



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

## ISDC's Letter

Janvier 2005 – N° 2

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
- Responsabilité civile
- Trusts
- Commerce international
- Procédure civile
- Droit pénal
- Droit public
- Droits fondamentaux
- Droit fiscal
- Droit professionnel des avocats

#### Actualités de l'Institut

- Publications
- Agenda

#### Bibliothèque

### 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.

### Editorial

*«L'indépendance et l'impartialité de l'Institut suisse de droit comparé sont [...] a priori garanties».*

Ce label, qui vaut son pesant d'or, émane de la plus haute juridiction de notre pays ([28.10.2004–1P.390/2004/col](#)), laquelle a rejeté, à la fin de l'année dernière, une demande de récusation de l'Institut déposée par un avocat genevois.

Le plaideur ne voulait pas de l'Institut comme expert, mettant en doute sa neutralité: n'avait-il pas, par le passé, renseigné à deux reprises la partie adverse? Ces soupçons de connivence, le Tribunal fédéral les a balayés d'un revers de la main: que l'on suspecte des consultants privés d'être à la solde de leurs mandants, soit! Pareille défiance n'est en revanche plus de mise en présence d'un établissement public qui a pour vocation légale de faire connaître le droit étranger. Ce d'autant que non seulement l'Institut s'abstient de tout conseil stratégique, mais encore, et surtout, ne tire aucun avantage financier des prestations fournies. Et les juges du Tribunal fédéral de mettre en exergue le fait que «ses collaborateurs scientifiques ne touchent aucun pourcentage des émoluments perçus pour les renseignements ou les avis de droit qu'ils donnent».

Autrement dit, le désintéressement n'est pas seulement une louable vertu, c'est un gage de qualité. En tout cas pour ceux qui ont mission, à l'instar de l'Institut, d'être un auxiliaire de la justice.

A l'heure des privatisations à tous crins, il importe de ne pas perdre de vue certains avantages du service public; à commencer par l'indépendance et l'impartialité de qui ne chasse pas les honoraires. L'Institut, qui est en train de revisiter son statut et son financement a pris bonne note du rappel du Tribunal fédéral.

Bertil Cottier, directeur a.i.

## Sommaire

### Droit de la famille

#### Allemagne

##### **Mère célibataire – contribution d’entretien selon § 1615I BGB – montant restant à la disposition du débirentier**

Le 1<sup>er</sup> décembre 2004 le Bundesgerichtshof a rendu un arrêt concernant la contribution d’entretien d’une mère célibataire (XII ZR 3/03, [Communiqué de presse 145/2004](#)) abaissant le montant restant à disposition du débirentier non marié.

La jurisprudence antérieure à l’égard des mères célibataires se basait sur un montant dit approprié (*angemessener Selbstbehalt*, 1000€) qui s’applique également pour l’obligation d’entretien des enfants majeurs. Le plafond pour l’entretien des enfants mineurs est en revanche un montant dit nécessaire (*notwendiger Selbstbehalt*, 840€). Selon la Cour le montant dans le cadre d’une demande selon § 1615I BGB doit être fixé entre les deux.

L’argumentation de l’arrêt est la suivante: considérant que le but de la contribution d’entretien allouée à une mère divorcée ou à une mère célibataire est le même (les soins et l’éducation prodigués sans obligation d’activité professionnelle) et le fait que le législateur a assimilé, pour des raisons relatives à l’intérêt de l’enfant, leurs régimes d’entretien, une telle inégalité n’est pas justifiée.

En outre, une mère célibataire a un rang de crédiereutier supérieur à celui des enfants majeurs; une référence au montant dit approprié n’est donc pas non plus justifiée sous cet aspect.

##### **Mère célibataire – contribution d’entretien – principe de partage par moitié de l’ensemble des revenus**

Le 15 décembre 2004 le Bundesgerichtshof a rendu un arrêt concernant le calcul de la contribution d’entretien d’une mère célibataire (XII ZR 121/03; [Communiqué de presse 149/2004](#)). Dans un cas où le revenu du père n’était pas suffisant pour maintenir le train de vie de la crédiereutière, la cour a décidé que le montant des subsides de la mère n’est pas seulement limité

par le montant qui doit rester à disposition du débireutier, mais aussi par l’application du principe de partage par moitié de l’ensemble des revenus (de la crédiereutière et du débireutier).

