'Etat d'avoir une politique malthusienne dans ce secteur. Les contraintes économiques sont plus fortes que nos sentiments et nos désirs, et dictent d'elles-mêmes le rythme de l'évolution des structures agricoles ces prochaines années »²¹.*

F / L'introduction des paiements directs dans la législation

La Confédération a été confrontée à partir des années 60 et en fonction des garanties de prise en charge et de prix offertes aux agriculteurs, à des problèmes de surproduction, d'une part, d'inégalités de traitement entre les producteurs, d'autre part. C'est ainsi qu'elle a introduit des mesures que l'on peut qualifier de paiements directs avant la lettre. Il s'agit de la Loi du 28 juin 1975 instituant une contribution aux frais des détenteurs de bétail de la région de montagne et de la région préalpine des collines, abolie par la Loi sur l'agriculture, tout comme la Loi du 14 décembre 1979 instituant des contributions à l'exploitation agricole du sol dans des conditions difficiles²².

L'intervention de la Confédération en faveur de l'agriculture par des barrières à l'importation (taxes douanières et systèmes de limitation quantitative), ainsi que par des garanties de prise en charge ou de prix, en particulier pour le lait et les céréales, ont amené à des surproductions importantes qui ont incité les autorités à réagir, en contingentant par exemple la production laitière.

Parallèlement, dans le cadre des négociations des traités internationaux au sein du GATT (Uruguay Round), diverses mesures contraires à la libéralisation des échanges ont été prohibées, les Etats étant invités à supprimer les entraves aux importations de produits agricoles.

Pour maintenir une agriculture sur son territoire et pour faire face à l'afflux massif et bon marché de produits agricoles de l'étranger, où les coûts de production sont bas, la Suisse a dû, comme d'autres pays, compenser le manque à gagner des agriculteurs. Il s'agissait de compenser la baisse massive des prix et la suppression des systèmes de prise en charge et autres garanties de la Confédération.

²⁰ 5^{ème} Rapport sur l'agriculture du 22 décembre 1976 (FF 1977 I 252, pp. 189 et 191 du Rapport, soit pp. 443 et ss de la FF).

²¹ Conférence de presse donnée le 30 mai 1978 à Lausanne par Jean-Claude Piot, alors directeur de la Division fédérale de l'agriculture.

²² Voir aussi Jean-Michel Henny, *op. cit.* p. 55 et 56.

C'est à ce moment qu'ont été développés les paiements directs, notamment par leur introduction en 1992 dans la LAgr d'alors. Si on se réfère au Message du Conseil fédéral du 27 janvier 1992²³, le Conseil fédéral, relevait que les nouvelles mesures étaient de nature à « *faciliter ultérieurement une reprise du régime agricole de la CE [Communauté européenne]* », et en rappelant que ce projet allait dans le sens des négociations alors en cours de l'Uruguay Round du GATT puisque ces mesures tendaient à une réduction substantielle du niveau de soutien et de protection de l'agriculture. Le système proposé tendait vers un passage progressif à des mesures de soutien non liées à la production. On peut lire en pages 52 et 53 du Message du Conseil fédéral notamment ce qui suit : « *Comme jusqu'ici, il importe de favoriser raisonnablement les exploitations paysannes dont la production est dépendante du sol par rapport à celles qui achètent tout leur fourrage. Il convient d'examiner de plus près les conditions réservées aux exploitations agricoles des collectivités publiques. En outre, on se penchera tout particulièrement sur le cas de producteurs non paysans qui font exécuter par des tiers la majorité des travaux inhérents à l'exploitation de leurs terres.* ».

La disposition légale proposée a finalement été approuvée par l'Assemblée fédérale²⁴ en précisant que les mesures prévues par la loi « *doivent être appliquées de manière à permettre aux produits agricoles indigènes de bonne qualité d'atteindre des prix qui, combinés avec les autres éléments du revenu, couvrent les frais de production moyens, calculés sur une période de plusieurs années, d'entreprises agricoles exploitées d'une façon rationnelle, adaptées à l'environnement et reprises à des conditions normales.* ». Toujours selon la LAgr alors modifiée, les paiements directs complémentaires sont destinés à assurer un revenu équitable aux « *exploitants paysans* ». Ces paiements sont déterminés en fonction de l'exploitation, de la surface et des difficultés liées à la zone de production. Le Conseil fédéral doit fixer, pour le droit à la contribution, une limite du revenu agricole et fixer des limites minimales et maximales. Il peut fixer la limite d'âge pour les bénéficiaires et les paiements directs doivent être assortis de conditions limitant « *le cercle des bénéficiaires aux exploitations paysannes cultivant le sol* », avec la précision qu'il « *ne sera accordé de dérogation que si l'intérêt public le requiert* ».

C'est donc en 1992 que les principes liés aux paiements directs ont été introduits dans la LAgr, avec des conditions et contraintes encore en partie en vigueur aujourd'hui.

G/ La Loi sur l'agriculture actuelle et les paiements directs

La LAgr pose, s'agissant des paiements directs, quelques règles et conditions qu'on peut rappeler ici sommairement dans la mesure où elles peuvent apporter des éclairages utiles pour le présent avis, soit s'il s'agit d'éléments qui lient le

²³ FF 1992 II 1.

²⁴ Modification du 9 octobre 1992 par l'introduction de nouvelles dispositions concernant les « paiements directs complémentaires » et les « contributions pour des prestations écologiques particulières » (FF 1992 VI 111).

versement des paiements directs à la personne de l'exploitant plutôt qu'à l'exploitation elle-même²⁵:

