

## Portée des traités d'établissement

### 1. Historique des traités d'établissement

Tout imprégnée de la mystique libérale qui a prévalu dans la seconde moitié du XIXe siècle et jusqu'à la Première guerre mondiale, la Suisse a conclu des traités d'établissement avec de nombreux Etats. Mais, sur le plan de la liberté d'établissement tout au moins, ces traités ont connu une fortune déclinante. Le professeur Macheret résume élégamment leur sort<sup>1)</sup>:

"Revêtus de cette majesté que les philosophes de la Révolution avaient reconnue à la loi, les anciens traités forment un véritable corps de doctrine libérale. Devenus inapplicables aux sociétés complexes et tourmentées d'après-guerre, ils ont reçu une interprétation restrictive les vidant d'une bonne part de leur contenu".

La Suisse a passé près d'une trentaine de ces conventions d'établissement<sup>2)</sup>. En dépit de différences rédactionnelles souvent considérables, elles disent toutes à peu près la même chose<sup>3)</sup>. Les ressortissants de l'un des Etats peuvent s'établir librement dans l'autre (principe de la liberté d'établissement). Ils seront traités quant à leur personne et leurs biens, comme les ressortissants de l'autre Etat (principe de l'égalité de traitement). M.R. Petitmermet<sup>4)</sup> juge sévèrement les textes de ces traités:

---

1) L'immigration étrangère en Suisse à l'heure de l'intégration européenne", p. 108, Genève 1969.

2) Une nomenclature complète figure au Recueil systématique t. XI, pp. 547 ss.

3) J.-F. Aubert: "Le statut des étrangers en Suisse", Revue de droit suisse, p. 219., volume 77, 1958.

4) "Le droit d'établissement des étrangers en Suisse", Revue de droit suisse, p. 109a, volume 42, 1923.



"Il semble difficile du point de vue juridique d'imaginer des textes plus défectueux, une terminologie plus vague et plus imprécise, un manque plus complet d'ordre et d'élémentaire logique".

## 2.1. La notion d'établissement

Dans le langage ordinaire et la terminologie juridique habituelle, le terme d'établissement implique une idée de fixité, de durée, de stabilité. Mais dans ces traités, il n'en est rien. L'établissement signifie "toute forme de présence étrangère sur le territoire des Etats cocontractants"<sup>1)</sup>. Aucune distinction n'est donc à faire entre l'étranger de passage ou en séjour et l'étranger établi, les prescriptions des traités s'appliquant également aux uns et aux autres<sup>2)</sup>. Sous l'angle des migrations, selon Macheret<sup>3)</sup>, les anciens traités règlent toutes les questions relatives au droit des ressortissants de l'une des parties contractantes de sortir de leur pays d'origine, d'entrer, de voyager, de résider sur le territoire de l'autre, de s'y implanter en exerçant une activité économique et de le quitter.

## 2.2. La notion d'égalité de traitement<sup>4)</sup>

Les traités d'établissement ne se bornent pas à régler les questions relatives à l'acquisition et à la perte de l'établissement; ils s'occupent en outre de la condition de l'étranger établi. Soit directement, soit indirectement (par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée), ils consacrent le principe de l'égalité de traitement des étrangers et des Suisses ressortissants d'un autre canton que celui de l'établissement. Pourquoi cette dernière précision? Parce qu'il a toujours été admis qu'il ne peut s'agir que d'une

1) Macheret, op.cit., p. 108

2) Petitmermet, op.cit., p. 111a

3) op.cit., p. 109

4) Petitmermet, op.cit., pp. 123 ss.



égalité de traitement avec les Confédérés, sans quoi l'étranger établi aurait une situation privilégiée par rapport à ces derniers.<sup>1)</sup>

L'égalité de traitement implique notamment que les étrangers pourront exercer au même titre que les nationaux tout genre de commerce ou d'industrie et, d'autre part, qu'ils ne pourront être astreints à des charges, impôts, contributions, taxes, etc., plus élevés que ceux qui sont réclamés aux nationaux. A côté de cela, on trouve d'autres clauses telles que le libre accès devant les tribunaux, le droit de posséder des propriétés mobilières ou immobilières, le droit de disposer de ses biens par vente, donation, testament, etc. ...