Le montant de la contribution d’entretien d’une mère célibataire est en principe calculé par rapport au revenu dont la crédiereutière disposerait sans la naissance de l’enfant (§ 1615I al. 2 BGB). Etant donné que le principe de partage par moitié de l’ensemble des revenus est appliqué dans le cas d’une femme divorcée dont la créance à l’égard de son ex-mari est moins limitée en particulier dans le temps, ce principe doit s’appliquer d’autant plus au cas d’une femme non mariée.

Se basant sur l’argumentation de l’arrêt XII ZR 3/03 (voir contribution précédente), la Cour souligne que la position de la crédiereutière non mariée ou divorcée est comparable et ajoute qu’il n’y a pas de garantie de maintien du train de vie antérieur de la femme non mariée.

#### Israël

##### **Reconnaissance partielle des couples homosexuels**

L’actuel Procureur général a renversé la pratique de son prédécesseur en reconnaissant les unions de fait de personnes de même sexe en ce qui concerne les aspects économiques, y compris la fiscalité, et a donné des instructions de ne pas faire appel d’une décision de la cour du district de Nazareth qui, avait reconnu l’union de deux personnes de même sexe dans une affaire de succession. Les membres d’une union du même sexe seront désormais traités comme des «common-law spouses», en ce sens qu’on leur confère dans certains domaines du droit les mêmes droits et devoirs qu’aux couples mariés. Les partenaires de ces unions sans lien formel de mariage seront considérés, pour les aspects patrimoniaux (l’imposition, l’immobilier, les dons), comme les couples mariés

Source: Wed., December 08, 2004 Kisleb 25, 5765.

#### Nouvelle Zélande

##### **Union civile, hétérosexuelle, homosexuelle**

Le parlement a adopté, le 9.12.2004, le [Civil Union Act 2004](#) (partenariat civil) qui entrera en vigueur le 26.4.2005. Cette union est ouver-

te aux couples hétérosexuels et homosexuels âgés d'au moins 16 ans (le partenaire âgé de 16 ou 17 ans doit obtenir le consentement de ses représentants légaux ou du juge) pour autant qu'il n'y ait pas d'empêchement au sens du [Schedule Second](#).

## Responsabilité civile

### France

#### Médecin salarié dans un établissement privé

Cour de Cassation (1<sup>ère</sup> Chambre civile) – N° de pourvoi: 01-17908 – Responsabilité civile du médecin salarié – articles 1382, 1384 alinéa 5 Code civil.

Le 9 novembre 2004, la Cour de Cassation a rendu un arrêt selon lequel les médecins salariés doivent être soumis au régime général d'immunité en matière de responsabilité civile. Selon cet arrêt «*le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient*».

Cet arrêt fait suite à celui rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation, le 25 février 2000 (N° de Pourvoi 97-17.378 – Cour de Cassation, Assemblée plénière) qui a instauré un principe général d'immunité en matière de responsabilité civile applicable à tous les salariés, mais dont les médecins salariés avaient été mis à l'écart, la liberté dont jouissent ces derniers dans l'exercice de leur art imposant qu'ils répondent personnellement de leurs faits et gestes.

Textes disponibles sur: [Legifrance](#)

## Trusts

### Malte

#### Trusts – Code civil – clause arbitrale – blanchiment d'argent

Le Parlement maltais a adopté un amendement à la loi sur les trusts: [Trusts \(Amendment\) Act, 2004](#) (*Government Gazette of Malta No. 17,682 – 23rd November, 2004*). Cet amendement modifie d'autres lois, en particulier:

Le Code civil, en introduisant notamment deux nouveaux titres: Des trusts et leurs effets (articles 954A et s.) et Des trusts et obligations (articles 2095A et s.).

La loi sur l'arbitrage par l'incorporation d'un nouvel article (15A) qui permet d'inclure dans le testament et dans le *deed of trust*, une clause d'arbitrage.

Mais aussi, notamment: la loi sur l'impôt sur le revenu, la loi sur la propriété immobilière (acquisition par des non résidents), la loi sur les banques, la loi sur le blanchiment d'argent et la loi sur les sociétés.

