



EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT

Justizabteilung

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE

Division de la justice

DIPARTIMENTO FEDERALE DI GIUSTIZIA E POLIZIA

Divisione di giustizia

No. J 33 - L

Bitte in der Antwort angeben
A indiquer dans la réponse s.v.p.
Pregasi ripeterlo nella risposta

3003 Berne, le 9 juillet 1974

Direction du droit international
public du
Département politique fédéral

3003 B e r n e

an	Bu					a/s
Datum	12.7					
Visa						
EPD	11.07.74				11	
Ref.	J.B. 14.21.A.O.					✓

V.réf.: s.B. 14.21.A.O. -RC/pm

Monsieur l'Ambassadeur,

Par lettre du 4 avril 1974, vous nous avez soumis, pour avis, une note du 20 mars de l'Ambassade de la République fédérale d'Allemagne concernant le Traité du 6 décembre 1856 entre la Confédération suisse et son Altesse Royale le Grand-Duc de Bade, touchant les conditions réciproques relatives à l'abolition des droits de détraction et autres rapports de voisinage (RS 11, 557; BS 11, 611).

L'Ambassade d'Allemagne demande si le gouvernement suisse tient toujours ledit Traité pour applicable, et si et cas échéant dans quelle mesure il pourrait être abrogé.

1. Il est exact que le Traité n'a jamais été dénoncé.

Comme le relève l'Ambassade d'Allemagne, le gouvernement de la République fédérale considère que le Traité est donc toujours en force; c'est aussi la conclusion à laquelle est arrivé le Tribunal fédéral suisse dans un arrêt du 4 juillet 1955 (ATF 81.II. 319, cause Bertschinger). Tout au moins, le Tribunal fédéral a-t-il constaté que le Traité est toujours réputé applicable (du point de vue suisse comme du point de vue des autorités badoises, dont l'arrêt cite les décisions y relatives), dans ses dispositions de droit civil successoral, soit les articles 3 à 6. Du côté badois, a précisé le Tribunal fédéral, le Traité ne s'applique toutefois que dans les limites de l'ancien land de Bade (frontière d'avant 1934, époque de la transformation des Etats allemands en simples districts administratifs).

Sur la question de la validité du traité, les autorités administratives de la Confédération, soit notamment la division fédérale de la justice, ont fait leur les conclusions auxquelles est arrivé le Tribunal fédéral. A notre connaissance, le Conseil fédéral n'a jamais été appelé à donner son avis.

2. Relevons d'emblée, sur le plan des principes, qu'en matière d'interprétation des Traités internationaux, nous tenons pour judicieux de s'arrêter avant tout au but de la Convention, tel que les Parties l'ont envisagé lors de la conclusion, en s'abstenant d'en étendre l'effet à de nouvelles situations. Dès lors, il faudrait éviter de reconduire ou de maintenir indéfiniment certaines conventions déjà vieilles de plus d'un siècle, ou certaines de leurs dispositions tout au moins, dans la mesure où elles ne sont plus adaptées à l'évolution des faits ou des conceptions juridiques.

Dans cette perspective, nous saisissons l'occasion pour vous signaler ici déjà qu'il serait souhaitable de dénoncer certaines dispositions du chapitre Ier de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des mesures, notamment les articles 5 (successions) et surtout 10 (tutelle). Nous vous ferons prochainement une proposition formelle en ce sens.

3. Pour en revenir au Traité bado-suisse, conclu alors que le Grand Duché de Bade formait l'un des Etats de la Confédération germanique, ses dispositions peuvent être classées comme suit:

- Exemption de certains droits: art. 1 et 2;
- Garantie de la propriété privée aux ressortissants de l'autre Etat, notamment en matière de droit successoral: art. 3 et 4;
- Garantie de la propriété privée aux corporations ecclésiastiques ainsi qu'aux corporations publiques de l'autre Etat (voire aux cantons pour la Suisse); art. 9;
- Mesures conservatoires en matière successorale: art. 5;
- Détermination du for successoral et du droit applicable en matière de successions: art. 6.
- Rappelons que l'article 8, relatif à l'exemption du service militaire dans le pays d'établissement et à la soumission aux lois militaires du pays d'origine, qui faisait double emploi avec l'article 4 du Traité d'établissement entre la Suisse et l'Empire d'Allemagne du 27 avril 1876, a été déclaré abrogé par notes des 2 et 6 juillet 1877 échangées entre la Suisse et l'Allemagne, selon mention faite au RS 11 p. 589; BS 11 p. 613 (cf. aussi RO vol. II nouv. série p. 509).