- Art. 2, al. 1 let. b, et art. 70a, al.1, let. a, la Confédération doit rétribuer au moyen de paiements directs les prestations d'intérêt public fournies par les exploitations paysannes cultivant le sol²⁶. C'est l'élément déterminant qui pose la question de l'interprétation de la notion d'exploitation paysanne.
- Art. 2, al. 1, let. c, la Confédération doit veiller à ce que l'évolution du secteur agricole soit acceptable sur le plan social. Si on évoque le plan social, on se réfère à des personnes physiques.
- Art. 4, al. 1, l'exécution de la loi doit prendre en compte de manière équitable les « conditions difficiles de vie et de production, notamment dans la région de montagne et dans la région des collines ». Si l'application de la loi doit prendre en compte ces conditions difficiles, cela peut finalement concerner tant les personnes morales que les personnes physiques.
- Art. 5, al. 1, les mesures de la loi ont pour objectif de « *permettre aux exploitants remplissant les critères de durabilité et de performance économique de réaliser, en moyenne pluriannuelle, un revenu comparable à celui de la population active dans les autres secteurs économiques de la même région* ». C'est la notion de revenu qui est délicate à interpréter si on a affaire à une personne morale car si on peut certes parler du revenu d'une personne morale, il est par contre difficile de le comparer à celui de la population active dans un autre secteur économique de la même région.
- Art. 70a, al. 1, let. f, une part minimale des travaux doit être accomplie par la main-d'œuvre de l'exploitation. Dans la mesure où on se réfère ici à l'exploitation et non à l'exploitant, cela ne pose pas de difficulté.
- Art. 70a, al. 1, let. g, l'exploitant ne doit pas avoir dépassé un certain âge. S'agissant de l'âge de l'exploitant, il s'agit bien évidemment d'une question liée à une personne physique. Mais il serait tout à fait possible de préciser que le responsable²⁷ d'une personne morale ne doit pas avoir dépassé l'âge limite.
- Art. 70a, al.1, let. h, l'exploitant doit disposer d'une formation agricole. Là aussi, la question de la formation professionnelle est liée à une personne physique. Mais il serait aussi possible d'exiger que le responsable de l'exploitation d'une personne morale ait une formation minimale.

²⁵ On souligne que les règles concernant les paiements directs ont été modifiées le 23 mars. 2013 pour entrer en vigueur le 1er janvier 2014 (RO 2013 3463 3863 ; FF 2012 1857).

²⁶ En proposant de modifier la loi dans son Message concernant l'évolution future de la politique agricole dans les années 2014 à 2017, du 1er février 2012 (FF 2012 1857, p. 2038), le Conseil fédéral précise que, « *comme par le passé, les paiements directs sont versés aux exploitants d'entreprises paysannes cultivant le sol (art. 104, al. 2, Cst..). La pratique actuelle n'est pas modifiée* ».

²⁷ La notion doit être précisée (chef de cultures, administrateur, directeur, etc.).

- L'art. 70a, al. 3, let. e autorise le Conseil fédéral à fixer des exceptions pour verser des paiements directs à un exploitant qui n'est pas une exploitation paysanne cultivant le sol. Dans le Message du Conseil fédéral du 1^{er} février 2012 à l'appui d'une modification de la LAgr, on peut lire : « *Le Conseil fédéral peut prévoir des dérogations au principe des exploitations paysannes cultivant le sol. Il est prévu de verser des contributions à la biodiversité et à la qualité du paysage, à des exploitations non paysannes. En effet, les exploitations appartenant aux pouvoirs publics ou à des fondations jouent souvent un rôle de pionnier dans ce domaine – rôle qui ne doit pas être entravé par le refus de ces contributions* »²⁸.

On relèvera encore, et c'est significatif de l'évolution de la politique agricole fédérale, que la LAgr modifiée en 2013 supprime les limites de revenu et de fortune dans l'octroi des paiements directs²⁹.

Ces limites ont été remplacées par la possibilité d'octroyer des contributions de transition dans le but de garantir un développement acceptable sur le plan social. Ces contributions tiennent toujours compte des niveaux de revenu et de fortune imposables des exploitants et fixent aussi des valeurs limites plus élevées pour les exploitants mariés (art. 77 al. 4 let. c).

On relève encore que l'Ordonnance sur la terminologie agricole³⁰, en son article 2 définit l'exploitant comme « *une personne physique ou morale ou une société de personnes qui gère une exploitation pour son compte et à ses risques et périls, et en assume ainsi le risque commercial.* ». Cette disposition est parfaitement claire dans la mesure où elle met sur le même pied la personne physique, la personne morale ou une société de personnes. Mais il faut relever que cette notion est celle d'une exploitation et ne fait pas référence à une exploitation à titre personnel et ne fait pas référence non plus à l'exploitation du sol.

L'article 3 de l'Ordonnance sur les paiements directs³¹, pour définir le droit aux contributions, parle des « exploitants d'une exploitation agricole », en précisant qu'il s'agit de personnes physiques ayant leur domicile civil en Suisse, qui n'ont pas encore atteint l'âge de 65 ans et remplissent certaines exigences en matière de formation. L'alinéa 2 de cet article précise les conditions à remplir par les personnes morales ou les sociétés de personnes pour avoir droit aux paiements directs. Ces dispositions sont conformes à la LAgr, sur laquelle elles reposent en tant que base légale.

H/ Un revenu paysan qui change de nature

L'introduction des paiements directs a modifié de façon importante la structure du revenu de l'agriculteur. Sous le régime de la protection à la frontière, de la

²⁸ FF 2012 p. 2040.

²⁹ FF 2012 p. 1980. L'art. 70, al. 5, let. f, avait la teneur suivante : « *...Le revenu et la fortune imposables des exploitant au-delà desquels les contributions sont réduites ou refusées ; pour les exploitants mariés, le Conseil fédéral fixe des valeurs limites plus élevées ...* ».

³⁰ OTerm ; RS 910. 91.

³¹ OPD, RS 910.13.

garantie des prix et de l'écoulement des produits, l'agriculteur tirait son revenu de la vente et de la commercialisation de ses produits. Au moment où les paiements directs sont devenus importants, parallèlement à une baisse drastique des prix à la production, le revenu paysan est devenu toujours plus dépendant des paiements directs fédéraux.

Avant les paiements directs, l'agriculteur, quelle que soit la taille de son exploitation, gagnait sa vie sur la base du produit de son travail. Après l'avènement des paiements directs, son revenu est devenu en grande partie dépendant de la taille de son exploitation, du type de cultures et d'autres critères et non plus de son travail et de la vente de ses produits. C'est la raison pour laquelle le législateur a dû prévoir un encadrement strict des paiements directs pour éviter que ceux-ci n'atteignent pas leur objectif premier qui était, faut-il le rappeler, de compenser la baisse des prix à la production, même si, par la suite, les paiements directs ont aussi servi à développer certains modes de culture et à protéger l'environnement et les animaux. C'est dans ce cadre que la LAgr a mis en place un arsenal de règles et contraintes qui semblent poser problème aujourd'hui.

Ce qu'il est utile de souligner ici, c'est qu'avant l'avènement des paiements directs, les exploitants agriculteurs étaient traités de la même manière que les exploitations appartenant à des collectivités publiques ou constituées en personne morale. Les revenus des uns et des autres provenaient de ce qu'ils produisaient et non de critères posés par la législation fédérale. C'est un constat important pour les considérations qui suivent.

