



Institut suisse de droit comparé  
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung  
Istituto svizzero di diritto comparato  
Swiss Institute of Comparative Law

# ISDC's Letter

Mars 2005 – N° 3

Editeurs: [Bertil Cottier](#), [Jarka Looks](#), [Eleanor Ritaine](#), [Eva Lein](#), [Alfredo Santos](#)

Dorigny – 1015 Lausanne – Suisse  
Tél. 0041 (0) 21 692 49 11 – fax 0041 (0) 21 692 49 49  
[www.isdc.ch](http://www.isdc.ch) – [secretariat.isdc-dfjp@unil.ch](mailto:secretariat.isdc-dfjp@unil.ch)

## Dans cette édition

### Sommaire

- Droit de la famille
- Droit des obligations
- Droit du travail
- Droit financier
- Droit des nouvelles technologies
- Droit pénal
- Droit public
- Droits fondamentaux
- Organisation judiciaire
- Procédure civile

### Actualités de l'Institut

- Agenda

## Information

Si vous souhaitez être directement informé de la parution de l'ISDC's Letter, nous vous prions d'adresser un e-mail à [Christiane Serkis](#), adjointe à la communication.

Les liens Internet proposés dans l'ISDC's Letter sont actifs à la date de sa publication, nous ne garantissons pas leur pérennité.

## Editorial

L'Institut joue et gagne! Pour sa première participation à un appel d'offres de l'Union européenne, l'ISDC a remporté le mandat d'étudier la législation et la jurisprudence en matière de casinos, de loteries et de paris des 25 pays membres, et ce, sous l'angle de leurs entraves à la libre circulation des services. L'Institut devra établir un rapport pour le 31 juillet de cette année; l'aspect économique de cette vaste étude pluridisciplinaire a été sous-traité au [Center for the Study of Gambling de l'Université de Salford](#) (Manchester).

Certes, la thématique fera sourire plus d'un. C'est oublier que les jeux de hasard sont une activité économique controversée dont le régime diverge profondément d'un Etat à un autre. Ici on privilégie la libre entreprise, là on limite les opérateurs pour des questions de moralité, ailleurs on se préoccupe avant tout d'allouer les formidables revenus générés à des tâches d'intérêt public. A quoi il faut ajouter la lutte contre le blanchiment d'argent et la protection des mineurs ou des joueurs maladifs. Autant dire que la question est complexe.

Si complexe que jusqu'alors l'Union Européenne s'était bien gardée de toute tentative d'harmonisation en la matière. La préparation d'une directive sur la fourniture des services, de même qu'une récente décision de la Cour de justice des communautés ([l'arrêt Gambelli C-243/01](#) qui s'en prend aux monopoles étatiques dans le domaine du jeu) la force à intervenir. D'où notre mandat.

Ce mandat – de loin le plus lucratif qui ait jamais été attribué à l'Institut – n'est pas seulement une bonne affaire sur le plan comptable. C'est aussi une excellente opportunité de se faire connaître à Bruxelles et partant de se voir confier d'autres études. Car dans toute matière où les approches des Etats membres sont diamétralement opposées, une institution scientifique établie dans un pays qui n'est pas partie prenante a une solide carte à jouer.

Bertil Cottier, directeur a.i.

## Sommaire

### Droit de la famille

#### Allemagne

##### **Contestation de paternité – analyses ADN clandestines**

Le BGH a rendu en janvier deux décisions ([BGH XII ZR 60/ 03](#) - [BGH XII ZR 227/03](#)) relatives aux conditions de recevabilité de la preuve par test ADN dans le cadre d'actions en contestation de paternité. Il a affirmé que ce type de test ne peut constituer un moyen de preuve recevable que s'il a été effectué avec le consentement de la mère ou de l'enfant lui-même s'il peut valablement l'exprimer. En effet, à défaut, de tels tests constituent une violation du droit de disposer librement de soi-même. Ce droit fondamental ne doit pas être écarté par l'intérêt du prétendu père à connaître le lien biologique qui l'unit à l'enfant.

Ce thème est d'autant plus d'actualité qu'il entre dans le champ matériel du [projet de loi relatif au diagnostic génétique](#).

##### **Validité des contrats de mariage**

A l'occasion de l'arrêt [XII ZR 238/03](#) du 12.1.2005 le BGH a consolidé sa jurisprudence relative à la validité des contrats de mariage en reprenant les principes qu'il avait déjà énoncés dans son jugement [XII ZR 265/02](#).

