



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

## ISDC's Letter

Décembre 2007 – N° 15

Editeurs: Eleanor Cashin Ritaine, Elodie Arnaud, 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 privé
- Droit de la famille
- Droit des successions
- Droit des obligations et des contrats
- Droit commercial et des sociétés
- Droit bancaire et financier
- Droit constitutionnel
- Droit public et administratif
- Droit des marques
- Droit de la faillite
- Droit pénal
- Droit de la concurrence
- Droit judiciaire
- Droit international privé

#### Actualité de l'Institut

- Publications

#### Information

Pour être personnellement informé de la parution de l'ISDC's Letter, merci d'adresser un e-mail à [Beatrice Angehrn](mailto:Beatrice.Angehrn@isdc.ch).

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

### Editorial

Le processus de révision de la Convention de Lugano aura duré plus de dix ans. On connaît les raisons de cette laborieuse gestation. Le groupe de travail réunissant les représentants des pays membres des deux instruments «jumeaux» – les Conventions de Bruxelles et de Lugano – et chargé, depuis 1997, de leur modernisation, a rendu un texte commun à la fin du mois d'avril 1999. Le Règlement communautaire n° 44/2001 l'a, pour l'essentiel, fait sien. La conclusion de la nouvelle Convention de Lugano était quant à elle bloquée du fait d'une incertitude créée par le Traité d'Amsterdam: qui des Communautés européennes ou des Etats membres était habilité à la conclure? La CJCE, dans un avis du 7 février 2006, énonçait la compétence exclusive de la Communauté. L'obstacle institutionnel du côté européen ayant enfin été levé, la signature de la Convention de Lugano révisée a pu intervenir, pour le compte de la Suisse, le 30 octobre 2007.

Il nous a paru important de marquer l'événement en lui consacrant la *19<sup>e</sup> Journée de droit international privé*, qui s'est tenue à l'Institut le 16 mars 2007. Un volume, dont la parution est prévue pour fin décembre 2007 (La Convention de Lugano – Passé, présent et devenir, Schulthess, 2007, [Table des matières](#)), en recueille les actes. Une dizaine d'experts, suisses et étrangers, y fait le point sur les quelques innovations importantes du texte. Ils rappellent aussi, ici et là, les solutions originelles qui ont résisté au temps.

*Eleanor Cashin Ritaine, Directrice*

## Sommaire

### Droit privé

#### Malte

##### Code civil – amendement

Le 26 juin 2007 a été publié l'[Act N° VIII of 2007](#) portant amendement du [Code civil](#). Cet amendement porte sur la séparation des conjoints (articles 57A et 59), la filiation (article 70), le registre civil (articles 251, 272, 275, 276, 277, 278, 279 et 292A), les quasi-contrats (articles 1028A et 1028B), les contrats (article 1203) les hypothèques (articles 2002, 2008, 2012, 2013, 2016, 2028, 2029, 2032 et 2048), la prescription (articles 2149 et 2156).

##### Code civil – Trusts – amendements

Le 24 juillet 2007 a été publié l'[Act N° XIII of 2007](#) portant amendement du Code civil et du Trusts and Trustees Act. L'amendement du Code civil concerne notamment la définition de la personne (article 1A), les successions (articles 761 et 922), les donations (articles 1740B et 1785). En outre, il introduit un Second Schedule qui définit, dans une partie générale, la personne morale et, dans des parties spécifiques, la fondation et l'association.

L'amendement du Trusts and Trustees Act porte sur la définition du «but de bienfaisance» (*Charitable purpose*).

### Droit de la famille

#### France

##### Transcription sur les registres français de l'état civil d'actes de naissance résultant d'une convention de mère porteuse

Dans un arrêt du 25 octobre 2007 (CA Paris, 1ère chambre, Section C, 25 octobre 2007, n° 06/00507), la Cour d'appel de Paris a déclaré irrecevable, au regard de l'ordre public international, la requête du ministère public tendant à l'annulation de la transcription sur les registres français de l'état civil des actes de naissances étrangers de deux enfants conçus dans le cadre d'une convention de mère porteuse. Le ministère public se bornait en l'espèce à relever

la contrariété des actes de naissance à l'ordre public alors que, selon la Cour d'appel, les énonciations de ces actes sont exactes au regard du jugement américain ayant conféré au couple la qualité de parents des enfants à naître de la mère porteuse. Les juges d'appel ont également estimé que la non transcription des actes de naissance priverait les enfants, au regard du droit français, d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique. Le Parquet a formé un pourvoi en cassation.

