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

31

ISDC's Letter

April 2012

Edition: Alfredo Santos, Lukas Heckendorn Urscheler
Contributeurs: Alberto Aronovitz, Anne Marit Mann, Annelot Peters, Alfredo Santos.

Sommaire

• Droit de la famille et des personnes
• Droit des contrats et des obligations
• Droit des consommateurs
• Droit financier
• Droit pénal
• Droit public et administratif
• Droit médical
• Droit fiscal
• Droit procédural
• Droit international privé
• Droits de l'homme

Actualités de l'Institut

• Agenda
• Publications

Information

Pour être personnellement informé de la parution de l'ISDC's Letter, merci d'adresser un e-mail à : **Marie Papeil**.

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

Editorial

Chères amies et chers amis de l'Institut

Le 20 avril 2012, l'Institut suisse de droit comparé a fêté trente ans d'existence. Depuis sa création, l'Institut a fourni de nombreux avis de droit à l'ensemble de la communauté juridique (administration fédérale, organisations internationales, avocats, notaires et tribunaux) et aux citoyens en général. Il a aussi organisé chaque année des colloques qui ont permis de réunir en son sein des savants du droit provenant de divers horizons. De même, sa bibliothèque a accueilli des milliers de chercheurs suisses et étrangers.

Pour l'avenir, l'Institut se réjouit de pouvoir continuer à fournir ses services comme jusqu'à ce jour, mais aussi d'accroître ses relations scientifiques avec les Facultés de droit suisses et étrangères, ainsi que de participer au développement du droit dans un monde en pleine évolution.

Dans le présent numéro de l'ISDC's Letter vous pouvez lire plusieurs contributions concernant, entre autres, le droit international privé en Allemagne et en France; l'introduction de la médiation en matière civile et commerciale en Espagne et au Luxembourg ; les contrats de time sharing et droit public en Espagne et les fonds d'investissements au Luxembourg.

Les éditeurs

Dorigny ▪ CH-1015 Lausanne
Tél. +41 (0)21 692 49 11
Fax +41 (0)21 692 49 49
www.isdc.ch

Sommaire

Droit de la famille et des personnes

France

Divorce – donation

Dans son arrêt (**pourvoi n° 11-13791**) du 14 mars 2012, la Cour de cassation première chambre civile considère qu'une donation effectuée en cours de mariage, avec une clause résolutoire liée au prononcé du divorce ou d'une procédure en divorce, est contraire au texte impératif de l'article 265 al. 1er du Code civil : «le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme».

Registre civil – prénom d'un enfant

Par un arrêt du 15 février la Cour de cassation première chambre civile (**pourvoi n° 10-27512**) a confirmé un jugement du Tribunal de grande instance de Pontoise selon lequel le prénom *Titeuf* était contraire à l'intérêt de l'enfant et par conséquent il devait être supprimé de l'acte de naissance.

Pays Bas

Régimes matrimoniaux – aspects patrimoniaux

La loi modifiant les aspects patrimoniaux des régimes matrimoniaux est entrée en vigueur le 1er janvier 2012. La communauté de biens est maintenue en tant que régime ordinaire. L'amendement a introduit, en particulier, une modification concernant la date de dissolution de la communauté conjugale. Cette dernière sera dissoute à la date où la requête en divorce est déposée et non plus à la date où le divorce était inscrit au Registre de l'état civil.

*Source: **Rijksoverheid***

Droit des contrats et des obligations

Espagne

Vente – échange – time sharing – bien immobilier

Le *Real Decreto-Ley* 8/2012 du 16 mars sur les contrats de biens immobiliers touristiques à temps partagé, d'acquisition de produits destinés aux vacances de longue durée, de revente et d'échange a été publié dans le journal officiel (**BOE, Núm. 66, Sec. I. Pág. 24332**). Cette loi s'applique à tous les contrats conclus par un professionnel (personne physique ou morale) avec un consommateur. Le professionnel doit fournir au consommateur, avant que celui-ci donne son consentement à la conclusion du contrat, toute information précise et nécessaire pour la conclusion de celui-ci. En particulier, il doit l'informer de son droit à se désister du contrat et le délai pour le faire. Enfin, le décret interdit tout versement d'acompte durant le délai de désistement.

Droit des consommateurs

Chili

Secteur financier

La **Loi 20555 du 28 novembre 2011** portant modification de la Loi sur la proctetion des consommateurs a été publiée dans le Journal officiel le 5 décembre 2011. Cet amendement a pour but de protéger les consommateurs dans leurs activités dans le milieu financier, en particulier en ce qui concerne leur droit à recevoir une information détaillée sur les coûts des services fournis par les fournisseurs de services financiers.

