



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

ISDC's Letter

Octobre 2005 – N° 6

Editeurs: Bertil Cottier, Jarka Looks, Eleanor Ritaine-Cashin, 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 – secretariat.isdc-dfjp@unil.ch

Dans cette édition

Sommaire

- Droit de la famille
- Droit des contrats
- Droit commercial
- Droit public – administratif
- Droit des télécommunications
- Droit pénal
- Droit international privé
- Organisation judiciaire
- Procédure civile
- Procédure pénale
- Droit de l'arbitrage
- Droit professionnel

Actualité de l'Institut

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

Après dix-huit ans passés à l'Institut suisse de droit comparé – dont deux ans et demi à sa tête – Bertil Cottier va nous quitter le 30 octobre pour occuper le poste de professeur ordinaire de droit des médias et de l'informatique à la Faculté des sciences de la communication de l'Université de la Suisse italienne.

Polyglotte et pluridisciplinaire, innovatif et dynamique, Bertil Cottier a œuvré sans relâches au rayonnement de l'Institut. Les nombreux mandats d'institutions internationales – à commencer par le Conseil de l'Europe – c'est lui; la prise en compte du droit public dans une institution à l'origine vouée au droit privé, c'est à nouveau lui. Le développement des ressources électroniques, c'est encore lui.

De ces mérites (et d'autres encore), je me dois d'en relever un, décisif, celui d'avoir mis en place le processus de transformation de la mission et du statut de l'Institut. Ce processus nous apportera une plus grande autonomie. Si le Parlement le veut bien, l'Institut sera géré dès le premier janvier 2008 selon les canons du New public management: contrat de prestation et enveloppe budgétaire. Il n'en perdra pour autant son statut d'entité publique, gage de son indépendance et de son impartialité.

Dans cette perspective, il importe de trouver un nouveau responsable qui soit apte à mener la transformation à son terme et, ensuite, à réaliser l'ambition première de l'Institut, qui est d'être un établissement mondialement reconnu pour le droit comparé, le droit étranger et le droit international.

Dans l'intervalle, Mme Eleanor Cashin Ritaine, cheffe de la division scientifique et vice-directrice, prendra les rênes de notre Institut. Je lui souhaite succès et satisfaction dans cette tâche importante pour nous comme pour vous.

Prof. Heinrich Koller, Président du Conseil de l'ISDC

Sommaire

Droit de la famille

Algérie

Code de la famille – amendements

L'ordonnance n° 05-02 modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 9 juin portant **Code de la famille** a été publiée dans le journal officiel (J.O. N° 15, pages 17, 18, 19 et 20). Cette ordonnance fixe la majorité matrimoniale à 19 ans pour l'homme et la femme, exige un certificat médical avant le mariage, soumet la polygamie à l'autorisation d'un tribunal, permet aux époux de stipuler dans le contrat de mariage des clauses relatives à la polygamie et au travail de la femme, reconnaît à chacun des époux un patrimoine distinct.

L'ordonnance ne réforme pas les discriminations religieuses contenues dans le Code de la famille. Il s'ensuit que le mariage entre une musulmane et un non-musulman ainsi que la succession entre musulmans et non-musulmans continuent d'être interdits. En outre, l'apostasie reste considérée comme une cause de nullité du mariage et un empêchement à succéder.

Belgique

Adoption

Le 1^{er} septembre 2005 est entré en vigueur le nouveau droit de l'adoption (**Arrêté royal du 24 août 2005 – M.B. 29 août 2005**). Ce nouveau droit englobe les textes législatifs suivants:

- Loi du 24 avril 2003 portant réforme de l'adoption - remplace le Titre VIII du livre 1^{er} du Code civil (**M.B. 16 mai 2003**)
- Loi du 13 mars 2003 portant réforme des articles 596 et 628 du Code judiciaire (**M.B. 16 mai 2003**)
- Loi du 16 juillet 2004 portant Code de droit international privé (**M.B. 27 juillet 2004**).
- Loi du 20 juillet 2005 introduisant des nouvelles normes de droit transitoire applicables à la reconnaissance d'une décision étrangère en matière d'adoption (**M.B. 29 juillet 2005 – édition 3**).

Enfin, le 26 mai 2005 la **Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale** a été ratifiée (**M.B. 6 juin 2005**).