I/ L'évolution parallèle du droit foncier rural

S'il est nécessaire d'évoquer ici le droit foncier rural, c'est parce qu'il introduit une notion essentielle pour répondre aux questions posées. Il s'agit de *l'exploitant à titre personnel*.

Un traitement chronologique des sujets aurait normalement dû amener à traiter la question du droit foncier avant celle des paiements directs³². Le droit foncier rural et le droit successoral paysan sont des notions bien plus anciennes et proviennent en partie du droit privé.

Le mandat constitutionnel confié à la Confédération en faveur de l'agriculture s'est donc aussi concrétisé par le développement des outils, pour une part antérieurs à 1947, destinés à protéger la propriété foncière rurale. On rappellera ici simplement pour mémoire le droit successoral paysan qui accorde aux agriculteurs propriétaires un statut particulier qui sort du droit ordinaire en permettant au reprenant d'une entreprise agricole de pouvoir l'obtenir dans sa globalité, sans partager avec ses cohéritiers, d'une part, à un tarif de faveur (valeur de rendement), d'autre part.

A la suite de graves problèmes économiques et financiers subis par les agriculteurs dans l'entre-deux-guerres, la Loi du 12 décembre 1940 sur le désendettement des domaines agricoles a instauré une procédure particulière pour soulager certains propriétaires endettés avec l'aide des pouvoirs publics et

³² Voir note 12 ci-dessus.

prévoir des mesures pour éviter le surendettement, notamment en instaurant une charge hypothécaire maximale. En 1951, la Loi sur le maintien de la propriété foncière rurale a instauré diverses contraintes et avantages. Le Code civil réglait le droit successoral paysan. Le Code des obligations réglait la vente de bien-fonds agricoles et le régime du fermage³³.

Ces diverses dispositions éparses ont été rassemblées dans la Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 (LDFR)³⁴. Elle a été approuvée par le peuple à la suite d'un référendum et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994³⁵. Elle a des buts en partie similaires à ceux de la LAgr puisqu'ils sont les suivants : « *encourager la propriété foncière rurale et en particulier de maintenir des entreprises familiales comme fondement d'une population paysanne forte et d'une agriculture productive, orientée vers une exploitation durable du sol, ainsi que d'améliorer les structures; de renforcer la position de l'exploitant à titre personnel, y compris celle du fermier, en cas d'acquisition d'entreprises et d'immeubles agricoles; de lutter contre les prix surfaits des terrains agricoles* ». Elle contient des dispositions sur: « *l'acquisition des entreprises et des immeubles agricoles; l'engagement des immeubles agricoles; le partage des entreprises agricoles et le morcellement des immeubles agricoles* »³⁶.

Ce texte légal introduit dans notre droit une notion nouvelle, précisée par la jurisprudence du Tribunal fédéral, même si elle était déjà en partie issue de l'application de la législation sur le maintien de la propriété foncière rurale. C'est la notion de *l'exploitant à titre personnel* définie principalement à l'art. 9 LDFR. Cette notion a de nombreuses implications, en particulier pour ce qui concerne l'acquisition de biens soumis au droit foncier rural. Elle a eu certainement une influence non négligeable dans l'élaboration et le développement des principes qui ont permis de mettre en place les paiements directs, car elle est apparue parallèlement à la modification de la Loi fédérale sur l'agriculture pour y introduire cet outil nouveau.

L'art. 9 LDFR a la teneur suivante : « *est exploitant à titre personnel quiconque cultive lui-même les terres agricoles et, s'il s'agit d'une entreprise agricole, dirige personnellement celle-ci* ». De plus, « *est capable d'exploiter à titre personnel quiconque a les aptitudes usuellement requises dans l'agriculture de notre pays pour cultiver lui-même les terres agricoles et diriger personnellement une entreprise agricole* ».

Sans rappeler les commentaires³⁷ et la jurisprudence³⁸, on se borne ici à relever que cette notion est exigeante en ce sens que l'exploitant qui veut être considéré comme exploitant à titre personnel doit avoir une formation adéquate et mettre lui-même « la main à la pâte ». Il ne peut s'agir d'un *gentleman-farmer* qui dirige une équipe de travailleurs. Il doit effectuer lui-même une

³³ On se borne ici à renvoyer à Jean-Michel Henny, *op. cit.*, p. 62.

³⁴ RS 211.412.11.

³⁵ RO 1993 1410.

³⁶ Art. 1 LDFR.

³⁷ Voir notamment Eduard Hofer, *Kommentar BGG*, Brugg 2011, ad art. 9.

³⁸ Voir Andreas Wasserfallen, *Bäuerliches Bodenrecht*, in *Handbuch zum Agrarrecht*, Roland Norer, Berne 2017.

partie des tâches manuelles exigées par le travail de la terre ou les soins au bétail.

Il convient de relever ici que seul l'exploitant à titre personnel peut bénéficier de « privilèges » destinés à promouvoir les buts de la LDFR :

- Acquisition, que ce soit en cas de succession ou entre vifs et au sein de la famille, à la valeur de rendement agricole, sensiblement inférieure à la valeur vénale, même si celle-ci est limitée par le « « prix surfait » de l'art. 66 LDFR ;
- En cas de vente à des tiers extérieurs à la famille, seul un exploitant à titre personnel peut acquérir, sauf exceptions strictement définies (art. 63 et 64 LDFR) ;
- L'exercice de divers droits d'emption ou de préemption est réservé aux exploitants à titre personnel ;
- Les articles 11, 12, 13, 14, 17, 19, 23, 24, 25, 36, 42, 47, 49 et 63 LDFR, notamment, posent cette exigence.

C'est une notion essentielle à l'application du droit foncier rural. Elle est avant tout destinée à éviter la spéculation sur les terres agricoles en restreignant le nombre et le cercle des acquéreurs potentiels. Elle est aussi destinée à maintenir la propriété foncière agricole en main des familles paysannes, sans que cette notion soit vraiment définie dans la loi.

Dans le cadre du présent avis, il convient d'évoquer une modification importante de la LDFR intervenue en 2003. Cette modification montre une certaine « objectivisation » de la notion d'exploitation, en la détachant de celle de famille paysanne.

A l'origine, lorsqu'elle a été élaborée, la LDFR imposait, pour qu'une exploitation agricole soit considérée comme une *entreprise* digne de protection au sens de son art. 7, qu'elle « exige au moins la moitié des forces de travail d'une famille paysanne ». C'était le signe très clair de la conjonction entre famille et exploitation agricole. Cette notion a été abandonnée au profit d'une norme plus objective, celle de « l'unité de main-d'œuvre standard » (UMOS^{39,40}).