Droit financier

Luxembourg

Fonds d'investissements

Le 1er avril 2012 est entrée en vigueur la **Loi du 26 mars 2012** portant modification de la **Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissements spécialisés**. L'amendement prévoit en particulier que les SICAV sont soumis aux dispositions générales applicables aux sociétés commerciales, leurs statuts et toute modification qui y est apportée doivent être constatés dans un acte notarié spécial. En outre, un fonds d'investissement ne sera agréé que si la **Commission de Surveillance du Secteur Financier** approuve les documents constitutifs et le choix du dépositaire.

Droit pénal

Luxembourg

Crimes – génocide – humanité – guerre – agression

La Loi du 27 février 2012 portant adaptation du droit interne aux dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale a été publiée dans le **Mémorial A N° 41 du 7 mars**. Cette adaptation a introduit dans le Code pénal le crime de génocide (art. 136 bis), le crime contre l'humanité (art. 136 ter), le crime de guerre (art. 136 quarter) et le crime d'agression (art. 136 quinquies). Ces crimes sont imprescriptibles (art. 91 al. 2).

Malte

Protection des mineurs

Le législateur maltais a adopté le 6 décembre 2011, le *Protection of Minors (Registration) Act 2011* (**Act No. XXIII of 2011**). Cette loi prévoit la mise en place d'un registre des personnes condamnées pour des actes de nature sexuelle sur des mineurs et autres infractions graves commises sur ceux-ci.

Droit public et administratif

Espagne

Contrats – droit public

Le *Real Decreto Legislativo* 3/2011 du 14 novembre portant refonte de la Loi sur les contrats de droit public a été publié dans le Journal officiel (**BOE, Núm. 276, Sec. I. Pág. 117729**). Cette loi a pour but de garantir, dans le secteur public, l'accès aux appels d'offres, la publicité et la transparence, la non-discrimination et l'égalité de traitement de tous les candidats. La loi s'applique également au régime juridique applicable aux effets, l'exécution et extinction des contrats de droit administratif.

Israël

Police – négligence – indemnisation

Dans un cas de disparition qui s'est terminée par meurtre de la personne disparue, les autorités publiques ont été condamnées par un tribunal de district en se basant sur le fait que la police avait agi avec négligence. Selon le tribunal, la police n'avait pas commencé les recherches immédiatement après la dénonciation de la disparition. Ce dernier a soumis le calcul de l'indemnisation due à la famille à un médiateur, qui a fixé celle-ci à 3 millions Shekels (environ 730.000 Francs).

*Source : **News1.co.il** (en hébreu)*

Droit médical

Israël

Projet de loi – hospitalisation forcée – anorexie

Le 22 février 2012, un projet de loi permettant l'hospitalisation forcée de personnes souffrant d'anorexie a passé le premier examen au parlement en vue de son adoption finale.

Un membre du parlement, à l'origine du projet, a souligné que «la santé d'une personne doit prévaloir sur le droit de celle-ci sur son propre corps».

*Source : **NRB** (en hébreu)*

Droit fiscal

Portugal

Double imposition – échange information

Le Protocole portant modification de la Convention entre le Portugal et le Grand-Duché du Luxembourg pour éviter la double imposition et l'évasion fiscale sur les revenus et les capitaux a été publié dans le Journal officiel (**Diario da República, 1.a Série – N° 73, 12 de abril de 2012**). Ce protocole porte sur l'échange d'information entre les Etats contractants (art. 27 de la Convention).

Droit procédural

Espagne

Médiation – civile – commerciale

Le *Real Decreto Ley* 5/2012 du 5 mars sur la médiation dans les affaires civiles et commerciales a été publié dans le Journal officiel (**BOE, Núm. 56, Sec. I. Pág. 18784**). Il s'agit de la transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen. Ce texte législatif s'applique à toutes les affaires civiles et commerciales (y compris transfrontalières) sauf dans les cas où les droits et les obligations ne sont pas à la libre disposition des parties en raison d'une législation applicable. A défaut d'une soumission expresse ou tacite au dit décret, celui-ci sera néanmoins appliqué si l'une des parties a son domicile en Espagne et la médiation a lieu sur territoire espagnol. Sont exclus du champ d'application dudit décret le droit pénal, de la consommation, du travail et les rapports avec l'administration publique.

Luxembourg

Médiation – civile – commerciale

Loi du 24 février 2012 portant – introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile; – transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; – modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat; – modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) N° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et – modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil – a été publiée dans le Journal officiel (**Mémorial A N° 37 5 mars**).