Les clauses du contrat de mariage ne doivent pas contrevenir aux dispositions impératives régissant les conséquences du divorce et conduire à un déséquilibre important en défaveur d'une des parties. En l'espèce, le BGH a affirmé qu'une disposition contractuelle prévoyant l'exclusion de toute participation aux divers frais d'aliments ainsi que d'une répartition des droits à la retraite n'était pas moralement condamnable en considération de deux critères: d'une part les ex-époux n'avaient pas d'enfant et le litige intervenait alors qu'ils étaient trop âgés pour en avoir et, d'autre part, ils avaient tous les deux cotisé personnellement au titre de la prévoyance professionnelle.

#### Grande Bretagne

##### **Union civile homosexuelle**

Le 18 octobre 2004 le [Civil Partnership Act 2004](#) a reçu le consentement royal. L'union civile est ouverte à deux personnes du même sexe dont aucune n'est déjà en union civile ou légalement mariée, ni âgée de moins de 16 ans, ni ne se trouve dans un lien de parenté prévu par le [Schedule 1](#). Cette loi modifie en particulier le [Wills Act 1837](#).

#### Israël

##### **Fécondation artificielle – couple non marié – sperme du partenaire déjà marié**

Un couple non marié, cohabitant depuis six ans et ayant un enfant commun, s'est vu refuser une insémination artificielle au motif que le partenaire donneur de sperme était marié à une autre femme. La loi sur l'insémination artificielle prévoit en effet que, lorsque le donneur de sperme n'est pas anonyme, il ne doit pas être marié avec une autre femme.

Le 15 février 2005, le Tribunal de famille du district de Tel-Aviv a toutefois autorisé cette insémination en soulignant que la situation du couple constituait une exception à la loi sur l'insémination artificielle.

[Affaire 56170/04](#) (site payant)

#### Pérou

##### **Filiation paternelle hors mariage – test ADN**

Le Congrès de la République a adopté, le 7 janvier 2005, une loi qui fixe la procédure judiciaire d'établissement du rapport de filiation paternelle hors mariage ([Ley N° 28457](#)). Celui qui a un intérêt légitime à obtenir une déclaration de paternité peut formuler une requête devant le Juge de paix. Si le père putatif ne fait pas opposition dans un délai de 10 jours, la requête sera considérée comme une déclaration judiciaire de paternité. En cas d'opposition, on procédera, dans les 10 jours qui suivent, à un test ADN sur le prétendu père, la mère et l'enfant.

Cette loi modifie l'alinéa 6 de l'article 402 du Code civil aux termes duquel le rapport de filiation paternelle avec le prétendu père sera judiciairement établi par la preuve du test ADN, génétique ou scientifique. Toutefois, cette présomption ne s'appliquera pas à l'enfant d'une femme mariée lorsque le mari n'a pas contesté sa paternité. Le Juge ne tiendra pas compte de ces présomptions lorsque un test, génétique ou autre ayant une validité scientifique égale ou un degré de certitude plus élevée, aura été réalisé.

## USA

### Mariage homosexuel

Un juge de Manhattan a déclaré inconstitutionnelle la loi New Yorkaise interdisant le mariage entre deux personnes du même sexe et a ordonné aux greffiers de la ville de New York de cesser de refuser d'octroyer des «autorisation de mariage» (mariage licenses) à ces couples.

*Hernandez v. Robles*, 103434/2004.

## Droit des obligations

## USA

### Dommmages punitifs – violation de contrat

La Cour Suprême de Californie a décidé (*Robinson Helicopter Company, Inc. v. Dana Corporation*) qu'il convenait de dissocier le comportement frauduleux d'un contractant, résultant de la fourniture de faux certificats, de la violation du contrat par ce même contractant, résultant de la fourniture d'objets défectueux. Elle a ainsi ordonné l'octroi de «dommages punitifs». Cette décision est fortement critiquée pour avoir permis d'engager la responsabilité civile du contractant (Tort Law) en plus de sa responsabilité contractuelle (Contract Law) dans l'hypothèse d'une violation d'un contrat.