Ce changement est significatif dans la mesure où on prend dorénavant en compte une norme pouvant s'appliquer à toutes sortes d'exploitations, qu'elles soient familiales ou non.

On peut relever encore que la version initiale de la LDFR posait une limite à la taille maximale des entreprises agricoles si l'acquisition devait se faire dans le cadre d'une attribution successorale ou de l'exercice d'un droit de préemption. Pour le droit à l'attribution, cette limite était rédigée ainsi : « *l'héritier qui est déjà propriétaire d'une entreprise agricole offrant à une famille paysanne des moyens d'existence particulièrement bons ou qui dispose économiquement d'une telle entreprise n'a pas droit à l'attribution d'une entreprise ou d'un immeuble agricole* ». Cette contrainte a été supprimée. Il n'y a maintenant plus

³⁹ La notion d'UMOS est définie dans l'OTerm (RS 910.13) et l'ODFR (RS 211.412.110).

⁴⁰ Message du 29 mai 2002 (FF 2002 4395 p. 4614 et RO 2003 4123).

de limite maximale. Là aussi, on a « objectivé » l'entreprise en la séparant de la notion d'entreprise familiale⁴¹.

On peut rapprocher ces modifications législatives de la suppression de la limite de revenu et de fortune pour l'octroi des paiements directs⁴².

J/ Les effets de l'aménagement du territoire

On ne peut pas passer sous silence l'influence déterminante qu'ont eues les règles sur l'aménagement du territoire en matière de notion et de définition de l'agriculture. Lorsqu'il faut déterminer quelles sont les constructions et installations pouvant être autorisées dans la zone agricole, force est de définir ce qui est agricole et ce qui ne l'est pas. Dans ce cadre, ces dernières décennies ont vu une évolution liée au développement de certaines nouvelles activités par les agriculteurs. Les exploitations hors sol ont finalement été acceptées dans la zone agricole car elles sont considérées comme des activités favorisant le développement interne au sens des art. 16a, al. 2 LAT et 34 à 38 OAT. On a ainsi passé d'une définition de l'agriculture liée au mode de production à celle liée au type de produit⁴³.

Cette extension de la notion d'agriculture, dans le cadre de l'aménagement du territoire est justifiée par la nécessité de permettre aux agriculteurs de compléter leurs revenus, insuffisants sans cela, au sens de l'art 5 LAgr.

Mais ce type de production non directement lié au sol pourrait être considéré comme non conforme au mandat constitutionnel qui exige que les exploitations encouragées par la Confédération, en dérogation à la liberté économique, faut-il le rappeler, soient celles qui cultivent le sol.

Il est indéniable que cette évolution n'est pas de nature à faciliter l'élaboration d'une définition claire de l'agriculture en Suisse.

K/ Incursion dans le droit européen ?

Il apparaît inutile d'examiner les questions abordées ici en relation avec leur traitement dans l'Union européenne. Il ne faut par ailleurs pas perdre de vue que la Politique agricole commune (PAC) est un chapeau qui coiffe les diverses législations agricoles des pays membres, ces législations pouvant, sous l'angle de certaines conditions et en relation avec les transferts immobiliers, présenter des différences conséquentes. Pour les paiements directs, on peut renvoyer à une publication récente⁴⁴.

⁴¹ Message du 29 mai 2002 (FF 2002 4395 p. 4614 et RO 2003 4123).

⁴² Voir let G/ ci-dessus.

⁴³ Roland Norer, *Agrarwirtschaftsrecht*, in *Handbuch zum Agrarrecht*, Berne 2017, p.61. Voir aussi Meinrad Huser, *Der Begriff der Landwirtschaft*, in *Blätter für Agrarrecht*, 2017, p.57 et ss.

⁴⁴ Gottfried Holzer, *Direktzahlungen als Instrumente der Ökologisierung der Landwirtschaft – Ein Vergleich EU-Schweiz*, *Blätter für Agrarrecht* 2018, p. 67 ss.

L/ Quel type d'agriculture la Confédération doit-elle soutenir ?

Comme on l'a vu, la Confédération a le devoir de veiller à ce que l'agriculture permette, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, de contribuer substantiellement à la sécurité de l'approvisionnement de la population, à la conservation des ressources naturelles et à l'entretien du paysage rural, ainsi qu'à l'occupation décentralisée du territoire⁴⁵. C'est là le principe même de l'obligation pour la Confédération d'intervenir et de prendre des mesures.

Pour accomplir sa tâche, la Confédération peut, si c'est nécessaire, déroger au principe de la liberté économique. C'est donc à titre subsidiaire, si les mesures d'entraide que l'on peut raisonnablement exiger de l'agriculture et qu'il n'y a pas d'autre façon de procéder, que cette dérogation est possible. Cela exige donc que soient définis non seulement les moyens à mettre en œuvre, mais aussi les bénéficiaires des mesures à prendre. Il est donc nécessaire de définir les termes.

La notion d'agriculture n'a jamais vraiment été définie de façon circonstanciée. Certains s'y sont astreints⁴⁶. Mais l'évolution des structures, le développement des modes de travail et les progrès techniques, ont amené à des transformations fondamentales. Il suffit d'évoquer ici les modifications des règles de l'aménagement du territoire qui permettent aujourd'hui de construire dans la zone agricole des ateliers de production qui n'ont presque plus rien à voir avec la culture du sol puisqu'ils dépendent principalement sinon exclusivement d'apports fourragers extérieurs.

Mais la Constitution exige encore que la Confédération encourage les exploitations *paysannes cultivant le sol*. Cela signifie a contrario qu'elle ne peut fournir son aide à des exploitations qui ne sont pas paysannes et/ou qui ne cultivent pas le sol.

La notion d'*exploitation* ne présente pas de difficulté quant à son interprétation. Elle n'implique pas une relation à une personne spécifique. En revanche, le terme *paysanne* fait référence à un type de population. Il ne s'agit pas de n'importe quel exploitant. On pourrait même évoquer une classe sociale, pour reprendre les termes d'Eduard Hofer⁴⁷. Ni la Constitution fédérale, ni les lois que nous avons examinées ne définissent ce terme. L'article 31*bis* aCst. confie à la Confédération la tâche de « conserver une forte population paysanne ».