4. Le droit de détraction (Abzug) ou traite foraine était un prélèvement opéré par un Etat sur les biens qui, à l'occasion d'une succession passaient dans l'autre Etat (Abschoss, gabella hereditaria) ou encore l'impôt qu'un bourgeois devait acquitter à son pays lorsqu'il le quittait ou renonçait à son droit de bourgeoisie (Droit de retrait, Abfahrtsgeld), ainsi qu'à l'Etat étranger dans lequel il s'établissait.

Or, ces dispositions du Traité relatives à l'exemption réciproque de la traite foraine, du droit de déduction et du droit d'épaves sont manifestement caduques, ces institutions ayant disparu de nos législations internes - sans doute à tout jamais - notamment en Suisse et en Allemagne. On sait d'ailleurs que la traite foraine a été expressément abolie en Suisse, par l'article 62 de la constitution. Le sens même de cet article échappe, le plus souvent, aux citoyens qui la consultent. Il est significatif que jusqu'au sens des mots "traite foraine" et "droit de déduction", est perdu même pour les gens cultivés.

5. Quant au droit d'épave - autre expression dont le sens n'est plus très clair aux juristes contemporains - il désignait le droit de l'Etat de s'approprier (iure imperii) les héritages sans maître. Or, le contexte de l'article 9 indique que les corporations et fondations ecclésiastiques de chacun des deux Etats n'étaient plus, à l'époque précédant le traité, admises à posséder des biens dans l'autre Etat et qu'en conséquence de tels biens étaient réputés en desherérence et avaient été séquestrés par l'Etat du situs. En rétablissant le droit des anciens propriétaires, ayant leur siège dans l'un des deux Etats, de disposer de leurs biens sis dans l'autre, et en levant dès lors les séquestres qui avaient été prononcés sur ces biens, l'article 9 liquidait sans doute les séquelles d'un épisode du Kulturkampf. Cette disposition avait pour but de mettre fin à une situation juridique exceptionnelle au profit du status quo ante. Elle est évidemment devenue sans objet par la suite.

En pratique, la question de la validité du Traité ne se pose donc vraiment que pour les articles 3 à 6.

6. Les articles 3 et 4 assurent dans chacun des deux Etats contractants, aux ressortissants de l'autre Etat, la garantie de la propriété successorale.

Ils demandent à être brièvement examinés ici sous l'angle des restrictions susceptibles d'être imposées de nos jours aux étrangers, en matière de propriété foncière.

La garantie accordée par le Traité existe-t-elle, dans chacun des deux Etats, en faveur de tout ressortissant de l'autre Etat ou suppose-t-elle, pour jouer, que son bénéficiaire soit établi dans le pays - ou du moins qu'il y ait été précédemment domicilié - ou qu'en cas d'héritage le de cuius y ait été domicilié? Nous penchons nettement pour le premier terme de l'alternative, (qui peut notamment s'appuyer sur un argument d'analogie avec l'article 6) sans néanmoins tenir cette solution pour absolument certaine (l'interprétation du Traité sur ce point permet, croyons-nous, la controverse.)

Certes, selon une interprétation qu'à notre connaissance les autorités de pays liés par un traité d'établissement ont généralement adoptée sous la pression des circonstances, la garantie d'un tel traité ne joue que pour les personnes possédant déjà leur permis d'établissement. A cela, on peut toutefois objecter d'une part que le Traité bado-suisse de 1856 n'est pas, à proprement parler, un traité d'établissement, et d'autre part que l'interprétation restrictive, rappelée ci-dessus, des traités d'établissement reste controversée. C'est d'ailleurs bien pourquoi, dans son arrêté visant à éviter l'accaparement du sol suisse par des étrangers la Suisse a soumis au régime de l'autorisation toute acquisition de biens-fonds par des personnes (soit étrangères et suisses) domiciliées à l'étranger (cf. not. RS 211.412.41/RO 1974, 83), soucieuse d'éviter qu'on puisse lui reprocher de transgresser des traités d'établissement passés avec différents pays (p. ex. Grande Bretagne, Grèce, Turquie). Il est vrai, un amendement du 30 septembre 1965 à l'article 5 de l'arrêté précité a, en fait, libéré les Suisses de l'étranger du régime de l'autorisation.