L'arrêt est disponible sur le site [www.Lexbase.fr](http://www.Lexbase.fr) (site payant)

#### Grande Bretagne

##### Mariages forcés – protection

Le 26 juillet 2007 a été adopté le [Forced Marriage \(Civil Protection\) Act 2007 \(2007 c. 20\)](#). Cette loi a pour but de protéger les personnes contre la conclusion d'un mariage forcé et ainsi que de protéger celles qui ont été forcées d'en conclure un. Le Forced Marriage Act 2007 sera intégré dans le [Family Act 1996](#) (Partie 4A).

### Droit des successions

#### Allemagne

##### Enrichissement sans cause – droits de l'héritier contre le partenaire du *de cujus*

Le jugement XII ZR 261/04 rendu par la Cour Suprême le 31 octobre 2007 concerne les circonstances dans lesquelles un héritier peut exiger le remboursement d'un paiement fait par le *de cujus* avec la mention «réimputation» en faveur de son partenaire. La Cour s'est prononcée sur la question de savoir si le paiement devait être considéré en tant que prestation visant à établir le concubinage et la cohabitation des partenaires. Jurisprudence et doctrine divergent quant à la qualification juridique de telles allocations. En l'espèce, la Cour confirme pourtant sa jurisprudence antérieure qui se prononçait dans la plupart des cas en faveur d'une irréversibilité d'un tel paiement. Elle a affirmé que le paiement était effectué en reconnaissance des prestations du partenaire du *de cujus* pour leur vie commune.

La décision sera prochainement publiée sur le site du [Bundesgerichtshof](http://www.Bundesgerichtshof.de).

## Droit des obligations et des contrats

### France

#### Contrats – sanction de la mauvaise foi

Dans un arrêt ([pourvoi n° 06-14768](#)) du 10 juillet 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation précise la portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle. En effet, si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi (article 1134, alinéa 3 du Code civil) permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties (article 1134, alinéa 1).

## Droit commercial et des sociétés

### Allemagne

#### Registre du commerce – Refus d'inscription d'une *Private Limited* anglaise

Dans l'arrêt II ZB 7/06 du 7 mai 2007 la Cour Suprême a dû décider si le refus d'inscription dans le registre du commerce allemand de la succursale d'une *Private Limited* étrangère est justifié, lorsque son *director* allemand a été soumis à une interdiction professionnelle (§ 6 al. 2 phr. 4 GmbHG). L'absence d'une telle interdiction est une condition d'inscription pour les sociétés internes (§ 13 g HGB) et en règle générale, cette exigence s'applique exclusivement à elles et ne porte pas sur les sociétés étrangères. Interprétant la volonté du législateur, la Cour Suprême a pourtant soutenu que ce raisonnement se limite à l'hypothèse d'un gérant étranger. Dans l'hypothèse où le gérant de la succursale de la société étrangère est allemand, les conditions légales ne peuvent pas diverger de celles qui sont applicables à une société interne pour éviter un contournement de l'interdiction professionnelle à laquelle est soumis le gérant allemand.

En l'espèce l'application des dispositions en question a été jugé compatible avec la directive 89/666/CEE du 21 décembre 1989 concernant les succursales et avec les libertés fondamentales des art. 43, 48 TCE.

Source : [Bundesgerichtshof](#).

### France

#### Régime applicable aux commerçants étrangers non résidents

Le régime juridique applicable aux commerçants étrangers exerçant une profession commerciale, industrielle ou artisanale sur le territoire français sans y résider a été modifié par le [décret n° 2007-1141 du 26 juillet 2007](#) portant application du nouvel article L. 122-1 du Code de commerce issu de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006. Ce décret insère les articles D. 122-1 à D. 122-4 au sein du Code de commerce. Initialement liée à l'obtention d'une carte d'identité de commerçant étranger, l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale est à présent subordonné à une déclaration au préfet dont les modalités figurent dans le décret.

### Suisse

#### Société anonyme – Société à responsabilité limitée

Le nouveau [droit de la SàRL et les amendements du droit de la SA](#) entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

## Droit bancaire et financier

### Malte

#### Banque et finance – amendements

L'[Act N° XX of 2007](#) portant modification de plusieurs lois du domaine financier a été publié le 3 août 2007. Cette modification introduit dans le *Malta Financial Services Authority Act* les instruments suivants: l'Ordre de saisie (*Attachment orders*) et le Blocage de fonds (*Freezing of funds*) (articles 17A et 17B). En outre, le *Financial Markets Act*, le *Banking Act*, l'*Insurance Business Act*, l'*Investment Services Act* et l'*Insurance Intermediaries Act* ont été amendés.