Mais, la population paysanne n'a jamais été véritablement définie, que ce soit dans la loi, les ordonnances, la jurisprudence ou les commentaires. Pour simplifier, on pourrait être tenté d'affirmer que la population paysanne, en Suisse, ce sont les agriculteurs actuellement en place, qui bénéficient de la sollicitude de la Confédération et dont on constate chaque année la diminution.

⁴⁵ Art. 104 al.1 Cst..

⁴⁶ Voir quelques références dans la thèse de Jeannette Kehrli, résumée par Meinrad Huser, *Der Begriff der Landwirtschaft*, in *Blätter für Agrarrecht*, 2017, p.57 et ss.

⁴⁷ Eduard Hofer, *Der bäuerliche Betrieb, seine rechtlichen Grenzen und der Strukturwandel*, in *Blätter für Agrarrecht*, 2017, p. 15 ss.

Pour le commun des mortels, la population paysanne, ce sont les paysans que l'on voit œuvrer chaque jour à la campagne. Ils ne sont pas juridiquement définis mais on les assimile très généralement à des familles⁴⁸ regroupant souvent plusieurs générations sous le même toit, qui perpétuent une tradition de culture du sol et qui, surtout, on le verra plus loin, se transmettent les terres de génération en génération. Par leur représentation au Parlement fédéral, et par l'efficacité de leurs mandataires, aussi peut-être parce qu'ils sont très uniformément répartis sur tout le territoire du pays, ils ont une influence politique qui n'a rien à voir avec leur proportion dans la population totale. Ils sont aussi ceux qui nourrissent leurs semblables, ennoblissent le territoire par leur travail et auxquels le reste de la population voue une certaine gratitude, même si ce n'est plus celle qui prévalait à la fin de la Seconde guerre mondiale.

Alors que l'activité du paysan était peu reconnue il y a quelques décennies, elle a retrouvé aujourd'hui de l'intérêt. L'heure n'est plus à l'exode rural mais à l'intérêt de non-agriculteurs pour l'activité de paysan et même à l'acquisition de terres, extrêmement rares et peu disponibles, par des citoyens en mal de retour à la nature. On peut même voir, de la part de certaines entreprises ou même d'États étrangers un intérêt marqué pour l'acquisition de terres agricoles, que ce soit en Suisse ou ailleurs.

Pour résumer, on dira que la population paysanne est composée actuellement par les familles paysannes qui cultivent les exploitations du pays. C'est donc pratiquement une classe sociale qui bénéficie d'aides particulières, comme les paiements directs ou l'exclusivité de l'acquisition des terres agricoles.

Le texte constitutionnel invite la Confédération à soutenir et encourager les exploitations paysannes *cultivant le sol*. Là, les termes sont clairs et sans ambiguïté. Mais la pratique et la législation en ont décidé autrement. Comme on l'a vu, les règles sur l'aménagement du territoire permettent l'installation hors de la zone à bâtir d'ateliers de production de volailles, de porcs ou de poules pondeuses qui n'ont plus rien à voir avec la production de l'exploitation qui les accueille puisque les animaux sont nourris avec des fourrages venant de l'extérieur, parfois et même souvent de l'étranger. Ce mode de fonctionnement est soutenu par les dispositions de la LAgr. Les paiements directs ne sont pas refusés à ce mode de production puisqu'on privilégie ici le produit et non le mode de production. Il en va en partie de même des exploitations horticoles sous serre qui produisent des végétaux sur substrat artificiel. Il n'y a plus aucun rapport avec la culture du sol.

Sous cet angle, les modifications législatives de ces dernières décennies se sont faites en marge de la Constitution qui parle clairement de la *culture du sol*. Ce qui a primé sur le texte constitutionnel, c'est la nécessité de permettre aux exploitants agricoles d'obtenir un revenu complémentaire dans la volonté de respecter l'art. 5 LAgr.

En réalité, ces questions de définition n'ont jamais été clairement débattues et tranchées. Il y a toujours eu, dans la population, les organisations économiques et le Parlement, des opinions divergentes, les uns insistant sur la productivité

⁴⁸ Voir Henny, *op. cit.* p. 46, et Hofer, *op. cit.* p. 24.

de l'agriculture, dans un esprit libéral, et les autres insistant pour la préservation des structures actuelles (petite paysannerie, exploitations familiales, exploitations à « taille humaine »). Chaque nouvelle initiative ou modification législative touchant l'agriculture, au Parlement ou dans la population, remet ce dilemme dans le débat. Ce n'est donc pas dans le modeste avis présenté ici que la question pourra être tranchée de façon définitive⁴⁹.

Il n'en demeure pas moins que l'objectif principal de l'agriculture est de nourrir la population en produisant des aliments. Il faut donc maintenir des exploitations et des producteurs. Mais lesquels ?

M/ Réponse aux questions spécifiques

1. Que comprend-on par exploitation à titre personnel ?

Pour la définition de l'exploitation à titre personnel, on renvoie à la brève description donnée plus haut⁵⁰. C'est une notion qui est entrée formellement dans la législation fédérale en 1994, avec l'adoption de la LDFR. Elle est donc destinée avant tout à régler des questions liées à la transmission des terres agricoles, qu'il s'agisse d'immeubles isolés ou d'entreprises au sens de l'art. 7 LDFR, dans le cadre de transferts au sein de la famille, entre vifs ou pour cause de mort, ou d'acquisitions par des personnes extérieures à la famille.

Comme déjà écrit, l'exploitant à titre personnel doit avoir une formation professionnelle adéquate et « mettre la main à la pâte ». Les personnes morales, à moins qu'elles ne soient la propriété d'exploitants à titre personnel, ne peuvent donc en principe pas acquérir. Il en va de même des particuliers qui ne sont pas formés ou qui voudraient investir dans l'agriculture sans exploiter eux-mêmes les terres qu'ils acquièrent. Cette restriction a été débattue au Parlement. Elle va finalement au-delà de ce que prévoyait le Conseil fédéral dans son message⁵¹, qui ne soumettait pas l'acquisition de terres agricoles à une autorisation formelle, mais proposait la mise en place d'un système d'opposition, moins contraignant, mais certainement moins efficace. Il est intéressant de relever que l'autorité devait s'opposer, selon le projet, lorsque l'acquéreur *achetait principalement à titre de placement de capitaux, ou lorsqu'il achetait dans un but de spéculation*, notamment. Ces cautèles ont été remplacées par la simple interdiction d'acquérir si le requérant n'est pas exploitant à titre personnel. Les exceptions doivent être dûment justifiées selon une liste stricte et quasi exhaustive⁵².