Quoi qu'il en soit, les articles 3 et 4 du Traité bado-suisse paraissent garantir le droit de disposer d'immeubles précédemment acquis et de recevoir des immeubles par voie d'héritage, mais non pas le droit d'acquérir par achat, donation, échange ou autre acte entre vifs. En d'autres termes, le traité garantit le libre exercice de droits acquis, et concrets, sur des biens et non pas le droit virtuel, et abstrait, de devenir propriétaire (par actes entre vifs). Il découle donc des considérations qui précèdent que l'arrêté fédéral limitant l'acquisition des immeubles par des étrangers domiciliés à l'étranger n'est en principe pas contraire au Traité bado-suisse.

7. Il est un point toutefois sur lequel les articles 3 et 4 du Traité paraissent incompatibles avec ledit arrêté: les articles 3 et 4 du Traité garantissent aux ressortissants badois (légaux ou institués) le droit d'acquérir en nature et de disposer de tous bien immobiliers sis en Suisse leur revenant par héritage (à titre d'héritiers légaux ou institués), alors que l'article de l'arrêté fédéral du 24 mars 1961/21 mars 1973 soumet cette acquisition en nature à autorisation pour les héritiers institués.

8. Il convient aussi d'examiner les incidences que pourrait avoir la suppression des articles 3 et 4 du Traité (garantie de la propriété sur les biens acquis) à l'égard des possédants suisses dans le Pays de Bade.

Le Pays de Bade jouxte la frontière suisse; on doit donc supposer que d'assez nombreux Suisses des cantons frontières possèdent ou acquièrent des immeubles dans l'ancien Grand-Duché, encore que d'autres régions attirent nos compatriotes. Au cas où l'Allemagne viendrait à prendre des mesures restreignant les droits des étrangers, en matière de propriété immobilière, les Suisses pourraient théoriquement, suivant la nature de ces mesures, se réclamer éventuellement des articles 3 et 4 du Traité.

Mais rien n'indique que la République fédérale d'Allemagne - pays neuf fois plus grand que la Suisse et exerçant une attraction bien moindre qu'elle sur les vacanciers étrangers amateurs de résidences secondaires, voire sur les étrangers à la recherche de placements immobiliers - envisage de prendre des mesures visant à restreindre la propriété immobilière des étrangers. Au reste, si elle était amenée à le faire, elle prendrait sans doute des mesures restreignant le droit d'acheter des immeubles - hypothèse non visée par le Traité bado-suisse - plutôt que de restreindre le droit de disposer d'immeubles déjà acquis. Pour ces raisons déjà les intérêts immobiliers - effectifs ou virtuels - que des compatriotes peuvent avoir dans le Pays de Bade, ne nous paraissent pas commander le maintien des articles 3 et 4 du Traité.

9. L'article 5 du Traité stipule en substance que lorsqu'un de cujus ressortissant d'un des Etats contractants laisse des biens dans l'autre Etat, les autorités compétentes du situs doivent prendre les mesures conservatoires utiles, en l'absence des héritiers.