## Commerce international

### Conseil économique et social de la Ligue arabe

#### Zone arabe de libre échange – droits de douane – exonération

Une décision du Conseil économique et social de la Ligue arabe du 19 février 1997 ([texte de la décision en arabe](#)), avait prévu une exonération progressive des droits de douane à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1998 pour parvenir à une zone de libre échange avec exonération totale dans les dix ans pour les produits agricoles, les matières premières et les produits manufacturés dans les pays arabes. Dix-sept pays arabes ont toutefois décidé d'avancer cette date afin que l'accord entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005.

Il s'agit des pays suivants: les Emirats arabes unis, le Bahrayn, la Tunisie, le Soudan, l'Arabie saoudite, la Syrie, l'Irak, le sultanat d'Oman, la Palestine, le Qatar, le Kuwait, le Liban, la Libye, l'Egypte, le Maroc, la Jordanie et le Yémen ([texte du programme d'exécution de l'accord en arabe](#)).

Selon cet accord, les litiges sont réglés par le Conseil économique et social de la Ligue arabe.

## Procédure civile

### Autriche

#### Amendement de la procédure civile

L'amendement de la procédure civile de 2004, [BGBl. I 128/2004](#) incorpore notamment les règles de la loi sur la protection des données de

2000 (LPD) dans le domaine de la récolte de données en justice et transpose la directive 2003/8/CE du Conseil sur l'assistance judiciaire transnationale.

Il est précisé que les droits relatifs à l'information, la rectification et la radiation selon la LPD doivent être exercés devant le tribunal qui a effectué l'enregistrement des données. En cas de violation du droit à la protection des données personnelles par les organes judiciaires, la personne concernée peut faire appel devant le tribunal supérieur afin de constater cette violation.

Dans le domaine de l'assistance judiciaire, les frais de transport seront remboursés si la comparution de la partie devant la cour est absolument nécessaire. Il est également précisé que l'assistance comprend le conseil juridique avant la procédure et une éventuelle transaction extrajudiciaire. Les tribunaux des districts autrichiens sont les instances compétentes pour transmettre les demandes d'assistance judiciaire pour les procédures ayant lieu dans un autre Etat membre de l'UE.

## Bulgarie

### Médiation

Le 3 décembre 2004, le Parlement a adopté la loi sur la médiation qui règle la médiation et la conciliation. La loi impose au Ministère de la justice de mettre en place un registre national des médiateurs, de rédiger un code d'éthique des médiateurs et d'assurer les standards de qualification professionnelle des médiateurs. L'adoption de cette loi est une des conditions l'adhésion à l'UE.

Source: A bulletin for CEELI Staff, Décembre 2004

## France

### Modalités d'enrôlement des requêtes en divorce ou en séparation de corps

Le 23 novembre 2004, le ministère de la justice a publié une circulaire présentant la réforme du divorce opérée par la [loi n° 2004-439 du 26 mai 2004](#) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Une circulaire du 15 octobre 2004 a été rendue publique en même temps. Elle précise les modalités d'enrôlement des requêtes en divor-

ce ou en séparation de corps faisant l'objet d'un audiencement après le 1<sup>er</sup> janvier 2005. A l'attention des barreaux, elle rappelle notamment la nécessité de mettre les requêtes en conformité avec les dispositions de la nouvelle loi.

## Droit pénal

### Espagne

#### Violence liée au genre

Le 29 décembre 2004 a été publiée, dans le journal officiel ([BOE núm. 313, 42166](#)), la Loi organique 1/2004 du 28 décembre 2004 sur les mesures de protection intégrale contre la violence de genre. Cette loi a pour objet la lutte contre la violence exercée sur les femmes par ceux qui sont ou ont été leurs conjoints ou par ceux qui sont ou ont été liés à elles par des relations intimes similaires, et cela même sans cohabitation.

La lutte contre la violence de genre est principalement centrée sur:

- les mesures de sensibilisation, prévention et détection (dans les domaines de l'éducation, de la publicité et les moyens de communication et dans celui de la santé);
- les droits des femmes victimes de violence de genre (dans les domaines de l'information, de l'assistance sociale intégrale, de l'assistance judiciaire, du travail, de la sécurité sociale et des ressources économiques);
- la tutelle pénale (modification du Code pénal: le fait que la victime soit une femme est considéré comme critère d'aggravation de la peine).