⁴⁹ On peut se référer aussi, pour l'évolution de l'agriculture et certaines notions, les contributions suivantes in *Entwicklung von Landwirtschaft und Agrarrecht, Rück- und Ausblick 50 Jahre Schweizerische Gesellschaft für Agrarrecht SGAR*, Berne 2016, Paul Richli, *Entwicklung des Agrarrechts*, p. 129 ss., Eduard Hofer, *Landwirtschaft und Agrarrecht heute – aus der Sicht eines Konsumenten und Steuerzahlers*, p. 167 ss, et Bernard Lehmann/Simon Briner, *Weiterentwicklung von Landwirtschaft und Agrarrecht aus der Sicht des Bundesamtes für Landwirtschaft - Stillstand oder Aufbruch zu neuen Ufern ?*, p. 225 ss.

⁵⁰ Let. I/ ci-dessus.

⁵¹ Message du 19 octobre 1988 (FF 1988 III p. 1064).

⁵² Art. 63 et 64 LDFR.

2. Peut-on envisager une nouvelle définition, plus étendue que celle figurant à l'actuel art. 9 LDFR ?

Il paraît extrêmement difficile de remplacer l'art. 9 LDFR par une norme plus souple. Ainsi que le montre la jurisprudence, la règle actuelle fait l'objet de nombreuses contestations, que ce soit par des personnes souhaitant acquérir ou par des héritiers, par exemple, contestant la qualité d'exploitant à titre personnel de celui qui revendique l'attribution successorale d'une entreprise agricole à la valeur de rendement. Les avantages que peut procurer la qualité d'exploitant à titre personnel dans le cadre de l'acquisition de terres agricoles sont si importants que cette notion doit être définie de façon claire, précise et stricte. En revanche, il serait possible d'assouplir la règle interdisant l'acquisition par des non exploitants au sens des art. 63 et 64 LDFR.

3. Y a-t-il une autre notion que celle de la LDFR ?

La notion d'exploitant à titre personnel de l'art. 9 LDFR ne se retrouve pas ailleurs dans la législation fédérale. C'est une notion strictement liée au transfert de biens ruraux immobiliers. Comme vu plus haut, elle a certes eu des effets sur la réglementation des paiements directs et, en partie, sur les règles de l'aménagement du territoire. Mais elle n'a pas à être transposée systématiquement hors du contexte du droit foncier.

4. Quel serait l'impact de la suppression de la notion d'exploitant à titre personnel ?

Comme l'écrivait Mark Twain il y a fort longtemps, « il faut acheter du terrain car on n'en fabrique plus ! ». Ce conseil est d'une brûlante actualité. La population mondiale augmente et augmentera encore considérablement ces prochaines décennies. Nombreux sont ceux qui se préoccupent de produire suffisamment pour ces nouvelles bouches à nourrir.

La culture du sol et la production de biens sains, biologiques, voire selon les préceptes de la biodynamie, sont à la mode. Le retour à la nature est le vœu de beaucoup de nos contemporains. Quant aux agriculteurs, nombre d'entre eux, et souvent les plus entreprenants, cherchent à agrandir leur exploitation pour mieux rentabiliser leurs investissements. La terre agricole est donc très recherchée. Elle se fait de plus en plus rare en raison de son usage pour la construction privée et les installations publiques. Les règles sur l'aménagement du territoire ont mis un terme à une certaine spéculation. Mais celle-ci se fait maintenant même sur les terres agricoles inconstructibles. La LDFR fixe un prix maximum, dit prix licite ou prix maximum non surfait au sens de l'art. 66 LDFR. Mais, même à ce prix, les amateurs restent très nombreux.

Que se passerait-il dès lors si on supprimait le privilège d'acquisition pour l'exploitant à titre personnel ?

Quiconque pourrait acquérir. Il est dès lors fort probable, vu l'engouement actuel, que les terres seraient acquises par des investisseurs de toutes sortes qui auraient les moyens de leurs ambitions. Cela serait-il nécessairement un mal ? Non, car l'acquéreur n'exploitant pas lui-même son bien le remettrait à bail à un exploitant. Mais c'est un statut plus précaire que celui de propriétaire et cela

va à l'encontre des objectifs poursuivis par la Constitution fédérale qui invite la Confédération à consolider la propriété foncière rurale⁵³, objectifs concrétisés par la LDFR⁵⁴.

Une telle suppression aurait des effets destructeurs sur le droit successoral paysan car, en cas de succession ou de transfert entre vifs, l'avocat ou le maçon pourrait lui aussi revendiquer l'attribution du domaine familial. L'institution de la reprise à la valeur de rendement agricole perdrait son utilité et ses effets. Ce serait une vraie révolution. On parlerait aujourd'hui de disruption.

La conclusion à laquelle on aboutit est claire : la suppression de la notion d'exploitant à titre personnel tel qu'elle est appliquée aujourd'hui aurait des effets dévastateurs si elle n'était pas accompagnée de modifications diverses dans d'autres dispositions légales, tant en matière de droit successoral qu'en matière d'acquisition de biens fonciers ruraux. En revanche, une telle suppression n'aurait pratiquement pas d'effet sur le système mis en place pour les paiements directs.

On ajoutera encore que la notion d'exploitant à titre personnel ne doit pas être considérée comme un privilège de « caste », mais comme un élément essentiel de la mise en application de la norme constitutionnelle invitant la Confédération à consolider la propriété foncière rurale qui ne peut pas être soumise aux mêmes règles libérales que la propriété foncière non agricole.

5. Sur quels motifs se fonde la différence de traitement entre les différentes personnes morales dans l'OPD ?

Cette question a en réalité deux aspects. Il s'agit tout d'abord des personnes morales qui sont assimilées à des personnes physiques parce qu'elles remplissent certaines conditions qui permettent d'affirmer que, malgré leur forme juridique, elles sont exploitées par des personnes qualifiées répondant aux critères posés pour l'octroi des paiements directs⁵⁵. Ces règles, même si elles sont relativement strictes, ne suscitent pas de remarque particulière.

En revanche le troisième alinéa de l'art. 2 OPD, dont la teneur est la suivante : « *Les personnes morales domiciliées en Suisse ainsi que les communes et les cantons peuvent avoir droit aux contributions à la biodiversité et à la qualité du paysage, pour autant qu'ils soient considérés comme exploitants de l'entreprise agricole. Sont exceptées les personnes morales dont on peut supposer qu'elles ont été créées pour contourner la limite d'âge où les exigences en matière de formation* », est clairement une exception aux conditions du premier alinéa de l'art. 3 OPD, qui précise que pour avoir droit aux contributions, il faut être une personne physique ayant son domicile en Suisse, ne pas avoir encore atteint l'âge de 65 ans et remplir certaines exigences en matière de formation.