A notre connaissance, dans nos droits contemporains, l'obligation pour les autorités successorales du situs de prendre des mesures conservatoires, dès qu'elles ont connaissance du décès du de cujus, résulte déjà des législations civiles nationales (et à défaut des principes généraux du droit), qui ne font pas de différence à ce propos entre de cujus indigènes ou étrangers. Telle est notamment le cas de l'Allemagne et de la Suisse. (Quant à savoir si cette règle est toujours respectée en pratique, c'est une autre question!). Plusieurs traités consulaires ou d'établissement passés par la Suisse contiennent des règles analogues, ou vont même plus loin, en ce qu'ils font obligation aux autorités locales d'aviser le représentant consulaire de la nation à laquelle appartenait le défunt (p. ex. art. XI du Traité d'amitié et de commerce du 4 novembre 1937 entre la Suisse et le Siam). Mais là encore, de telles règles ne font que consacrer expressément une pratique à notre avis générale. Notons que l'article V du Traité s'applique aussi dans le cas où la succession d'un ressortissant de l'autre Etat s'ouvre dans le pays du situs; il est évident en pareil cas qu'il appartient de toute façon à l'autorité du lieu d'ouverture de la succession de prendre les mesures conservatoires utiles.

10. En résumé, vu que les autorités successorales du Pays de Bade (comme d'ailleurs celles de l'Allemagne en général) sont réputées traiter les affaires avec sérieux et une relative célérité, vu surtout que dans l'Allemagne entière il incombe de toute façon aux autorités successorales de prendre les mesures conservatoires utiles quant aux biens d'un de cujus suisse décédé domicilié en Allemagne ou hors d'Allemagne, de même qu'en Suisse il incombe aux autorités successorales de prendre les mesures conservatoires relatives à la succession d'un Allemand (Badois ou non) domicilié à son décès soit en Suisse soit à l'étranger, l'article 5 du Traité peut être supprimé sans inconvénients, comme superfétatoire.

11. L'article 6 (détermination du for successoral et de la loi successorale applicable) est sans doute le plus important ou du moins le plus actuel du Traité; il intéresse plus particulièrement la Section de droit international privé de la division de la justice. Toujours applicable - ainsi qu'il ressort notamment de l'ATF Bertschinger précité - il présente cette particularité, assez paradoxale, de déroger à la fois aux règles autonomes de conflit suisses et allemandes.

Les ATF 41.I.334 (Billinger-Ruh) et 81.II.319 (Bertschinger) ont posé que les termes "pays où se trouve la propriété" doivent s'interpréter littéralement en matière immobilière, mais dans le sens de "pays de domicile du de cujus" pour les biens mobiliers. C'est l'interprétation traditionnelle. (La compétence du forum domicilii en matière de successions mobilières correspond d'ailleurs aux conceptions admises en droit international privé et dans les droits civils contemporains.) En l'occurrence, elle a le défaut d'être incompatible avec l'interprétation littérale et ne paraît pas non plus conforme à l'interprétation historique. (cf. Message du Conseil fédéral du 26 janvier 1857 à l'appui du traité; FF 1857 p. 108). Elle serait donc, en soi, susceptible d'être remise en question, ce qui n'irait pas sans l'inconvénient pratique de créer des incertitudes juridiques.

A l'alinéa 2, les Parties contractantes ont entendu faire découler implicitement le droit applicable à la succession du for compétent, selon une technique parfois pratiquée à l'époque mais critiquable en soi, du point de vue du droit international privé. (A l'article 17 de la convention d'établissement et consulaire du 22 juillet 1868 entre la Suisse et l'Italie et 5 de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire, les Parties contractantes ont aussi fait découler implicitement le droit applicable du for compétent [en tout cas quant aux successions mobilières en ce qui concerne cette dernière convention]).

Précisons que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'article 6 du traité est aussi applicable en matière de juridiction gracieuse.

12. Quels sont les avantages de l'article 6 du traité?

Ces avantages sont fort minces - au point de vue du droit international privé - depuis l'unification, dans chacun des deux pays contractants, des règles de conflit comme du droit civil.

En particulier, les règles autonomes de conflit allemandes et suisses ne laissent pas non plus place à un conflit de loi ou de juridiction ni positif ni négatif, dans le cas de la succession d'un Allemand (non Badois) décédé domicilié en Allemagne, mais laissant des immeubles en Suisse.

En revanche, dans le cas d'un Allemand du Pays de Bade, décédé domicilié en Suisse, mais laissant des biens en Allemagne, le Traité évite tout conflit, ce qui n'est pas le cas des règles autonomes, dans le cas d'un Allemand, non Badois, décédé aux mêmes conditions. Mais le nouveau code de droit international privé suisse (actuellement au stade des travaux préparatoires), éliminera à n'en pas douter cette source de conflit, qui existe avec l'article 22, 1er alinéa, de la LRDC.