Chili

Filiation – preuve par expert – présomption légale

Le 24 juin 2005 est entrée en vigueur la **loi 20030 portant amendement du Code civil**. Cet amendement modifie les effets probatoires de la preuve par expert pour l'établissement de la filiation. Le juge peut donner aux seules preuves par expert une valeur suffisante afin d'établir la filiation paternelle ou maternelle ou de l'exclure. Le refus injustifié, par l'une des parties, de se soumettre à un examen biologique crée une présomption légale de filiation paternelle ou maternelle. Le refus de l'examen biologique sera considéré comme injustifié si la partie convoquée deux fois, expressément avertie des conséquences légales d'un refus, ne s'y soumet pas.

Maroc

Nouveau Code de la famille

Le Ministère de la justice a récemment mis à disposition un **guide pratique du nouveau Code de la famille** (contenant une traduction non officielle du Code en français). Le nouveau Code a été promulgué le 3 février 2004. En particulier, il fixe la majorité matrimoniale à 18 ans pour l'homme et la femme; exige un certificat médical avant le mariage; soumet la polygamie à l'autorisation d'un tribunal et permet à la précédente épouse qui n'y consent pas de demander le divorce; reconnaît à chacun des époux un patrimoine distinct. Toutefois, le nouveau Code maintient les discriminations religieuses. Entre autres, il interdit le mariage entre une musulmane et un non-musulman ainsi que la succession entre musulmans et non-musulmans.

Droit des contrats

Malte

Contrat d'assurance vie – DIP – régimes matrimoniaux

Le 26 juillet 2005, le Président de la République a promulgué l'[Act No. XI of 2005](#). Cette loi intègre le contrat d'assurance-vie (articles 1712A à 1712M) dans le deuxième livre du [Code civil](#). Selon l'art. 1712I al. 3 lit i et ii, les articles 1712B (consentement de la personne dont la vie est assurée) et 1712E (réserve successorale) s'appliquent en tant que normes impératives dans le cas d'un contrat soumis à un droit étranger, si:

- la personne dont la vie est assurée réside à Malte à la date de la conclusion du contrat, et
- le preneur de la police d'assurance est domicilié à Malte

En outre, cette codification règle les effets de la conclusion d'un tel contrat sur les aspects patrimoniaux des régimes matrimoniaux (1712J).

Droit commercial

France

Sauvegarde des entreprises

La loi [2005-845 du 26 juillet 2005](#) de sauvegarde des entreprises entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Elle porte réforme du Code de commerce et introduit une nouvelle procédure, la sauvegarde, qui est analogue à un redressement anticipé à la seule initiative du débiteur. Elle rationalise les solutions antérieures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises en corrigeant certaines inadaptations financières et procédurales. Elle sera complétée par un décret d'application.

Hong Kong

Sociétés – droits des actionnaires

Le 15 juillet 2005, les mesures judiciaires de protection des actionnaires prévues dans le [Schedule 3 of the Companies \(Amendment\) Ordinance 2004](#) sont entrées en vigueur ([L.N. 82 of 2005](#)). Les nouvelles dispositions offrent aux actionnaires la possibilité d'intenter des

actions au nom de la société ou d'intervenir dans les actions judiciaires dans lesquelles celle-ci est partie. Ces dispositions confèrent également aux actionnaires un droit de regard sur les données de la société.

Dernier amendement du Companies Ordinance: [Companies \(Amendment\) Ordinance 2005](#)

Droit public – administratif

Autriche

Etrangers – séjour – asile

Le nouveau droit des étrangers entrera en vigueur le 1.1.2006 ([Fremdenrechtspaket 2005 – BGBl I 100/2005](#)). Les modifications concernent le droit d'asile, la police des étrangers et le droit de séjour. Il est à souligner que les possibilités d'interdiction de séjour sont élargies pour les cas de participation en une association criminelle, à un groupement terroriste, à des actes de violence en public ainsi qu'à l'incitation à la violence.

Biélorussie

Trafic d'êtres humains – victimes – réhabilitation

Le 8 août 2005, le Président de la République a signé le Décret n° 352 relatif au trafic d'êtres humains. Ce texte définit la notion de victime d'un trafic d'êtres humains et les mesures à prendre pour sa protection. En outre, il prévoit que les auteurs du trafic doivent rembourser, à l'Etat, les coûts engendrés par la réhabilitation de la victime. Cette dernière doit collaborer dans la recherche des auteurs du trafic; si elle refuse, l'Etat ne prendra pas à sa charge les frais engendrés par sa réhabilitation.