Droit international privé

Allemagne

Divorce – droit applicable

Am Amtsgericht Siegburg ist im November 2011 die Ehe eines iranischen Paares – beide iranische Staatsbürger – nach deutschem und anschließend nach islamisch-schiitischem Recht unter Mitwirkung eines Mullahs geschieden worden. Das Paar lebt seit neun Jahren in Deutschland, hatte sich aber bereits vor vier Jahren getrennt. Die Ehefrau reichte nunmehr die Scheidung ein. Grundsätzlich wäre gemäss Artt. 14 Abs. 1 Nr. 1, 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB das Heimatrecht der Eheleute anzuwenden. Das Problem dabei ist jedoch, dass das im Iran geltende islamisch-schiitische Recht vorsieht, dass nur der Mann sich scheiden lassen kann und ein islamischer Geistlicher die Scheidung vollziehen muss. Da diese Benachteiligung der Frau gegen den deutschen *ordre public* verstößt, greift Art. 6 EGBGB ein und ermöglicht eine Scheidung nach deutschem Recht. Der genügend enge Binnenbezug für den Geltungsanspruch der Grundrechte in diesem Bereich liegt zumindest dann vor, wenn die Ehegatten ihren

dauerhaften Lebensmittelpunkt in Deutschland haben. Für die Ehefrau stellte eine Scheidung nach deutschem Recht allerdings ein Risiko dar, da diese im Iran nicht anerkannt wird und sie somit Gefahr lief, bei einer Reise dorthin verhaftet zu werden. Der Ehemann stimmte daher der Scheidung nach islamisch-schiitischem Recht auf der Grundlage einer Vereinbarung zu, nach welcher die Ehefrau auf die sogenannte „Morgengabe" verzichtete, welche ihr nach iranischem Recht bei der Scheidung zugestanden hätte, der Mann im Gegenzug das ihm nach iranischem Recht zustehende Sorgerecht für die Kinder nicht beanspruchte.

Source: ***Amtsgericht Siegburg***

Prestation compensatoire – droit applicable

Das OLG Köln hat entschieden, dass bei Anwendung von türkischem Erbstatut und deutschem Güterrechtsstatut ein Zugewinnausgleich durch Erhöhung der Erbquote des Ehegatten nach § 1371 Abs. 1 BGB nicht stattfindet (**2 Wx 115/11**).

Da der Erblasser die türkische Staatsangehörigkeit hatte und in Deutschland verstorben ist, richtet sich das Erbstatut nach Ziffer 14 der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrages zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik vom 28.05.1929, welches Art. 25 EGBGB vorgeht. Daraus ergibt sich eine Nachlassspaltung hinsichtlich des im Inland befindlichen Nachlasses, da der bewegliche Nachlass nach türkischem Recht, das in Deutschland befindliche Grundvermögen nach deutschem Recht zu beurteilen ist.

Das türkische Recht kennt eine dem Zugewinnausgleich dienende Erhöhung der Erbquote des Ehegatten nicht, da nach türkischem Recht das Ehegüterrecht keine Auswirkungen auf die Erbschaft hat. Das OLG Köln ordnet die Zielsetzung des § 1371 BGB als güterrechtlich ein, auch wenn diese in Abs. 1 mit dem erbrechtlichen Instrument der pauschalen Erhöhung der in § 1931 BGB festgelegten Erbquoten umgesetzt wird. Der Anwendung der Vorschrift müssen nach Ansicht des Gerichts dort Grenzen gesetzt sein, wo die Erbquote durch ausländisches Recht abschliessend bestimmt wird, da ansonsten eine verfälschte Anwendung des ausländischen Erbrechts drohe. Eine Erhöhung der Erbquote des Ehegatten verändere das im ausländischen Recht verankerte Verhältnis der Erbquoten des Ehegatten auf der einen und der Verwandten auf der anderen Seite. Vor diesem Hintergrund müssten die im ausländischen Recht verankerten Erbquoten abschliessend bleiben.

Mariage – ordre public

Bei starkem Inlandsbezug verstösst die Anwendung einer ausländischen familienrechtlichen Norm gegen den deutschen *ordre public*, wenn sie dazu führt, dass ein 14-jähriges Mädchen wirksam die Ehe geschlossen hat (KG Berlin, Beschluss vom 21. November 2011 – **1 W 79/11**). Ein (eingebürgerter) Deutscher und eine Libanesin hatten im Libanon geheiratet. Er war zu diesem Zeitpunkt 17 Jahre alt, sie gerade einmal 14. Die Ehe sollte nachträglich in Deutschland beurkundet werden.