### 3. Evolution des traités d'établissement

Contrairement à ce que leur nom laisse supposer, les traités d'établissement ne confèrent pas aux étrangers le droit de venir s'établir en Suisse. Depuis la Première Guerre mondiale, il est entendu, en vertu d'une interprétation généralement admise par convention tacite<sup>2)</sup> et même lorsqu'ils ne contiennent aucune réserve à ce sujet, qu'ils ne font pas obstacle à la mise en oeuvre de prescriptions de police des étrangers.

---

1) Voir par exemple: M.-B. Marti: "Die Handels- und Gewerbe-freiheit der Ausländer in der Schweiz", p. 107, thèse Berne 1963.

2) J.-F. Aubert: "Traité de droit constitutionnel", tome I, no 1035, Neuchâtel 1967, parle d'"interprétation coutumière". Macheret, dans "Les traités d'établissement et les législations nationales de police des étrangers", Cahiers de droit européen 1974, p. 206-208, critique les justifications généralement fournies à l'appui d'une telle pratique restrictive: la pratique des autorités administratives n'a pas soulevé d'objection de la part des Etats étrangers avec lesquels la Suisse est liée; interprétation généralement admise par convention tacite; ou encore, argumentation tirée de la désuétude, de l'abrogation coutumière d'une norme conventionnelle. Selon cet auteur le problème devrait être posé en termes d'"inapplication des traités par suite d'un changement fondamental des circonstances" (clausula rebus sic stantibus).



Le droit à l'établissement, tel qu'il ressort de la lettre des traités, ne pouvait évidemment se concilier avec la nécessité reconnue d'instituer un régime national de police des étrangers. Aussi les principaux traités - ceux conclus avec la France, l'Allemagne et l'Italie - furent-ils dénoncés et tacitement reconduits de trois mois en trois mois, de six mois en six mois s'agissant de l'Allemagne.

L'incohérence d'une solution qui consistait à vider les traités d'une grande partie de leur substance par un gonflement de la clause de style réservant expressément ou tacitement les lois et règlements de police des étrangers, n'échappa pas aux autorités fédérales. Aussi, dans les traités conclus après la Première Guerre mondiale prit-on la précaution d'introduire une réserve expresse relative à l'application des prescriptions de police des étrangers.

Il convient toutefois de préciser que les anciens traités d'établissement ont connu une évolution double et en somme contradictoire. Alors que la liberté d'établissement a été de plus en plus restreinte par les mesures de police que les divers Etats contractants se sont gardé le droit de prendre, l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux n'a cessé de s'étendre<sup>1)</sup>.

C'est la portée actuelle de ces traités - tant sur le plan de la liberté d'établissement que sur celui de l'égalité de traitement - qui constituera le noyau de notre étude.

---

1) Avis du DPF du 29 juillet 1965: "Les aspects de droit international public concernant la question de l'application aux Suisses de l'étranger du régime de l'autorisation pour l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger."



#### 4. La portée actuelle des traités d'établissement

##### 4.1. La liberté d'établissement

Selon une pratique constante, le Conseil fédéral considère que la réglementation sur la police des étrangers fait partie intégrante des lois et règlements de police réservés par les traités<sup>1)</sup>. Sous réserve des obligations qui résultent du droit international général (interdiction de l'arbitraire) ou des traités autres que les traités d'établissement (par exemple, conventions d'immigration conclues avec l'Espagne<sup>2)</sup> et l'Italie<sup>3)</sup>) notamment, l'Etat statue souverainement en matière d'admission des étrangers sur son propre sol. Il a donc ainsi la compétence de déterminer librement à quelles conditions ces étrangers-là pourront se prévaloir d'un traité d'établissement.

"Wenn nämlich das Landesrecht allein über die Aufnahme der Fremden entscheidet, so kann es auch bestimmen, welche Ausländer als aufgenommen gelten und den Niederlassungsverträgen unterstehen" 4)

De même, chez un autre auteur:

"Wenn sich die Aufnahme der Fremden schon nach Landesrecht richtet, so darf dieser auch entscheiden, wer endgültig aufgenommen ist und dem Niederlassungsvertrag untersteht.