Source: [Legislationline.org](#)

Espagne

Loteries et paris – internet et autres moyens interactifs

Le 6 août 2005, l'Ordre du 20 juillet qui autorise les Loteries et Paris de l'Etat (LPE) à commercialiser et exploiter ses produits via Internet ou d'autres systèmes interactifs, a été publié dans

le journal officiel ([BOE núm. 187, p. 27748 - Ordre EHA/2566/2005E](#)). Cet Ordre octroie un droit exclusif aux LPE.

L'Ordre prévoit, en particulier, que les loteries et paris via Internet et d'autres moyens interactifs sont limités au territoire espagnol et que les offres provenant de joueurs placés à l'étranger ne seront pas acceptées.

Droit des télécommunications

Allemagne

Secret des télécommunications – surveillance préventive

La Cour constitutionnelle a jugé que la loi de sécurité intérieure de la Basse-Saxe qui prévoyait une surveillance préventive des conversations téléphoniques enfreint le secret de la correspondance garanti par la Constitution ([1 BvR 668/04](#)). En premier, lieu la Cour a jugé que le Land n'avait formellement pas la compétence pour légiférer sur la répression pénale en la matière, cette dernière étant exclusivement et exhaustivement réglée par le Code de procédure pénale fédéral. En deuxième lieu la Cour a jugé que, du point de vue matériel, la loi était imprécise et permettait d'ordonner des écoutes téléphoniques, même en l'absence de suspicion suffisante envers l'individu concerné. En outre, elle ne contenait pas de moyens de protection de la sphère la plus intime de la vie privée et elle restreignait de manière disproportionnée le secret des communications téléphoniques.

Droit pénal

France

Tromperie – prescription

Le 7 juillet 2005, la Cour de cassation ([Chambre criminelle, n° de pourvoi 05-81.119](#)) a rendu un arrêt dans lequel elle considère que «si la tromperie est une infraction instantanée, elle n'en constitue pas moins un délit clandestin par nature, en ce qu'il a pour but de laisser le contractant dans l'ignorance des caractéristiques réelles d'un produit et que,

dès lors, le délai de prescription commence à courir du jour où le délit apparaît et peut être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique».

Autre source: [Legifrance](#)

Malte

Terrorisme – financement

Le 6 juin 2005 l'[Act No. VI of 2005](#) a été promulgué par le Président de la République. Cette loi a introduit dans le [Code pénal](#) des nouvelles normes punissant le terrorisme et son financement (articles 328 A et ss.). Ces dernières prévoient également la responsabilité des personnes morales (article 328 J) ainsi que la compétence des juridictions maltaises (article 328 M).

Droit international privé

France

Convention de Lugano – Exequatur

La Cour d'appel de Versailles a jugé par un arrêt du 6 janvier 2005 (affaire n° R.G. 2004-00260) que le contrôle de la régularité de la procédure d'exequatur au regard des règles édictées par la Convention de Lugano ainsi que le contrôle du respect de l'ordre public international français par le juge de l'exequatur ne peuvent se traduire par la révision au fond d'une décision ayant acquis force de chose jugée. Ainsi, le fait qu'une instruction pénale en cours soit de nature à révéler le caractère délictueux de la cause du contrat fondant la décision ne peut autoriser le juge de l'exequatur à surseoir à statuer. De même, la règle selon laquelle le pénal tient le civil en l'état ne peut être invoquée à cet effet.

Source: [Lexbase](#) (n° A7176DGU)

Organisation judiciaire

Espagne

Poursuite pénale – extraterritorialité – mutilation génitale féminine

La loi organique 3/2005 du 8 juillet portant modification de la loi organique 6/1985 du 1^{er}

juillet sur le Pouvoir judiciaire a été publiée le 9 juillet 2005 dans le journal officiel ([BOE núm. 163, p. 24457](#)). Par cette modification (article 24 § 4 lit. g de la loi 6/1985) les juridictions espagnoles pourront connaître de faits, commis par des espagnols ou étrangers en dehors du territoire national, pouvant être qualifiés selon la loi pénale espagnole de délit relatif à la mutilation génitale féminine, à condition que les auteurs se trouvent en Espagne.