### Responsabilité civile – litige «test» de résolution à l'amiable avec l'industrie du tabac

Une Cour d'appel de l'Etat de Floride a accordé à une hôtesse de l'air un montant de \$ 500'000.-- de dommages et intérêts en compensation de ses troubles ORL dus à l'inha-

lation passive de fumée de tabac à l'époque où il n'était pas encore interdit de fumer dans les cabines. Suite à l'arrangement à l'amiable avec l'industrie du tabac, un système de «mini procès» a été mis en place afin de permettre à un jury de fixer le montant d'une telle compensation. Le lien de causalité entre le tabagisme passif et certaines maladies étant présumé, le jury devait se prononcer uniquement sur l'existence d'une telle maladie chez l'hôtesse et sur son exposition à la fumée sur son lieu de travail. Toutefois, les fabricants de cigarettes soutenaient que les jurys devaient également se prononcer sur le lien de causalité. Les juges de la Cour d'appel ont rejeté cet argument.

*Philip Morris v. French*, Court of Appeals for the 3rd Circuit, Docket N° 02-2772, opinion filed Dec. 22, 2004

## Droit du travail

## Autriche

### Travail dissimulé organisé

Le 1<sup>er</sup> mars 2005 est entrée en vigueur la loi relative à la fraude sociale qui combat le travail dissimulé (*Sozialbetrugsgesetz*). Cette loi aggrave les sanctions civiles et pénales à l'encontre des employeurs. En particulier, deux nouvelles normes ont été introduites dans le Code pénal, à savoir:

L'article 153d qui prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans pour l'employeur qui omet de manière frauduleuse de verser les cotisations sociales.

L'article 153e qui réprime le travail dissimulé organisé par une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans. Les comportements incriminés sont constitués par:

- celui qui, de manière professionnelle, recrute ou fournit de la main d'œuvre sans la déclarer à l'assurance sociale ou celui qui n'a pas l'autorisation d'exercer cette activité professionnelle
- celui qui, de manière professionnelle, emploie ou sous-traite un nombre important de travailleurs non déclarés
- celui qui, de manière professionnelle, dirige un nombre important de travailleurs non déclarés.

## France

### Refonte du Code du travail

Conformément au calendrier fixé par l'article 92 de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ([Legifrance](#)), les travaux de réécriture à droit constant du Code du travail ont commencé le 15 février dernier sous le contrôle de la Direction des relations du travail. Cette réécriture devra être achevée en mars 2006.

### Modification du contrat de travail pour motif économique

La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ([Legifrance](#)) modifie la réglementation applicable en droit du travail, notamment en ce qui concerne la définition du licenciement économique. Désormais, en cas de proposition de modification du contrat de travail pour un motif économique, seul le refus par le salarié d'une modification d'un élément essentiel de son contrat constitue un motif économique de licenciement (art. L. 321-1 modifié du Code du travail). L'employeur devait auparavant mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) dès lors qu'il proposait à plus de 10 salariés la modification de leur contrat de travail pour un motif économique. Le PSE ne s'impose plus que lorsque au moins 10 salariés refusent la modification d'un élément essentiel de leur contrat proposée pour un motif économique et que leur licenciement est envisagé (art. L. 321-1-3 modifié du Code du travail).

## Droit financier

## Espagne

### Prévention du blanchiment d'argent – banque électronique, Internet

Le 21 janvier 2005, le gouvernement espagnol a adopté le Real Decreto 54/2005 ([BOE núm. 19 2573 – BOE núm 22 2955](#)) qui modifie le règlement d'application de la loi 19/1993 du 28 décembre 1993 sur certaines mesures de prévention du blanchiment d'argent et d'autres normes relatives à la régulation du système bancaire, financier et d'assurance.

L'une des principales nouveautés résulte de l'obligation d'insérer les données du donneur d'ordre dans les virements internationaux et de sauvegarder, sur toute la chaîne de paiement, les données des différents donneurs d'ordre. Pour les virements provenant d'autres pays et n'incluant pas lesdites données il faut procéder à un examen spécial de ces opérations. Une autre nouveauté réside dans la réglementation des transactions à distance, banque électronique et Internet. En particulier, l'ouverture d'un compte ou l'exécution d'opérations hors la présence du client ne sera possible que si ce dernier s'identifie au moyen d'une signature électronique ou si le premier versement provient d'un autre établissement financier.

## Droit des nouvelles technologies

## France

### Condamnation en référé de deux moteurs de recherche

Le Tribunal de grande instance de Nanterre a rendu deux ordonnances de référé, l'une à l'encontre de la société Google le **16 décembre 2004**, et l'autre à l'encontre de la société Overture le **17 janvier 2005 en raison d'une utilisation abusive de marques protégées**. Le Tribunal a ordonné à *Google France* de supprimer de sa rubrique *Adwords* les noms Meridien et le Meridien, mots clés suggérés par son système de réservation d'annonces publicitaires. Par ailleurs, le Tribunal a condamné Overture à verser €200 000.-- de dommages et intérêts pour contrefaçon et usage illicite de marques du groupe Accor et pour avoir permis à des concurrents d'encherir sur des mots clés contenant les marques protégées de ce groupe.