Par ailleurs, l'application de la loi allemande à l'ensemble de la succession d'un Badois domicilié en Suisse à son décès, mais qui avait conservé des immeubles dans le Pays de Bade, pourrait être tenue pour une solution heureuse, du côté badois. Mais on ne doit pas oublier que l'article 22, 2e alinéa, LRDC permet d'aller plus loin. En effet, tout Allemand, Badois ou non, domicilié en Suisse, a la faculté de soumettre sa succession au droit suisse par *professio iuris*, qu'il ait eu ou non des immeubles en Allemagne! (La possibilité pour le *de cujus* étranger de faire une *professio iuris* en faveur de sa loi nationale sera sans doute reprise dans le futur code de droit international privé suisse).

13. Quant aux inconvenients de l'article 6 du Traité, ils sont manifestes!

- Le traité crée une certaine disparité de solutions, selon que les successions internationales "germano-suisse" concernent à un titre quelconque l'ancien Pays de Bade ou le reste de l'Allemagne.

Ainsi on ne voit guère pourquoi, compte tenu de la structure actuelle de l'Etat allemand, la succession d'un Suisse domicilié à Heidelberg (Grand Duché de Bade) de son vivant, et y laissant des biens, doit être soumise à la loi allemande (Traité), alors que celle d'un ressortissant suisse domicilié à son décès à Francfort (Hesse) est soumise à la loi suisse (par le jeu des règles autonomes de conflit suisses et allemandes).

Dans le cas d'un Suisse domicilié à son décès à Karlsruhe, et qui laisserait un immeuble à Francfort, outre des biens à Karlsruhe, mais pas de biens en Suisse, on doit se demander si la succession, soumise à la loi allemande pour les biens de Karlsruhe, ne devrait pas être soumise à la loi suisse pour l'immeuble de Francfort, en vertu des règles autonomes de conflit suisses et allemandes. Le résultat serait paradoxal.

Dans le cas d'un Suisse domicilié à Francfort, mais qui laisserait un immeuble à Fribourg-en-Brisgau, on peut se demander si le traité ne commande pas que la succession soit régie par le droit allemand quant à cet immeuble (*lex rei sitae*), alors que l'ensemble de la succession est régi par la loi suisse (*lex patriae*, selon la solution du droit international privé allemand). Là aussi la situation ne laisserait pas d'être paradoxale.

- Il est fréquent que des juristes se persuadent qu'aucune disposition du traité n'est plus applicable (désuétude ou caducité). Pour erronée qu'elle soit, cette opinion n'en est pas moins révélatrice du peu d'intérêt pratique que présente l'article 6, et du caractère quelque peu artificiel de son maintien.

- Le Grand Duché de Bade n'est plus un Etat aujourd'hui. Il a disparu comme tel en 1934. Son territoire fut scindé en 1945, et l'un des deux morceaux rattaché à un autre Etat (créé sous la dénomination de Wurtemberg-Bade). En 1948 ces deux Etats (ainsi qu'un troisième) fusionnèrent pour former l'actuel Etat de Bade-Wurtemberg.

Or, le Suisse établi aux confins de l'ancienne frontière (d'avant 1934) entre le Pas de Bade et le Wurtemberg ignore peut-être si sa demeure se trouve ou non dans l'ancien Grand-Duché, tout comme il ignore peut-être l'existence du traité. Il risque donc de se méprendre quant au droit applicable à la succession. S'il habite en deçà de l'ancienne frontière badoise, ce sera la loi allemande, pour autant qu'il n'ait pas de biens, au moins immobiliers, en Suisse, alors que ce serait la loi suisse s'il habitait quelques kilomètres plus loin ou ailleurs en Allemagne.