----

---

1) JAAC 1956, p. 179; JAAC 1961, p. 127. Voir également ATF 98 Ib 385 et la doctrine citée.

2) ROLF 1961, p. 1004

3) ROLF 1965, p. 406

4) Hauser: " Die den Ausländer in der Schweiz garantierten Freiheitsrechte", p. 140, thèse, Zürich 1961



"Die Schweiz steht aber mit ihrer Praxis nicht allein. Vielmehr handeln auch alle ihre Vertragspartner ähnlich. Es bleibt also nichts anderes übrig, als auch hier anzunehmen, die Staaten hätten ihre Niederlassungsverträge durch konkludente Handlung gegenseitig dahin abgeändert, dass nicht nur Zulassung und Ausweisung dem Landesrecht unterstehen, sondern dass dieses auch bestimmen darf, welche Ausländer es als aufgenommen und den Niederlassungsverträgen unterstehend ansehen will."1)

Aussi convient-il de rechercher les conditions posées par la pratique fédérale à l'invocabilité des traités d'établissement.

Nous savons que les traités d'établissement ne fondent pas un droit à l'établissement. Dans une pratique constante, les autorités fédérales ont réservé aux titulaires d'un permis d'établissement (Niederlassungsbewilligung) - et à ceux-là seulement - le bénéfice des traités d'établissement.<sup>2)</sup>

La doctrine est unanime à invoquer cette pratique:

"Aus allen Darlegungen geht eindeutig hervor, dass die Niederlassungsverträge der Schweiz heute nicht mehr auf alle auf schweizerischem Gebiet anwesenden Angehörigen der andern Vertragsstaaten Anwendung finden, nicht einmal auf alle diejenigen, die sich dauernd auf unserem Staatsgebiet aufhalten. Nach konstanter schweizerischer Praxis beziehen sich diese Verträge nur auf jene Angehörigen der andern Vertragstaaten, die in der Schweiz niedergelassen sind, d.h. auf diejenigen, welche im Besitz einer Niederlassungsbewilligung der zuständigen kantonalen Behörde sind. Dieser Begriff des Niedergelassenen wird also dem schweizerischen Fremdenpolizeirecht entnommen und nicht etwa den betreffenden Staatsverträgen" 3)

---

1) W. Fehrlin: "Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz", p. 81, thèse, Bern 1952.

2) JAAC 22, no 2, 3; JAAC 26, no 80; JAAC 30, no 78.

3) Hauser, op. cit., p. 139-140. Voir également: Marti, op. cit., p. 115; W. Fehrlin, op. cit., p. 80; H.P. Moser: "Die Rechtsstellung der Ausländer in der Schweiz", *Revue de droit suisse*, p. 338, vol. 86, 1967



Le Tribunal fédéral a lui-même constaté - sans la mettre en cause - l'existence d'une pratique aussi restrictive<sup>1)</sup>. Mais une partie de la doctrine se demande si une telle pratique, en dépit du fait qu'elle ne s'est heurtée à aucune objection de la part des Etats contractants, est compatible avec les engagements internationaux assumés par la Suisse. Chacun certes s'accorde désormais à reconnaître qu'un Etat - même lié par un traité d'établissement - a gardé en principe la maîtrise sur ses frontières. Selon ces auteurs, il semblerait toutefois plus conforme à la lettre et à l'esprit des traités, qu'une fois les étrangers admis sur le territoire de l'Etat contractant, celui-ci doive les traiter d'une manière déterminée<sup>2)</sup>. Quoi qu'il en soit, la façon d'agir de la Suisse n'est pas isolée et il faut désormais admettre que les pays contractants ont recouvré leur liberté d'action. Régulant à leur guise l'admission et la sortie des étrangers, les Etats déterminent également lesquels de ces étrangers peuvent bénéficier de ces traités.

Les restrictions considérables apportées aux traités d'établissement n'entraînent en revanche pas qu'ils ont perdu, sur le plan de la liberté d'établissement, toute signification. Par rapport aux ressortissants d'un Etat sans traité, le ressortissant d'un Etat avec lequel la Suisse a passé un traité, une fois qu'il a obtenu un permis d'établissement dans un canton, peut s'établir librement dans les autres cantons et ne saurait se voir opposer un refus d'autorisation (article 14 IV du Règlement d'exécution du 5 mai 1949 de la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers - RS 142.201). En d'autres termes, il jouit de la libre circulation

---

1) Arrêt non publié dans la cause "X contre Regierung des Kantons Graubünden", Chambre de droit public, 28.10.1974.