Procédure civile

Autriche

Procédure d'exécution

L'*Exekutionsordnungs-Novelle 2005* ([EO-Nov 2005 - BGBl I 68/2005](#)) est entrée en vigueur le 1.9.2005. Les nouvelles dispositions concernent essentiellement la procédure simplifiée d'exécution et l'utilisation de l'informatique, en particulier au cours de l'établissement du procès-verbal de saisie des biens.

Grande Bretagne

Notions de «*domicile of choice*» et «*habitual residence*»

Le 30 juin 2005, la House of Lords a rendu un arrêt ([\[2005\] UKHL 42](#)) confirmant le jugement de la Cour d'appel ([\[2003\] EWCA Civ 168](#)) d'où il ressort qu'une présence irrégulière sur le territoire anglais ne suffit pas à exclure l'acquisition par une personne d'un «*domicile of choice*» ou d'une «*habitual residence*» dans le Royaume. Dans le cas concret, une femme de nationalité nigériane (dont la présence sur le territoire anglais était considérée comme irrégulière et contraire aux dispositions de l'*Immigration Act 1971*) a introduit une demande en divorce devant les tribunaux anglais sur base de l'article 5 (2) du *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*.

Procédure pénale

Allemagne

Loi sur le mandat d'arrêt européen – Art. 16 de la Loi fondamentale (LF)

Dans l'arrêt [2 BvR 2236/04](#), La Cour constitutionnelle a déclaré la loi sur le mandat d'arrêt

européen inconstitutionnelle. Le point principal sur lequel la Cour s'est prononcée concernait l'extradition simplifiée des ressortissants allemands prévue par la loi. Selon la Cour, le législateur n'a pas suffisamment exercé son pouvoir discrétionnaire afin de respecter l'interdiction d'extradition des ressortissants allemands prévue à l'art. 16 II 1 LF. A cet égard, la Décision-cadre du Conseil de l'UE relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres ([2002/584/JAI - JOUE L 190/1 18.7.2002](#)) prévoit une certaine marge de manœuvre du législateur national.

Le principe d'Etat de droit et les limites prévues à l'art. 16 II LF requièrent qu'en l'absence d'un lien étroit avec un Etat étranger, l'extradition de ressortissants allemands, pour une infraction commise sur le territoire allemand, est exclue. Dans un tel cas le délinquant doit être protégé contre une poursuite à l'étranger dans une langue qu'il ne connaît pas.

Monologues enregistrés – moyen de preuve prohibé

La Cour Suprême ([1 StR 140/05](#)) a jugé qu'un monologue enregistré dans le cadre d'une surveillance acoustique ne peut pas être utilisé comme moyen de preuve dans une procédure pénale. La Cour a souligné que la sphère la plus intime de la vie privée est à protéger (§§ 100c IV et V, 100d CPP).

Dans le cas d'espèce, le monologue se déroulait dans une chambre d'hôpital, espace protégé au sens de l'art. 13 I LF, où était hospitalisé un délinquant.

Droit de l'arbitrage

Pakistan

Arbitrage – Convention de New York 1958

Le 14 juillet 2005, le Pakistan a ratifié la [Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958](#). Celle-ci entrera en vigueur au Pakistan le 12 octobre 2005. Cette adhésion confirme le succès de cette convention. A l'heure actuelle, pas moins de 136 pays l'ont ratifiée.

Droit professionnel

Allemagne

Médecins – publicité

Dans l'arrêt [1 BvR 191/05](#), la Cour constitutionnelle a jugé que d'imposer aux médecins des restrictions trop sévères concernant la publicité pour leur profession porte atteinte au droit fondamental du libre exercice de celle-ci. Dans le cas d'espèce les tribunaux d'instance avaient jugé une publicité (qui prônait les capacités, les méthodes de travail et la personnalité extraordinaire d'un médecin chef d'une clinique privée) comme étant contraire à l'éthique professionnelle. La Cour a ainsi redéfini les critères de publicité interdite, constatant qu'un médecin doit avoir le droit de présenter en public une image positive de sa personne et d'essayer d'attirer la sympathie des patients.

France

Avocats – publicité

Le [décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005](#) relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat donne une définition plutôt libérale de la publicité permise à l'avocat en autorisant la sollicitation, jusqu'alors interdite. Le démarchage à domicile ainsi que l'offre de service personnalisée restent néanmoins interdits à l'avocat. Il semble en revanche qu'il pourra procéder à des campagnes d'affichage, de mailing ou encore de faxing.

Actualité de l'Institut

[Mise au concours du poste de Directeur/Directrice de l'Institut](#)