## Droit constitutionnel

### Italie

#### Constitution – peine de mort

La loi constitutionnelle [n° 2 du 2 octobre 2007](#) portant amendement de l'article 27 de la Constitution est entrée en vigueur le 25 octobre

2007. Par cet amendement, l'Italie abolit de manière absolue la peine de mort.

## Drout public et administratif

### Espagne

#### Police – base de données – identificateurs – ADN

La Loi organique 10/2007 réglant la base de données de la police sur les identificateurs obtenus à partir de l'ADN est entrée en vigueur le 8 novembre 2007 ([BOE núm. 242, 40969](#)). La mise sur pied de la base de données de la police contenant les identificateurs ADN qu'intégreront les fichiers de même nature, actuellement gérés par les forces et corps de sécurité de l'Etat, a pour but l'investigation et la recherche d'infractions, la procédure d'identification des restes de cadavres et l'enquête sur des personnes disparues.

La police judiciaire pourra procéder à la prise d'échantillons et fluides du suspect, détenu ou inculpé ainsi que du lieu de l'infraction. La prise d'échantillons nécessitant des inspections, des examens ou des interventions corporelles sans le consentement de la personne affectée requiert une autorisation judiciaire.

#### Contrats – secteur public

La loi 30/2007 sur les contrats du secteur public, publiée dans le journal officiel le 31 octobre 2007 ([BOE núm 261, 44369](#)) entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008. Cette dernière garantit notamment: la liberté d'accès aux marchés publics, la publicité et la transparence dans les procédures, la non discrimination et l'égalité de traitement des candidats, ainsi que la libre concurrence. La loi régit aussi le régime juridique appliqué aux effets, à l'exécution et à l'extinction des contrats administratifs.

#### Contrats – secteur public – procédure

La loi 31/2007 sur la procédure d'engagement dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, publiée dans le journal officiel le 31 octobre 2007 ([BOE núm 261, 44438](#)), entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008. La loi règle l'attribution des contrats de construction, de fourniture et de services entre

des entités publiques et privées dans les domaines précités. Elle ne s'appliquera qu'aux contrats dont la valeur estimée (TVA non incluse) est égale ou supérieure à € 422'000.- pour les contrats de fourniture ou de services et à € 5'278'000.- pour les contrats de construction.

#### Environnement – responsabilité

Le 25 octobre 2007 est entrée en vigueur la loi 26/2007 sur la responsabilité environnementale ([BOE núm 255, 43233](#)). La loi règle la responsabilité des «opérateurs» définis dans son annexe III de prévenir, éviter et réparer les dommages causés à l'environnement, ceci conformément à l'article 45 de la Constitution et au principe de prévention du «pollueur payeur». La loi prévoit un effet rétroactif (sauf chapitres IV et V) au 30 avril 2007.

#### Communications électroniques – réseaux publics de communication – données – sauvegarde

Le 8 novembre 2007 est entrée en vigueur la loi 25/2007 sur la sauvegarde des données relatives aux communications électroniques et aux réseaux publics de communication ([BOE núm 251, 42517](#)). Cette loi a pour objet de régler l'obligation faite aux opérateurs de sauvegarder les données générées ou traitées dans le cadre des prestations de services de communication électroniques ou de réseaux publics de communication, ainsi que le devoir de transmettre les dites données à des autorités suite à une autorisation judiciaire afin de rechercher, d'enquêter et d'instruire des délits graves. Le contenu des communications électroniques, y compris l'information consultée en utilisant un réseau public de communication électronique, est exclu du champ d'application de la loi. Cette dernière s'applique tant aux personnes physiques que morales.