2) Voir Fehrlin, op.cit., p. 81 et Hauser, op.cit., p. 140



intercantonale, à l'égal des Confédérés.

S'il est une liberté étroitement liée à celle d'établissement, c'est bien la liberté du commerce et de l'industrie<sup>1)</sup>. Celle-ci n'appartient pleinement aux étrangers que lorsqu'ils sont au bénéfice d'un permis d'établissement et originaires d'un Etat avec lequel la Suisse a passé un traité d'établissement<sup>2)</sup>. On voit donc que la liberté du commerce et de l'industrie s'obtient aux mêmes conditions que celle d'établissement. La liberté du commerce et de l'industrie des étrangers titulaires d'un permis d'établissement n'est donc pas d'origine constitutionnelle, mais conventionnelle. Marti relève toutefois que quelques professions restent fermées aux étrangers, même établis et nonobstant les clauses conventionnelles d'assimilation. L'auteur recense de façon très complète les limitations apportées par les cantons ou le droit fédéral<sup>3)</sup>.

Les traités d'établissement n'ont en revanche aucune incidence sur les libertés individuelles autres que celles touchant à l'établissement et au commerce et à l'industrie. Les titulaires de ces libertés-là sont déterminés en premier lieu par le droit constitutionnel et non pas par le droit des traités d'établissement. Certes, l'exercice de ces libertés sera rendu d'autant plus aisé que le statut de l'étranger est "solide" (p. ex. permis d'établissement). Mais les traités d'établissement n'ont, pris en eux-mêmes, pas pour objet de faciliter aux étrangers sur le territoire de l'Etat contractant l'exercice de libertés autres que celle d'établissement et du commerce et de l'industrie.

---

1) Marti, op. cit., p. 84

2) Aubert, Traité no 1005 et 1880, et l'étude déjà citée du même auteur, "Le statut des étrangers en Suisse", p. 140, RDS vol. 77, 1958

3) op. cit., p. 169-180



#### 4.2. L'égalité de traitement

Le droit à l'égalité est inscrit à l'article 4 de la Constitution fédérale. Le texte de l'article 4 n'assure l'égalité qu'aux Suisses. Mais dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral l'a étendu aux étrangers, même domiciliés hors de Suisse, sans qu'il y ait lieu de se demander si la Suisse a conclu un traité d'établissement avec leur Etat national<sup>1)</sup>.

Il ne faut évidemment pas confondre la question de la titularité avec celle du contenu du droit à l'égalité. Ou encore : "tous les titulaires du droit à l'égalité ne peuvent pas prétendre, dans tous les domaines, être traités selon la même règle; ils ont simplement le droit d'être traités comme les personnes qui, eu égard à cette règle, sont dans une situation analogue à la leur<sup>2)</sup>.

Le Tribunal fédéral<sup>3)</sup> et le Conseil fédéral se fondent sur le principe que les clauses prévoyant l'égalité de traitement - ou le traitement de la nation la plus favorisée, ce qui est, rappelons-le, une façon indirecte d'assurer l'égalité de traitement<sup>4)</sup> - prévues dans la plupart des traités d'établissement conclus par la Suisse, valent également pour ceux des ressortissants d'un Etat contractant qui ne sont pas établis, ou même en séjour, dans l'autre Etat contractant.

C'est ainsi que lors des travaux préparatoires relatifs à l'institution du régime de l'approbation pour l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, les