Die formellen Voraussetzungen der Eheschliessung – nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB war libanesisches Recht einschlägig – waren erfüllt. Allerdings sind gemäss Art. 13 Abs. 1 EGBGB für jeden Verlobten auch die sachlichen Voraussetzungen der Eheschliessung einzuhalten, welche das Recht des Staates, dem er angehört, vorgibt. Für die Braut war libanesisches Recht berufen, welches die Verweisung annimmt und dessen Anforderungen erfüllt waren, da der Vater der Braut zustimmte und der Richter die Heirat erlaubte. Dieses Ergebnis sei jedoch, nach Ansicht des Gerichts, i.S.d. Art. 6 EGBGB mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar, zudem bestehe ein intensiver Inlandsbezug (Ehemann ist Deutscher, Ehe soll in einem deutschen Register geführt werden). Die Pflicht des Staates zur Gewährleistung des Minderjährigenschutzes ist grundgesetzlich in Artt. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 6 Abs. 2 GG verankert. Durch die Eheschliessung werden nicht nur vermögensrechtliche Pflichten begründet, sondern es entsteht eine auf Dauer angelegte persönliche Bindung mit personenrechtlichen Auswirkungen. Eine Eheschliessung wie die vorliegende wäre daher bei Anwendung deutschen Rechts wegen § 1303 BGB unmöglich. Die Rechtsfolge der Nichtanwendung der ausländischen Norm ist grundsätzlich im ausländischen Recht zu suchen.

Responsabilité – autorité publiques – acte illicite

Der Bundesgerichtshof hat entschieden (**VI ZR 217/10**), dass die Haftung des Staates und des Amtsträgers für nicht-hoheitliches Handeln dem allgemeinen Deliktsstatut unterliegt, soweit es unerlaubte Handlungen betrifft. Das Amtsstatut, welches für hoheitliches Handeln Anwendung findet, ist in diesem Fall nicht einschlägig.

Ein deutscher Patient, welcher in einem Schweizer Spital behandelt wurde, verklagte den dort tätigen Arzt wegen mangelhafter Aufklärung über die Risiken einer Medikation, welche zu seiner Arbeitsunfähigkeit geführt hatte. Der BGH qualifizierte das haftungsauslösende Verhalten des Beklagten nach der *lex fori* (die Rom II-Verordnung fand auf den vorliegenden Fall keine Anwendung) als nichthoheitlich. Der Arzt sei nicht in Ausübung ihm zustehender Hoheitsgewalt, sondern wie eine Privatperson tätig geworden. Für die Anknüpfung an das Amtsstatut sei somit kein Raum, vielmehr sei das Deliktsstatut einschlägig.

Art. 41 EGBGB verdrängt als Ausnahmebestimmung in besonders gelagerten Fällen die allgemeinen Anknüpfungsregeln der Art. 38 ff. EGBGB und beruft ein Recht zur Anwendung, mit dem der zu beurteilende Sachverhalt eine wesentlich engere Verbindung aufweist. Zwar bestand zwischen dem deutschen Patienten und dem behandelnden Arzt kein Vertragsverhältnis, die Beziehungen waren nach der Ansicht des BGH jedoch geprägt von dem ärztlichen Behandlungsverhältnis zwischen Patient und Spital, so dass gemäss Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB Schweizer Recht berufen war. Eine Rück- oder Weiterverweisung ist im Falle akzessorischer Anknüpfung nach dem Sinn der Verweisung ausgeschlossen (Art. 4 Abs. 1 S. 1 HS 2 EGBGB).

Convention de La Haye sur la notification à l'étranger

Werden bei einer Auslandszustellung nach dem Haager Zustellungsübereinkommen (HZÜ) die Anforderungen dieses Abkommens gewahrt und bei der Zustellung nur Formvorschriften des Verfahrensrechts des Zustellungsstaates verletzt, wird der Zustellungsmangel nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nach § 189 ZPO geheilt, wenn das Schriftstück dem Zustellungsempfänger tatsächlich zugegangen ist (**XII ZR 168/09**).