### Russie

#### Immigration illégale

A la fin de l'année 2004, le Code de procédure pénale, le Code de procédure administrative, le Code pénal et le Code pénal administratif ont été amendés. Un nouvel article a notamment été introduit dans le Code pénal sur «l'organisation de l'immigration illégale» qui punit toute organisation qui fait entrer ou transiter des étrangers ou des apatrides en Russie. La peine maximale prévue est de cinq ans d'emprison-

nement. En outre le Code pénal administratif contient une nouvelle norme (Art. 18.11) sur la violation des règles sur l'immigration, en particulier celles sur le contrôle d'immigration, refus de passer un examen médical ou de séjourner dans les zones de transit prévues pour les immigrés.

Enfin, le Code de procédure pénal comporte une nouvelle norme sur les sanctions: le tribunal peut imposer des travaux de rééducation ou des travaux d'intérêt général.

Source: [Lawportal](#)

## USA

### Sentencing Guidelines

Les modifications aux [U.S. Sentencing Guidelines](#), proposées par le Congrès au mois d'avril dernier sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2004. Ces modifications comprennent notamment des dispositions qui pourraient forcer certaines sociétés à renoncer au secret professionnel (attorney-client and work product privileges) afin de se voir infliger des peines moins sévères en échange de leur coopération avec l'Etat.

Les modifications établissent aussi des peines en cas de violation du «CAN-SPAM Act» selon lequel l'activité frauduleuse par le biais du courrier électronique est passible de peines pénales et l'utilisation d'adresses obtenues illicitement est considérée comme une circonstance aggravante.

Dans une décision controversée du 12 janvier 2005, la Cour Suprême a conclu que le Sixième Amendement de la Constitution impose que ce soit le jury – et non pas le juge – qui décide des éléments pouvant aggraver les peines imposées. Par conséquent, les Federal Sentencing Guidelines ne sont pas obligatoires, ce qui pourrait avoir pour effet que le juge dispose d'une discrétion accrue, n'étant plus contraint de suivre les minima et maxima prévus par les Guidelines. *U.S. v. Booker, U.S. v. Fanfan*, 2005 WL 50108 (Jan. 12, 2005)

### Spamming

Deux frères qui ont envoyé des courriers électroniques non sollicités à des millions d'Américains ont été condamnés à des peines de prisons et d'amendes dans la première inculpation criminelle pour distribution de spam. (Voir *Com. v. Jaynes* 2004 WL 2085359 (Va. Cir. Ct.)).

## Droit public

### Autriche

#### Modification de la loi sur tabac

La loi sur le tabac a été modifiée le 30 décembre 2004 ([BGBl. I Nr. 167/2004](#)) quant à la protection des non fumeurs. A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2005, l'interdiction de fumer (Art. 13) s'applique à tous les locaux dans les bâtiments destinés au public sauf dans les restaurants et les bureaux de tabac.

En outre, la nouvelle loi comporte une obligation d'indiquer ces endroits (Art. 13a) par l'intitulé «non fumeurs» ou par des symboles «non fumeurs». Celui qui ignore cette obligation d'indication sera puni (Art. 14a) d'une amende pouvant aller jusqu'à 720 €. Cet article entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

### Italie

#### Législation anti-tabac

Après la loi de 1975, qui concernait hôpitaux, taxis, métro et bus, l'Italie complète sa législation anti-tabac. Le 10 janvier 2005 est entrée en vigueur une loi ([Loi du 16 janvier 2003, n. 3, article 51 – Décret du Président du Conseil de ministres du 23 décembre 2003](#)) interdisant de fumer dans tous les lieux publics (bureaux des administrations, entreprises, hôtels, restaurants, théâtres, discothèques, cercles culturels) à l'exception des salles expressément réservées et aménagées pour les fumeurs. Ces dernières doivent être dûment séparées des autres locaux où il est interdit de fumer et leur surface doit être inférieure à la moitié de la surface globale de l'établissement, être limitées par des murs à toute hauteur sur les quatre côtés, être dotées de portes à fermeture automatique et ne pas constituer un passage obligé pour les non-fumeurs. Enfin, elles doivent être munies de moyens de ventilation. Les contrevenants sont passibles d'une amende de 25 à 250 €, pouvant être doublée si l'infraction est commise en présence d'une femme enceinte ou d'enfants jusqu'à 12 ans. Pour les tenanciers qui ne font pas respecter la loi, la sanction sera une amende de 200 à 2000 €, pouvant même entraîner la suspension de leur licence ou la fermeture de leur établissement.