---

1) ATF 74 I 99; 76 I 116, 78 I 205, 86 I ff

2) Aubert, Traité, no 1787

3) 74 I 99

4) D. Schindler: "Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts", p. 67, Zurich 1957



raisons pour lesquelles il n'était pas possible de ménager la situation des Suisses de l'étranger ont été clairement exposées<sup>1)</sup>. Dès lors que les traités d'établissement consacrent le principe de l'égalité de traitement, il fallait retenir le critère du domicile, c'est-à-dire soumettre au régime de l'autorisation tous les requérants résidant à l'étranger, qu'ils fussent ou non suisses. Un recours au critère de la nationalité - exception en faveur des Suisses de l'étranger - eût constitué une discrimination. Inversément d'ailleurs, dans la défense des intérêts suisses à l'étranger, le Conseil fédéral a adopté le point de vue selon lequel les clauses d'égalité de traitement et de la nation la plus favorisée, contenues dans les traités d'établissement, ne s'appliquent pas seulement aux ressortissants d'un Etat contractant se trouvant sur le territoire de l'autre, mais à tous les ressortissants de cet Etat, quel que soit leur lieu de domicile. Une évolution s'est donc faite, libérale, dans l'interprétation des traités d'établissement, en ce qui concerne l'élargissement de la titularité du droit à l'égalité. En fait, une telle évolution, que ne laisse souvent pas deviner la lettre des traités, a été rendue possible par une interprétation extensive de l'article 4 de la Constitution fédérale, soit une assimilation jurisprudentielle de l'étranger au national fondée sur l'"essence de l'Etat de droit moderne."<sup>2)</sup>

---

1) Voir Feuille fédérale 1960 II p. 1263 ss et 1964 II pp. 1300 ss

2) ATF 41 I 148, cité par Aubert "Le statut des étrangers en Suisse", p. 222. D'une façon générale, d'ailleurs, le Tribunal fédéral plutôt que de prescrire l'égalité de traitement - notion positive - des étrangers, s'est davantage attaché à proscrire le déni de justice ou l'arbitraire - notion négative - commis à leur détriment.



Les traités d'établissement ont, au fond, pour fonction désormais de préciser le contenu du droit à l'égalité. Nous savons qu'ils ne font pas obstacle à la mise en oeuvre des prescriptions de police des étrangers. Celles-ci porteront donc un coup sensible au principe de l'égalité de traitement lorsque ce principe est invoqué à l'appui d'une requête tendant à une activité dont l'exercice implique la présence physique en Suisse du requérant. Mais les traités prendront toute leur signification chaque fois que l'avantage sollicité n'est pas lié à leur présence en Suisse: législation fiscale, législation sur les changes, acquisition d'immeubles ou de biensmeubles, protection juridique.

#### 4.3. Cas spécial

Il arrive que la loi fasse dépendre l'octroi de certains droits ou la mise en oeuvre de certains avantages pour l'étranger en Suisse, de l'existence d'un traité d'établissement. A cet égard, le cas des voyageurs de commerce étrangers - mais peut-être est-il le seul ? - désirant exercer leurs activités en Suisse mérite une mention particulière.

Selon l'article 5, 3e alinéa, de la loi fédérale du 4 octobre 1930 sur les voyageurs de commerce<sup>1)</sup>, l'obtention d'une carte de légitimation pour voyageurs au détail de maisons étrangères est soumise à une double condition, outre quelques exigences de nature formelle (présentation de certains documents). Le requérant doit avoir accompli les formalités relatives à la police des étrangers. Il faut en second lieu qu'il y ait un engagement international, c'est-à-dire que le voyageur travaille pour une maison dont le siège est situé dans un Etat avec lequel la Suisse est liée par un traité d'établissement. C'est ainsi que pat

---

1) RS 943.1



C'est ainsi que par lettre du 23 novembre 1976 au Directeur de la police fédérale des étrangers, la Direction du droit international public est arrivée à la conclusion que le traité d'amitié, de commerce et d'établissement conclu avec le Royaume-Uni<sup>1)</sup> constitue un engagement international au sens de l'article 5, 3e alinéa, de la loi précitée. Un tel engagement contraint donc les autorités suisses compétentes à délivrer une carte de légitimation aux voyageurs de commerce de maisons établies à Hong-Kong - le traité conclu avec le Royaume-Uni est applicable à ce territoire - et à leur permettre ainsi d'exercer leurs activités en Suisse, pour autant notamment que soient franchis les obstacles tenant aux prescriptions de police des étrangers. Or, conformément à l'article 2, chiffres 4 et 8, du Règlement d'exécution du 5 mai 1949 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers<sup>2)</sup>, un séjour qui n'excède pas huit jours par période de trois mois n'est pas soumis à autorisation.