Dies gilt selbst dann, wenn das nach Art. 5 Abs. 1 lit. a HZÜ anzuwendende Recht des Zustellungsstaates keine Heilung vorsieht. Lediglich eine Verletzung von Bestimmungen des HZÜ selbst kann nicht durch Heilungsvorschriften des ersuchenden Staates überspielt werden. Dadurch würde dem Vorrang der staatsvertraglichen Regelung nicht entsprochen. Wird aber bei einer Auslandszustellung den formalen Anforderungen des HZÜ entsprochen und liegt nur ein Verstoss gegen die massgeblichen Vorschriften des Zustellungsstaates vor, so würden Belange des internationalen Rechtsverkehrs nicht berührt, weil der völkerrechtlich vereinbarte Zustellungsweg gerade beachtet worden sei. Dies rechtfertige es nach Ansicht des Gerichts, die Möglichkeit der Heilung von Zustellungsmängeln zuzulassen, wenn der Zustellungsadressat das zuzustellende Dokument tatsächlich erhalten hat und damit der Zweck einer förmlichen Zustellung nach dem autonomen Prozessrecht des ersuchenden Staates erfüllt ist. Da das Zustellungsverfahren Teil des Verfahrens des Prozessgerichts ist, sei es für die Heilung unerheblich, ob das Recht des Zustellungsstaates sie vorsieht oder nicht.

France

Divorce – régime matrimonial – droit applicable

La Cour de cassation première chambre civile dans son arrêt du 12 avril 2012 (**pourvoi n° 10-27016**) a cassé le jugement de divorce d'une Cour d'appel selon lequel le régime matrimonial applicable à un couple français marié à New York où il a vécu pendant une année, puis a déménagé en France, était le régime légal français de la communauté des biens. Pour la Cour de cassation, en application des articles 4, 7 et 8 de la **Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux**, le régime matrimonial était soumis, pour la période où le couple avait vécu à New York, au droit américain, puis pour la période où le couple a vécu en France, au régime légal français de la communauté des biens.

Pays Bas

Enlèvement international – enfant

L'État néerlandais ne poursuit plus les citoyens néerlandais en cas d'enlèvement international d'enfants. L'Autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfants a été supprimée depuis le 1er janvier 2012. Depuis cette date, l'Autorité centrale réfère le(s) partenaire(s) étranger(s) à un avocat au Pays Bas. Les procédures en cours (par devant un tribunal ou la Cour suprême) avant le 1er janvier 2012 continuent d'être traitées par l'Autorité centrale.

*Source: **Rijksoverheid***

Conférence de La Haye de droit international privé

Adoption – protection des enfants

La **Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale** est entrée en vigueur le 1er février 2012 pour le Viet Nam et entrera en vigueur pour le Monténégro et le Rwanda le 1er juillet 2012.

Droits de l'homme

Allemagne

Personne morale européenne – libertés publiques

Das Bundesverfassungsgericht kam zu dem Schluss, dass die Erstreckung der Grundrechtsberechtigung auf juristische Personen aus EU-Mitgliedstaaten eine auf Grund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des allgemeinen Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) erforderliche Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes darstellt (BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 2011 – **1 BvR 1916/09**).

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Ausländische juristische Personen konnten sich nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG hingegen nur auf prozessuale, nicht aber auf materielle Grundrechte berufen. Für juristische Personen mit Sitz in der EU existierte bislang keine explizite Entscheidung. Da die EU heute als hochintegrierter „Staatenverbund" ausgestaltet ist, entspricht die Anwendungserweiterung des Grundrechtsschutzes nach Ansicht des BVerfG den durch die europäischen Verträge übernommenen vertraglichen Verpflichtungen, wie sie insbesondere in den europäischen Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zum Ausdruck kommen. Die europarechtlichen Vorschriften verdrängen dabei Art. 19 Abs. 3 GG nicht, sondern veranlassen lediglich dessen Erstreckung innerhalb des Binnenmarkts.

Eine materielle Gleichstellung im fachgerichtlichen Verfahren über eine unmittelbare Geltung des primären Unionsrechts sei nach Ansicht des Gerichts nicht ausreichend, vielmehr müsse die Durchsetzung von Rechten auch vor dem BVerfG ermöglicht werden. Voraussetzung der Grundrechtserstreckung ist ein Inlandsbezug, der die Geltung der Grundrechte in gleicher Weise wie für inländische juristische Personen geboten erscheinen lässt.

Actualités de l'Institut

Agenda

La **bibliothèque** de l'Institut suisse de droit comparé est maintenant **ouverte les samedis de 10 heures à 17 heures**.

Le 26 et 27 avril 2012, l'Institut suisse de droit comparé, l'Association internationale des sciences juridiques, la Société suisse de législation et la Société de droit international organisent un colloque sur «**The Impact of Foreign and International Law on National Legal Systems – *Comparisons in Legal Development***».

Publications

Vient de paraître:

La révision du Règlement 44/2001 (Bruxelles I)
Quelles conséquences pour la Convention de Lugano ?
Actes de la 23e Journée de droit international privé du 8 avril 2011 à Lausanne
Vol. 69, **Schulthess**, 2011.