On s'abstiendra d'analyser en détail les raisons pour lesquelles les personnes morales ont été exclues du cercle des bénéficiaires des paiements directs.

⁵³ Art. 104, al. 3, let. f Cst.

⁵⁴ Art. 1, al. 1 LDFR.

⁵⁵ Art. 3, al. 2 et 2bis OPD.

L'absence, pour ces entités, d'exploitation à titre personnel n'est certainement pas un élément étranger à cette décision. Une telle exclusion se justifie-t-elle encore aujourd'hui ?

Comme on l'a vu, les paiements directs ont été mis en œuvre pour compenser la perte de revenu des exploitations agricoles en raison de la suppression des barrières douanières et des prises en charge par la Confédération. Par la suite, les paiements directs ont été très clairement orientés dans le sens d'incitations à produire de façon durable et dans le cadre du respect des animaux.

Dès lors, sur le principe, on ne voit pas pourquoi il serait nécessaire de maintenir cette exclusion des personnes morales. Celles-ci, dans la mesure où elles exploitent des terres ou une entreprise agricole contribuent de la même manière à la mise en œuvre de la politique agricole qui vise, selon l'art. 1er L'Agr, à assurer la sécurité de l'approvisionnement de la population, la conservation des ressources naturelles, l'entretien du paysage rural, l'occupation décentralisée du territoire et le bien-être des animaux. Maintenir cet ostracisme pourrait même être considéré comme une inégalité de traitement.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les modalités initiales d'octroi des paiements directs ont été en partie modifiées en ce sens qu'on a supprimé les barrières liées au revenu et à la fortune de l'exploitant. Il s'agissait clairement d'éléments qui ne pouvaient pas être pris en compte de la même manière pour les personnes morales.

Quels pourraient être les inconvénients ou désavantages d'une solution permettant de verser des paiements directs aux personnes morales qui font exploiter leurs terres par des tiers ?

C'est le lieu de rappeler ici que lorsque les terres sont mises à bail, c'est le fermier qui a un plein droit aux paiements directs dans la mesure où il en respecte les conditions d'octroi.

Pour éviter une inégalité de traitement dans l'autre sens, on pourrait imposer aux personnes morales l'obligation de faire cultiver les terres par une personne responsable qui ne devrait pas avoir dépassé l'âge de 65 ans et devrait être au bénéfice d'une formation professionnelle adéquate.

Mais on en revient à la notion constitutionnelle et légale⁵⁶ *d'exploitation paysanne cultivant le sol*. On a vu plus haut que la notion « paysanne » n'a jamais été clairement définie. Il serait donc possible, en respectant la Constitution, de modifier l'art. 70a, al. 3, let. e L'Agr en supprimant la fin de la phrase « *en ce qui concerne les contributions à la biodiversité à la qualité du paysage* », le Conseil fédéral pouvant simplement « *fixer des exceptions à l'al. 1, let. a* ».

⁵⁶ Art. 2 al. 1, let. b et 70a al. 1, let. a L'Agr.

6. Postulat Beat Jans 17.3916 « Faciliter la reprise des terres et des exploitations agricoles ».

Le 29 septembre 2017, le Conseiller national Beat Jans a déposé un postulat demandant au Conseil fédéral d'examiner comment faciliter la reprise des exploitations agricoles par des successeurs extérieurs à la famille et l'encouragement de projets d'agriculture solidaire (associations de producteurs et de consommateurs). Dans le développement de son intervention, le postulant relève qu'il est extrêmement compliqué pour des personnes extérieures à la famille de reprendre des terres et des exploitations agricoles. Dans toute la Suisse, de jeunes agriculteurs ayant bénéficié d'une solide formation recherchent souvent en vain et pendant des années une exploitation qui leur convient. Pourtant, chaque année aussi, des centaines d'exploitations « meurent », car aucun membre de la famille ne succède au précédent entrepreneur. Il n'est pas rare que des exploitations gérées par des personnes motivées issues d'autres domaines se démarquent par leur innovation et par une forte valeur ajoutée. En facilitant la reprise d'exploitations par des personnes extérieures à la famille, on peut préserver des emplois dans le secteur de l'agriculture.

Dans son avis du 15 novembre 2017, le Conseil fédéral déclare partager l'avis selon lequel l'agriculture éveille un intérêt croissant chez des personnes n'ayant pas de lien familial avec ce secteur. Il poursuit dans le sens suivant : *« Dans ce contexte, il faut se demander comment l'entrée de personnes tierces dans le monde agricole ou la possibilité de reprendre une exploitation pourrait être simplifiée. Cet été, l'OFAG a commandé une étude externe afin de clarifier les adaptations législatives à entreprendre pour atteindre cet objectif, sans toutefois favoriser la spéculation sur les terres agricoles ou compromettre les buts de l'aménagement du territoire. Les résultats devraient être disponibles d'ici au second semestre 2018 et seront intégrés dans le développement de la politique agricole (PA 22+) ».*

Ce postulat a été accepté par le Conseil national le 28 février 2018.

Contrairement à ce que semble imaginer le postulant, l'acquisition de terres agricoles n'est pas compliquée. Il suffit d'obtenir une autorisation au sens de l'art. 63 LDFR en remplissant les conditions légales, soit d'être exploitant à titre personnel et que le prix d'acquisition ne soit pas surfait au sens de l'art. 66 LDFR. Mais, ce qui est compliqué et il faut bien l'admettre, c'est de trouver des terres ou une exploitation. Celles-ci sont rares et très recherchées. Si un agriculteur cesse son activité pour raison d'âge ou parce qu'il n'a pas de membre de sa famille qui souhaite la reprendre, les autres agriculteurs de la région s'empressent de formuler des offres pour arrondir leur domaine. Il en va par ailleurs de l'amélioration des structures car les investissements agricoles, souvent lourds en machine et installations, peuvent être mieux amortis sur des surfaces plus importantes.

On ne voit dès lors pas comment on pourrait « simplifier » l'acquisition de terres agricoles par des personnes extérieures à la paysannerie en place. La possibilité de reprendre à la valeur de rendement au sein de la famille est une institution profondément ancrée dans la tradition helvétique. Il semblerait

difficile d'y renoncer, sauf à empêcher les reprises familiales. Mais il s'agit là d'une question politique et non juridique.