## Droit pénal

## USA

### Abolition de la peine de mort – mineurs âgés de moins de 18 ans

Le 1<sup>er</sup> mars 2005, la Cour suprême, dans l'affaire [Roper v. Simmons](#), a décidé qu'il est contraire aux **8ème et 14ème Amendements** de la **Constitution** de condamner à mort des délinquants âgés de moins de 18 ans au moment où ils ont commis leurs crimes.

## Droit public

### Portugal

#### Forces et services de sécurité – utilisation de caméras vidéo

La loi n° 1/2005 relative à l'utilisation des caméras vidéo par les forces et services de sécurité dans les locaux publics d'utilisation commune, a été publiée le 10 janvier 2005 dans le [Diário da República](#). Cette loi s'applique aux caméras fixes, portables et autres moyens analogues qui permettent la réception et l'enregistrement d'images et de sons ainsi que leur traitement ultérieur. L'installation de caméras de surveillance ne sera autorisée qu'aux fins suivantes:

- Protection des immeubles et des installations publics ainsi que leurs accès
- Protection des installations d'intérêt pour la défense nationale
- Protection de la sécurité des personnes et biens (publics ou privés) et prévention de la perpétration de crimes dans les locaux où il existe un risque raisonnable qu'ils y soient commis.

Dans les locaux faisant l'objet d'une surveillance avec des caméras fixes, il est obligatoire d'afficher, dans un lieu bien visible, l'existence et la localisation de ces dernières, le but de la prise d'images et de sons, ainsi que des informations sur le responsable du traitement des données recueillies et sur l'autorité compétente pour recevoir les demandes relatives aux droits d'accès et de rectification.

Il est interdit de conserver plus d'un mois les enregistrements et d'en transmettre des copies, sauf si les actes enregistrés relèvent d'une activité criminelle.

## Droits fondamentaux

### Grande Bretagne

#### Ecole - uniforme scolaire pour jeunes filles - *shalwar kameeze* - *jilbab* - liberté religieuse

SB, jeune fille de religion musulmane, n'a pas été autorisée à se rendre à son école avec une *jilba* (robe couvrant complètement le corps). La direction de l'école a refusé l'accès en se fondant sur le règlement de l'école concernant l'uniforme (qui autorise les jeunes filles de reli-

gion musulmane à porter le *shalwar kameeze* – composé d'un chemisier qui ne couvre pas entièrement les bras et d'une jupe qui couvre partiellement les jambes). SB a saisi l'Administrative Court qui, le 15 juin 2004, a confirmé la décision de la direction de l'école [\[2004\] EWHC 1389 \(Admin\)](#). Sur appel de SB, la Cour of Appeal (Civil Division) a rendu un jugement, le 2 mars 2005, [\[2005\] EWCA Civ 199](#), par lequel elle a décidé que la position de la direction de l'école était contraire à [l'article 9 de la CEDH](#).

### Israël

#### Liberté d'association – qualité de sociétaire

Le 15.11.2004, le Tribunal du district de Tel-Aviv a rejeté un appel du [Barreau des avocats israéliens](#) qui soutenait que le simple fait d'être membre de ce Barreau devait entraîner automatiquement la qualité de sociétaire de [l'Association internationale des avocats et juristes juifs](#). Le Tribunal a, en outre, retenu que le fait d'acquérir la qualité de sociétaire sans y consentir était contraire à la liberté d'association et à la liberté contractuelle.

#### Commission d'enquête sur la restitution de biens appartenant aux victimes de l'Holocauste

Après la publication d'études sur l'existence en Israël de biens appartenant à des victimes de l'Holocauste, une Commission parlementaire d'enquête a été constituée le 15 février 2000. Cette commission a présenté, en décembre 2004 et après quatre ans de travail, un [rapport](#) sur la localisation et la restitution des biens appartenant à des victimes de l'Holocauste. L'établissement de ce rapport est un fait unique, car, pour la première fois, des banques israéliennes ont fait l'objet d'une enquête externe et d'une recherche complète dans leurs archives, tant en Israël qu'à l'étranger. Suite à ce rapport, une liste de détenteurs de comptes bancaires a été publiée.