L'exemple qui précède montre que l'obligation assumée par la Suisse d'accepter que durant quelques jours - au maximum huit - des voyageurs de commerce de maisons étrangères puissent y exercer leurs activités ne tire pas son origine du droit international coutumier, ni de l'ordre juridique interne suisse (la liberté du commerce et de l'industrie n'appartient en principe pas aux étrangers)<sup>3)</sup>, mais bien d'un traité d'établissement.

---

1) RS t XI, p. 629 ss

2) RS 142.201

3) ATF 47 I 50



## 5. Conclusions

Le droit international général n'oblige pas un Etat à traiter dans ses lois les étrangers vivant sur son territoire exactement comme ses propres ressortissants. Il suffit qu'il leur accorde le "minimum de droits reconnus par la communauté des peuples"<sup>1)</sup>.

Notre ordre juridique est allé au-delà de ce "standard minimum" en étendant de façon libérale les droits accordés aux étrangers, à telle enseigne qu'un auteur n'a pas jugé téméraire de suggérer que les traités d'établissement étaient devenus "inutiles"<sup>2)</sup>. La chose n'est pas sûre, parce que si la réserve des prescriptions de police des étrangers en ont singulièrement entamé la portée, ils n'en régissent pas moins, favorablement, le statut général des étrangers en Suisse. Ils constituent aussi davantage qu'une source formelle du droit des étrangers, ainsi que l'exemple des voyageurs de commerce de maisons établis à Hong-Kong l'a prouvé. Enfin, les traités d'établissement visent également le statut des Suisses à l'étranger. C'est ainsi que nos compatriotes doivent peut-être à ces traités d'avoir obtenu certains avantages, par exemple dans le domaine de la liberté d'établissement et celui qui lui est lié de la liberté du commerce et de l'industrie. Dans les Etats où le statut général de l'étranger fait l'objet d'une pratique libérale, les traités d'établissement perdent sans doute de leur incidence. En revanche, là où les droits ne sont que parcimonieusement accordés aux étrangers, comme là où ces droits se trouveraient soudain contestés, les traités en question conservent encore leur importance. D'ailleurs même dans

---

1) Message du Conseil fédéral concernant l'institution du régime de l'approbation pour le transfert de biens-fonds à des personnes à l'étranger, Feuille fédérale 1960, t. II, p. 1263.

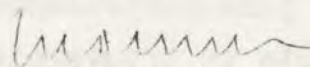
2) Aubert, "Le statut des étrangers en Suisse", p. 250



nos relations avec nos pays voisins, nous avons été amenés à les invoquer. En 1947, l'Italie a introduit un impôt extraordinaire sur le patrimoine. Sur la base de l'article 5 de la Convention d'établissement et consulaire du 22 juillet 1868<sup>1)</sup>, la Suisse obtint pour ses ressortissants, peu importe leur domicile ou leur résidence, que fussent appliquées les clauses prévoyant l'égalité de traitement et le traitement de la nation la plus favorisée. En 1917, l'Italie se proposait de lever un impôt de guerre personnel extraordinaire auprès des administrateurs suisses de sociétés anonymes italiennes qui n'étaient pas fixés dans la Péninsule. Le gouvernement italien se rangea finalement à la manière de voir des autorités fédérales pour lesquelles l'article 4 du Traité mentionné ci-dessus visait également les Suisses qui n'avaient pas leur domicile en Italie et abandonna ses prétentions à l'égard des administrateurs suisses de sociétés italiennes<sup>2)</sup>.

En résumé, les traités d'établissement constituent encore un élément de la réglementation du statut des étrangers en Suisse. Ceux-ci ont certes connu une fortune déclinante. Mais les prescriptions édictées en matière de police des étrangers n'ont pas privé les traités en question de toute efficacité. Et les exemples précédents nous ont paru propres à écarter le reproche d'"inutilité".

Direction  
du droit international public  
e.r.

  
(Monnier)

1) RS, t.XI, p. 649

2) Salis-Burckhardt, "Le droit fédéral suisse", vol. IV, No 1869 I, p. 339-340. Les deux exemples italiens sont d'ailleurs repris de l'avis du DPF du 29 juillet 1965, cité sous chiffre 1, p.4.