La suppression de l'exigence d'une exploitation à titre personnel pour acquérir des terres agricoles ouvrirait certainement la porte à une modification structurelle majeure de l'agriculture car des entreprises, institutions ou entités politiques pourraient se précipiter dans cette brèche au détriment d'une paysannerie qui n'a pas démerité et que le Constituant souhaite maintenir en place pour les raisons évoquées tout au long de cet avis

La conclusion est claire. Le système en place pour l'acquisition des terres agricoles est adéquat et conforme à la volonté constitutionnelle et législative. Il n'empêche par ailleurs pas de nouveaux venus, qui ne sont pas issus d'un cercle paysan familial, d'acquérir des terres, s'il y en a à disposition. Mais cette disponibilité n'est pas le fait du législateur !

7. *Interpellation 18.3486 Marianne Streiff-Feller « Paiements directs pour les exploitations agricoles d'institutions sociales »*

Dans son interpellation, la Conseillère nationale rappelle que les paiements directs ne peuvent en principe pas être versés aux exploitations agricoles d'institutions sociales qui fournissent pourtant des prestations sur le marché, pour l'environnement et la société. Selon elle, ces institutions contribuent à l'approvisionnement alimentaire et au maintien d'un paysage rural ouvert. Elles participent aux programmes d'élevage conforme aux besoins de l'espèce, d'agriculture biologique ou de production de lait et de viande basée sur les herbages.

Elle demande au Conseil fédéral s'il serait possible d'élargir les dérogations permettant à des personnes morales d'obtenir les paiements directs.

Dans son avis du 22 août 2018, le Conseil fédéral rappelle que lors des débats relatifs à la politique agricole 2002, ces questions ont été abordées mais les exploitations « non paysannes » ont été exclues des paiements directs. Il relève que de nombreuses institutions et personnes morales se sont adaptées en affermant leur exploitation ou en trouvant des solutions différentes. Il reconnaît cependant que l'agriculture a connu d'importants changements structurels et économiques depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1999 et l'introduction de la Politique agricole 2002. Il est dès lors disposé à examiner l'interprétation, du point de vue du droit constitutionnel, de la notion d'exploitation paysanne cultivant le sol, à la lumière de ces développements.

Le Conseil national a traité de cette interpellation le 28 septembre 2018.

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, il devrait être possible, en respectant la Constitution fédérale, d'étendre le cercle des bénéficiaires des paiements directs, dans la mesure où ceux-ci accomplissent les tâches dévolues à l'agriculture et en respectent les conditions de base comme les exploitants « paysans ».

8. *Sous-traitance des travaux agricoles. Le recours toujours plus important à l'externe, en particulier à des entreprises de travaux agricoles affaiblit-il la notion « d'exploitation paysanne » et pourquoi ? Est-ce conforme à la Constitution ? Pour quelles raisons ?*

De nombreux agriculteurs font réaliser certains travaux par des « entrepreneurs agricoles ». Ce n'est pas par paresse mais bien parce que c'est une solution souvent économique et efficiente. Elle évite des investissements importants, en installations ou machines. L'entrepreneur agricole, parfois lui-même un agriculteur bien équipé qui arrive à trouver du temps pour s'occuper de ses voisins, rentabilise mieux ses machines en travaillant de plus grandes surfaces. Dans certains cas, il s'agit d'entreprises dédiées uniquement à cette activité. Parfois, c'est un peu des deux.

Dans la mesure où l'agriculteur qui recourt à de tels services reste le maître de son domaine et exécute lui-même l'essentiel des travaux pour la bonne marche de son exploitation, ce mode de pratiquer ne pose pas problème. L'art. 70a, al. 1, let. f LAgr exige d'ailleurs qu'une part minimale des travaux soit accomplie par la main-d'œuvre de l'exploitation. Cette règle est précisée à l'art. 6 OPD selon laquelle les paiements directs ne sont versés que si 50 % au moins des travaux qui doivent être effectués pour la bonne marche de l'exploitation le sont par la main-d'œuvre de celle-ci.

Mais cette pratique de plus en plus courante pose un certain nombre de questions de nature plus technique et économique que juridique. On se borne à les énumérer en vrac au ci-dessous :

- Reste-t-il au propriétaire qui fait travailler ses terres par un tiers un revenu correct une fois qu'il a rétribué l'entrepreneur selon les tarifs ordinaires ?
- Quelles sont les relations entre ce type de contrat et les communautés d'exploitants qui peuvent acquérir machines ou installations en commun ?
- Lorsque des crédits d'investissements au sens de la loi⁵⁷ sont octroyés, la possibilité de faire exécuter des travaux par des tiers en lieu et place d'un investissement lourd est-elle examinée ?
- Dans de telles situations, comment les paiements directs sont-ils ventilés dans la pratique ? Servent-ils à rétribuer l'entrepreneur ou restent-ils, en tout ou partie, dans la poche de l'agriculteur ?
- Dans la pratique, quels sont les tarifs pratiqués par les entrepreneurs agricoles ? Correspondent-ils aux tarifs « officiels » des travaux agricoles pratiqués dans l'agriculture ?
- Existe-t-il une analyse et un rapport concernant cette pratique en Suisse ?

Pour conclure on dira que cette pratique peut se révéler efficiente mais qu'elle ne doit pas, poussée à l'extrême, supprimer l'existence et l'autonomie des exploitations et entreprises agricoles du pays.

⁵⁷ Art. 87 ss LAgr.

N/ Conclusion générale

Il résulte en bref des développements qui précèdent que la notion d'exploitant à titre personnel n'a pas sa place dans le système des paiements directs.

Avant l'introduction des paiements directs dans notre droit agricole, le revenu des exploitants, qu'ils soient des personnes morales (SA, entreprises non agricoles, instituts de recherches, cantons, communes, etc.) ou des agriculteurs, ne provenait que de la vente des produits. En complétant le revenu par des paiements directs, il n'y avait donc théoriquement aucune nécessité de traiter différemment les uns et les autres. Dès lors, dans la mesure où elles remplissent les tâches dévolues à l'agriculture, les personnes morales devraient pouvoir bénéficier des paiements directs. Il convient cependant d'adapter les critères d'attribution aux personnes morales en ce qui touche à l'âge du responsable et à sa formation.

En revanche, la notion d'exploitant à titre personnel doit conserver sa place dans le cadre large du transfert des biens foncier ruraux.

Lausanne, le 15 janvier 2019

Jean-Michel Henny,
avocat, docteur en droit