- La question de la nationalité badoise est aussi de nature à causer des mécomptes. (Sur cette notion quelque peu artificielle, de la nationalité badoise, cf. arrêt Bertschinger p. 337). Un Allemand décédé domicilié en Suisse pourrait avoir possédé cet indigénat badois sans s'en être jamais soucié. S'il était propriétaire de biens dans l'ancien Pays de Bade, sa succession risque alors de ne pas se liquider sans litige. Même si l'autorité successorale suisse du dernier domicile connaît l'article 6 du Traité et le sait en vigueur, elle risque de méconnaître la qualité du ressortissant badois du de cujus (et d'ignorer que les immeubles allemands se trouvent sur l'ancien territoire du Grand-Duché). Elle se tiendra donc pour compétente et entendra soumettre la dévolution au droit suisse, en violation du Traité. Cet exemple souligne le caractère plutôt arbitraire de l'aire d'application de la Convention.

14. En résumé, l'article 6 ne soulève guère, de nos jours, qu'inconvénients et incertitudes quant à son application. Il déroge, sans motifs actuels sérieux, aux règles autonomes de conflit suisses et allemandes. Son abrogation paraît souhaitable.

Remarques relatives à l'article additionnel

15. L'article 10 déclarait le Traité applicable pour dix ans, et reconductible ensuite d'année en année, à défaut de dénonciation par l'une des Parties contractantes.

Par acte additionnel des 11 et 14 juillet 1857, les deux Etats sont revenus sur cet article qu'ils ont abrogé. L'acte additionnel a été ratifié en même temps que le Traité lui-même (7 août 1857 pour la Suisse, et 10 août pour l'Allemagne; échange des instruments de ratification le 27 août 1857), cf. RO 1854-57 p. 620/621 et 626).

Il semble que les Parties aient voulu insister, par cette suppression de l'article 10, sur le caractère définitif de l'abrogation des droits de détraction, d'aubaine et d'épaves. Il n'en reste pas moins qu'un Traité conclu entre Etats souverains pour une durée indéfinie peut être dénoncé, surtout si, comme en l'espèce, les deux Parties contractantes sont d'accord pour le faire.

C o n c l u s i o n s

16. Il est compréhensible que les jurisprudences suisses et allemandes aient eu scrupule à tenir le Traité pour implicitement abrogé, notamment en ses articles 3 à 6, par le seul effet du temps et de l'évolution du droit. Les juridictions allemandes et suisses ont sans doute estimé qu'en matière de traités aussi "pacta sunt servanda", que faute d'être dénoncées les dispositions d'une convention restent applicables (dans la mesure où elles ne sont pas sans objet), et qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de les déclarer non avenues.

Au point de vue officiellement adopté, on pourrait objecter qu'un traité ne reste normalement valable, ipso iure, que "rebus sic stantibus", quant à l'identité juridique des Parties contractantes. Il s'agit là de questions complexes de droit international public sur lesquelles nous n'entendons pas nous prononcer ici, mais que nous n'évoquons ici que pour signaler l'éventualité (mais l'éventualité seulement!) d'un revirement de jurisprudence.

17. Il y a donc lieu à notre avis d'approuver la démarche des autorités allemandes proposant de dénoncer le traité du 6 décembre 1856 entre la Confédération suisse et son Altesse Royale le Grand-Duc de Bade, touchant les conditions réciproques relatives à l'abolition des droits de détraction et autres rapports de voisinage.

18. On pourrait éventuellement maintenir l'article 5 (qui correspond aux règles usuelles), mais cela nous paraît néanmoins superflu.

19. Il paraît juridiquement indifférent que le Traité soit dénoncé par l'une ou par l'autre des Parties contractantes. Mais, pour bien marquer que l'abrogation aura lieu d'entente entre les deux Parties, la dénonciation pourrait éventuellement se faire par dénonciations réciproques, intervenant à la même date.

On peut abandonner aux autorités allemandes le soin de décider si, du côté allemand, c'est bien aujourd'hui la République fédérale (et non pas l'Etat de Bade-Wurtemberg) qui doit être considérée comme Partie contractante. En principe, une entente préalable devrait intervenir sur ce point entre la République fédérale et le land de Bade-Wurtemberg.

Veillez agréer, Monsieur l'Ambassadeur, l'assurance de notre très haute considération.

DIVISION FEDERALE DE LA JUSTICE



Dr. W. Baechler