### France

#### Jeux de hasard – conditions – paris en ligne

Dans un arrêt ([pourvoi n° 06-13986](#)) rendu le 11 juillet 2007, la Cour de cassation précise les conditions dans lesquelles une activité de paris en ligne peut être réservée à un seul opérateur. Elle rappelle à cet effet l'interprétation donnée

par la CJCE à l'article 49 du traité CE qui garantit la libre prestation de services. Il appartient ainsi au juge d'examiner concrètement si une restriction à cette liberté répond aux conditions de l'article 49 aux termes duquel une restriction ne peut être justifiée que si elle est nécessaire pour atteindre notamment l'objectif de réduire des occasions de jeux, ce qui est exclu dès lors que les autorités nationales adoptent une politique expansive dans le secteur des jeux afin d'augmenter les recettes du secteur public. Or en l'espèce le juge des référés n'avait pas recherché si les autorités françaises adoptent une telle politique. Par ailleurs, le juge doit vérifier si le motif d'intérêt général justifiant la restriction apportée à la libre prestation de services n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre dans lequel il est établi. Cette vérification n'a pas été opérée par le juge des référés en l'espèce. L'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel de Paris qui doit réexaminer les faits à la lumière de la méthode rappelée par la Cour de cassation.

## Maîtrise de l'immigration

La [loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007](#) relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile a été publiée au Journal officiel. Le demandeur de visa d'une durée supérieure à trois mois, ou son représentant légal, provenant d'un pays où l'état civil présente des carences, qui souhaite rejoindre ou accompagner l'un des parents, pourra notamment, avec le consentement des personnes concernées, demander son identification par ses empreintes génétiques, afin de prouver sa filiation uniquement à l'égard de sa mère et en cas de doute sérieux ou d'inexistence de son acte d'état civil. La loi prévoit également la mise en place de «contrats d'accueil et d'intégration pour la famille» pour les familles admises au séjour en France.

## Suisse

### Immigration – mariage – partenariat enregistré

La [Loi fédérale sur les étrangers](#) entrera en vigueur (sauf les articles 92 à 95, 104 et 127), le 1<sup>er</sup> janvier 2008). Cette loi a pour but de régler l'entrée et la sortie de Suisse, le séjour des étrangers et le regroupement familial. En

outre, elle règle l'encouragement de l'intégration des étrangers.

L'entrée en vigueur de cette loi amende le [Code civil \(article 97 a](#), refus de l'officier de l'état civil de célébrer le mariage lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale, mais éluder les dispositions de la loi sur les étrangers – [article 105 ch. 4](#) introduit une nouvelle cause absolue d'annulation du mariage – [Article 109 al. 3](#) la paternité du mari cesse si le mariage est annulé en se fondant sur l'article 105 ch. 4). [La loi du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré est aussi amendée](#) (article 6 al. 2 et 3, refus de célébrer le partenariat et article 9 al. 1 let. c, annulation du partenariat).

A cette même date, entreront aussi en vigueur un certain nombre d'ordonnances, notamment : l'[Ordonnance sur l'entrée et les visas](#), l'[Ordonnance sur l'intégration des étrangers](#), l'[Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers](#) et les Ordonnances sur l'asile [OA1 OA2 OA3](#).

## Droit des marques

### Allemagne

#### Droit de renseignement – Adaptation de la jurisprudence en matière de droit des marques et des brevets

Tendant à une uniformisation de la jurisprudence en matière de droit des marques et des brevets et à une réalisation effective des droits des titulaires des marques, la Cour Suprême a modifié sa jurisprudence relative aux limitations dans le temps des droits de renseignement basés sur § 242 BGB et l'a adaptée à la jurisprudence en matière de droit des brevets ([BGH I ZR 93/04, 19. Juli 2007](#)). Le droit de renseignement du titulaire d'une marque peut désormais s'étendre à la période avant la première violation constatée du droit des marques. Jusqu'à présent, un droit de renseignement suivait le régime des dommages et intérêts et n'était pas accordé au-delà du début de la première violation desdits droits (v. notamment [BGH, 26.11.1987, I ZR 123/85](#) et dernièrement [BGH 15.5.2003, I ZR 214/00](#)) ; un droit de renseignement illimité dans le temps était refusé auparavant en faveur de l'intérêt du débiteur à ne pas devoir dévoiler des violations inconnues du créancier.

## Droit de la faillite

### Allemagne

#### Simplification des procédures d'insolvabilité

Le 1<sup>er</sup> juillet 2007 est entrée en vigueur la loi du 13 avril 2007 portant sur la simplification des procédures d'insolvabilité (**BGBI. I, S. 509**), qui modifie différentes lois en matière d'insolvabilité. La réforme met l'accent sur le sauvetage des entreprises en difficulté, tend à promouvoir l'activité indépendante du débiteur malgré l'insolvabilité, améliore la transparence lors du choix judiciaire du liquidateur (v. également l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 août 2004 (**1 BvR 135/00**) et simplifie la procédure, notamment par le moyen des annonces électroniques d'insolvabilité sur une plateforme-internet au niveau fédéral. D'autres changements s'annoncent: le 22 août 2007, le gouvernement a présenté un **projet de loi** relatif à l'insolvabilité des consommateurs et au désendettement des indigents qui vise également à renforcer les droits des créanciers et qui consacre une nouvelle disposition sur les licences lors d'une procédure d'insolvabilité.

