

JAAC 58.131

Direction du droit international public, 4 octobre 1993; également paru dans «Pratique suisse 1993», N° 4.2, Revue suisse de droit international et de droit européen 5/1993

Nationalité des sociétés.

Ni les traités d'établissement bilatéraux conclus par la Suisse, ni le droit international coutumier n'établissent de critère déterminant la nationalité d'une société.

Nationalität der Gesellschaften.

Weder die durch die Schweiz abgeschlossenen Niederlassungsverträge noch das internationale Gewohnheitsrecht legen ein für die Nationalität einer Gesellschaft massgebliches Kriterium fest.

Nazionalità delle società.

Né i trattati di domicilio conclusi dalla Svizzera né il diritto internazionale consuetudinario fissano un criterio determinante per la nazionalità di una società.

1. La loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE, RS 211.412.41) fait dépendre d'une autorisation l'acquisition d'immeubles situés en Suisse par des personnes physiques «qui n'ont pas le droit de s'établir en Suisse» et par des sociétés «qui ont leur siège

statutaire et réel à l'étranger» ou dont le siège se trouve en Suisse mais «dans lesquelles des personnes à l'étranger ont une position dominante» (art. 5 § 1 let. a-c LFAIE). Or de nombreux instruments internationaux auxquels la Suisse est ou pourrait devenir partie interdisent toute discrimination ainsi fondée sur la nationalité. Dans le cadre d'une révision de cette loi, il est donc prévu de retenir désormais comme critère de l'assujettissement à autorisation le domicile, respectivement le siège à l'étranger de l'acquéreur, suivant que l'on aurait affaire à des personnes physiques ou morales à l'étranger.

Il se trouve cependant que dans les relations internationales, le siège d'une personne morale - ou plus généralement d'une société - détermine souvent sa nationalité (ou plus exactement son lien de rattachement national à tel ou tel Etat). La question se pose dès lors de savoir si le nouveau critère du domicile ou du siège serait véritablement de nature, s'agissant de sociétés, à éviter toute discrimination liée à la nationalité, ou si au contraire on pourrait reprocher à la Suisse de continuer à enfreindre ses engagements internationaux, en pratique sinon en théorie, dans la mesure où, au travers du critère du siège, ce seraient en fait les sociétés de nationalité étrangère qui seraient touchées.

2. Les principaux instruments internationaux auxquels la réglementation en vigueur contrevient actuellement sont les traités d'établissement conclus par la Suisse, entre autres, avec la plupart des pays occidentaux. Il est admis que ces accords, qui se réfèrent d'une façon générale aux «ressortissants» des parties contractantes, sont applicables aux personnes morales aussi bien que physiques (cf. *Walter A. Stoffel*, *Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegenüber den Ausländern*, *Etudes suisses de droit international*, vol. 17, p. 212-215). On ne peut guère en tirer, néanmoins, d'indications sur le critère à prendre en considération pour déterminer le lien de rattachement national d'une société à telle ou telle partie contractante (sur cette problématique, voir *Lucius Caflisch*, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye 1969, p. 26-28, et *R. Preiswerk*, *La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*, Zurich 1963, p. 49-50).

3. Le droit international coutumier ne connaît pas, lui non plus, de règle autonome concernant la nationalité des sociétés. Il renvoie sur ce point à la *lex causae*. Comme le note Caflisch, en effet, «la <nationalité> des sociétés de capitaux et de personnes est déterminée par référence à la législation de l'Etat dont la <nationalité> est en cause. Cette <nationalité> est opposable à des Etats tiers - et doit être reconnue par eux - si elle est basée sur l'un (ou plusieurs) des éléments suivants: incorporation ou constitution, siège administratif réel, centre d'exploitation, contrôle, ou sur tout autre critère qui revêt une certaine effectivité minimum. Ce principe appelle une seule réserve: la <nationalité> conférée à une entité par un Etat sur la base du critère de l'incorporation ou de la constitution est inopposable à l'Etat dont les ressortissants exercent un contrôle direct ou indirect sur la société» (op. cit., p. 145-146). En cas de nationalités multiples, le lien de rattachement national le plus effectif devrait prévaloir (*Lucius Caflisch*, *The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 31, 1971, N° 1-2, p. 177-178 et références citées).

Il est vrai que dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd.*, la Cour internationale de Justice (CIJ) a jugé que le lieu de l'incorporation d'une société déterminait la nationalité de celle-ci de façon prédominante (CIJ, Recueil 1970, p. 42). La Cour a toutefois admis que ce critère n'était pas nécessairement exclusif. En tout état de cause, le point de vue de la CIJ demeure controversé et, au surplus, le critère de nationalité qu'elle a privilégié n'est précisément pas le siège de la société.

4. Il apparaît en conséquence que ni le droit international coutumier, ni les traités d'établissement bilatéraux ne consacrent le siège d'une société comme déterminant la nationalité de cette dernière.

Le fait qu'un Etat cocontractant à un traité d'établissement ait opté en ce qui le concerne, le cas échéant, pour un tel critère ne saurait à l'évidence engager la responsabilité de la Suisse au titre des dispositions de la LFAIE. De son côté, la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291) a adopté le principe du rattachement par le lieu de l'incorporation (art. 154); par ailleurs, nos accords de protection des investissements consacrent généralement le principe du contrôle à côté de celui du siège des sociétés.

Sous l'empire de la nouvelle réglementation de l'acquisition d'immeubles, les sociétés dont le siège est à l'étranger seraient soumises au régime de l'autorisation même si leur capital se trouve en mains suisses ou qu'elles sont contrôlées de toute autre façon par des ressortissants suisses; inversement, les sociétés domiciliées en Suisse seraient, en tant que telles, exemptes de l'autorisation quand bien même elles seraient dominées par des ressortissants étrangers.

On peut ainsi conclure que les nouvelles dispositions prévues auraient non seulement pour but, mais aussi pour effet d'éviter toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'application de la LFAIE. Elles seraient dès lors conformes aux engagements internationaux contractés par la Suisse.

JAAC 58.131 - Direction du droit international public, 4 octobre 1993; également paru dans «Pratique suisse 1993», N° 4.2, Revue suisse de droit international et de droit européen 5/1993

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1994
Année	
Anno	
Band	58
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 002 051

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.