### Kirghizistan

#### Peine de mort

Le 15 janvier 2005, le moratoire sur l'exécution de la peine de mort a été prolongé d'une année (jusqu'au 31 décembre 2005). Le décret présidentiel qui prolonge ce moratoire charge aussi

le gouvernement de réunir les fonds nécessaires à l'amélioration des conditions d'emprisonnement des personnes condamnées à mort et d'élaborer un projet de loi (avant le 30 juin 2005) afin d'abolir la peine de mort, ceci dans le cadre du programme 2002-2010 sur les Droits de l'Homme.

Source: [Kyrgyzstan Daily Digest – Eurasianet.org](#)

## Slovaquie

### Réfugiés – visas

Le 27 janvier 2005, la Slovaquie a ratifié l'[Accord européen relatif à la suppression des visas pour les réfugiés](#).

## Organisation judiciaire

### France

#### Compétences du Tribunal d'instance, de la Juridiction de proximité et du Tribunal de grande instance

La loi n°2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du Tribunal d'instance, de la Juridiction de proximité et du Tribunal de grande instance ([Legifrance](#)) a été promulguée. En matière civile, ses dispositions redéfinissent les domaines de compétences respectifs du Tribunal d'instance et du Tribunal de grande instance et élargissent le domaine d'intervention de la Juridiction de proximité. Par ailleurs, la loi du 26 janvier 2005 relève les taux du ressort de la Juridiction de proximité et du Tribunal d'instance. Le montant maximum des litiges pouvant être soumis aux juges de proximité passe ainsi de € 1'500.-- à € 4'000.--, celui des litiges pouvant être soumis au Tribunal d'instance passe de € 7'600.-- à € 10'000.--.

## USA

### Class actions

Le 18 février dernier, le Président Bush a signé le [Class Action Fairness Act](#) dont l'objet est de transférer la compétence de la plupart des grands «class action suits», concernant plusieurs Etats, des juridictions des Etats à la juridiction fédérale. Le but de cette loi est de protéger les entreprises en empêchant certains avocats de porter de telles affaires devant des tribunaux choisis en fonction de leur propension à accorder des dommages et intérêts importants aux plaignants.

## Procédure civile

### Autriche

#### Nouvelle procédure gracieuse

Une réforme globale de la procédure gracieuse, qui abroge la loi de 1854, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005 ([BGBl. I 111/2003](#)). La nouvelle procédure est, dans son ensemble, moins formaliste et renforce la recherche des solutions à l'amiable.

Les avocats, mais aussi les notaires, sont autorisés, dans le cadre de cette loi, à représenter les parties dans les procédures dites «classiques»: successions, adoptions, déclarations de décès et inscriptions sur les registres fonciers et de commerce. Lors de l'élaboration de la nouvelle loi il était prévu que dans les procédures de divorce les parties devaient être représentées par un avocat. Cette obligation a été abandonnée, mais le Tribunal doit s'enquérir auprès de la partie non représentée de sa connaissance des conséquences du divorce, et si besoin, la conseiller ou l'informer des possibilités de consultations juridiques.

Dans les procédures concernant les baux d'habitation, les groupes d'intérêts ont comme auparavant le pouvoir de représenter les parties.

Enfin, la position du juge est renforcée dans la mesure où il peut tenter de résoudre la procédure au moyen d'une médiation.

<b>Actualité de l'Institut</b>
--------------------------------

<b>Agenda</b>
---------------

**Lausanne, le 18 mars 2005**

Eleanor Cashin-Ritaine, cheffe de division scientifique, donnera une conférence - «*Panorama comparé du droit matériel du trust*» - dans le cadre de la XVIIème Journée de Droit International Privé qui a pour thème:

**Le trust en droit international privé  
Perspectives suisses et étrangères avant la ratification suisse de la Convention de la Haye**

[Programme](#)

[Bulletin d'inscription](#)

**Vienne (Autriche), le 4 mars et 9-13 mai 2005**

Nicole Mathé, collaboratrice scientifique, donnera à l'Université de Vienne un cours sur «*Egalité entre femmes et hommes en droit communautaire*».

**Pilsen (République Tchèque)  
du 11 au 22 avril 2005**

Josef Skala, collaborateur scientifique, donnera à la Faculté de droit de la [Western Bohemian University](#) un cours sur «*la liberté d'expression et le droit à l'information*»