## Droit pénal

### Argentine

#### Code pénal – terrorisme – financement – blanchiment d'argent

La **loi 26.268 portant amendement** du Code pénal a été publiée dans le journal officiel le 4.7.2007. Cet amendement a pour but de réprimer les associations terroristes, leur financement ainsi que le blanchiment d'argent.

### Espagne

#### Code pénal – amendement – circulation routière

La Loi organique 15/2007 du 30 novembre 2007 (**BOE núm 288, 49505**) portant amendement du **Code pénal** en matière de sécurité routière est entrée en vigueur le 2 décembre 2007. Cet amendement durcit la répression (peines de prison) des infractions au Code de la route, notamment pour les excès de vitesse et le refus de se soumettre à des tests d'alcoolémie ou de détection de drogues.

## Grande Bretagne

#### Corporation – homicide

Le 26 juillet 2007 a été adopté le **Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 (2007 c. 19)**. Aux termes de celui-ci, une organisation pourra être déclarée coupable du décès d'une personne. La loi fournit la liste des organisations pouvant entrer dans son champ d'application, notamment: une corporation, un département ou un office gouvernemental et les forces de police.

## Droit de la concurrence

### Uruguay

#### Nouvelle loi sur la concurrence

Le 10 juillet 2007, la Chambre des représentants a adopté une nouvelle loi sur la concurrence (**Ley Nº 18.159 de 20 de julio de 2007 D.O.30/10/07**).

L'article 2 de la loi consacre le principe de la libre concurrence en interdisant les pratiques abusives (position dominante) et les conduites individuelles ou concertées ayant, par but ou effet, la limitation, l'entrave ou la distorsion de la concurrence.

La mise en œuvre de la loi a été confiée à la Commission pour la promotion et la défense de la concurrence. Cette dernière a des pouvoirs d'investigation, d'instruction et de sanction.

L'article 12 de la loi prévoit que toute personne physique ou morale, privée ou publique, nationale ou étrangère peut déposer une plainte devant la Commission pour violation des règles de la concurrence. Les actions basées sur les pratiques interdites par la loi et le droit des victimes à un dédommagement se prescrivent par cinq ans.

## Droit judiciaire

### France

#### Procédure pénale – surveillance électronique mobile

Le **décret n° 2007-1169 du 1er août 2007** étend les cas dans lesquels un détenu peut être

placé sous surveillance électronique mobile. Un titre VII ter est créé dans le Code de procédure pénale: «Des modalités du placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté». Ce dispositif, jusqu'alors utilisé dans le cadre de la liberté conditionnelle, est étendu de manière expérimentale à la surveillance judiciaire et au suivi socio-judiciaire. Les modalités du traitement automatisé relatif au contrôle des personnes placées sous surveillance électronique sont précisées, ainsi que le rôle de la «commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté» chargée de l'«examen de dangerosité».

## Droit international privé

### UE-Suisse

#### Convention de Lugano

Le 30 octobre 2007 était signée la nouvelle Convention de Lugano qui s'adapte au règlement 44/2001/CE («Bruxelles I»). Dans son avis 1/03 (v. pour un résumé [ESDC, 2006-2](#)) la Cour avait affirmé la compétence exclusive de le CJCE pour signer la Convention. V. également *l'Editorial*.

## Actualité de l'Institut

### Publications

#### La Convention de Lugano

##### Passé, présent et devenir

Actes de la 19<sup>ème</sup> Journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne

[Volume 59 de la série de publications de l'ISDC](#)

#### Matthias Schleicher

Vorstand, Vorstandsmitglieder und Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften koreanischen Rechts

[Volume 58 de la série de publications de l'ISDC](#)

#### Der Registerschuldbrief im Rechtsvergleich

[La cédule hypothécaire en droit comparé \(E-SDC n° 10\)](#)

[L'adoption et le concubinat dans divers pays européens \(E-SDC n° 9\)](#)