## USA

### Sécurité Interne

Le 17 décembre le Président a signé une nouvelle loi ([Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004](#)) concernant la sécurité interne. Elle prévoit une consolidation de la communauté d'intelligence sous l'égide d'un *Director of National Intelligence*, qui conseillera directement le Président et une restructuration du *National Center of Counterterrorism* dont le directeur sera désormais nommé par le Président ainsi que la création de nouvelles agences administratives, telles que le *Privacy and Civil Liberties Board*.

Dorénavant, les agences d'intelligence, de sécurité interne et de police seront contraintes de coopérer et de partager des informations. La sécurité aux frontières, en particulier dans les aéroports, sera renforcée, impliquant ainsi l'utilisation accrue de technologies biométriques et des modifications des procédures d'octroi de visas.

## Droits fondamentaux

### Arménie

#### 12<sup>ème</sup> Protocole de la CEDH, interdiction générale de discrimination

Le 17 décembre 2004, l'Arménie a ratifié le [12ème Protocole de la Convention européenne des Droits de l'Homme](#). Suite à cette ratification, ce protocole entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005, conformément à son article 5, dans les pays suivants: Albanie, Arménie, Bosnie et Herzégovine, Croatie, Chypre, Georgie, Pays-Bas, San Marino, Serbie et Monténégro et Macédoine. Le protocole prévoit une interdiction générale des discriminations, y compris de la part des autorités, contrairement à ce que prévoit l'article 14 de la CEDH qui se limite à l'interdiction des discriminations relatives aux droits qu'elle protège.

### Grande Bretagne

#### CEDH: Droit à la liberté et à la sûreté (art. 5) – Interdiction des discriminations (art. 14), Human Rights Act 1998, Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001

Neuf présumés terroristes d'origine étrangère, détenus sans jugement sur la base des sec-

tions 21 et 23 de l'[Anti-terrorism, Crime and Security Act de 2001](#) applicables uniquement aux étrangers, ont porté leur cas devant la *Special Immigration Appeals Commission*. Celle-ci a rendu une décision le 30.07.2002, estimant que l'Anti-Terror Act discrimine de manière injustifiée les étrangers par rapport aux Britanniques. Cette décision a été renversée, le 25.10.2002, par la *Court of Appeal* ([\[2000\] EWCA Civ 1502](#), [\[2004\] QB 335](#)). Les présumés terroristes ont fait appel auprès de la *House of Lords* qui a rendu un jugement le 16.12.2004 ([\[2004\] UKHL 56](#)), selon lequel la section 23 de l'[Anti-terrorism, Crime and Security Act de 2001](#) est incompatible avec les articles 5 et 14 de la CEDH dans la mesure où la détention, sans jugement, d'étrangers suspects, mais pas des Britanniques, constitue une discrimination en raison de la nationalité ou du statut d'immigrant.

## Droit fiscal

### France

#### Droit européen – liberté d'établissement – imposition des plus-values non encore réalisées

Le 11 mars 2004, la Cour de justice des communautés européennes (*CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> sous-sections, 10 novembre 2004, req. N° 211341, M. de Lasteyrie du Saillant*), statuant sur une question préjudicielle soumise par le Conseil d'Etat français, a estimé que le principe de la liberté d'établissement s'oppose à ce qu'un Etat membre mette en place un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet Etat. Le Conseil d'Etat a tiré les conséquences de cette décision et, dans un arrêt du 10 novembre 2004, a annulé le décret n° 99-590 du 6 juillet 1999 portant application de l'article 167 bis du Code général des impôts prévoyant une telle imposition en cas de transfert du domicile fiscal dans un autre Etat membre de l'Union européenne par un contribuable exerçant la liberté d'établissement.

Texte disponible sur: [Legifrance](#)

## Droit professionnel des avocats

### Autriche

#### Droit professionnel des avocats – nom de domaine «scheidungsanwalt.at»

Dans sa décision B 1103/03 la Cour Constitutionnelle (VfGH) a constaté qu'une amende disciplinaire sanctionnant une publicité contraire à la déontologie des avocats (réservation du nom de domaine «www.scheidungsanwalt.at») ne constitue ni une violation de la liberté d'expression constitutionnellement protégée (art. 13 StGG, *Staatsgrundgesetz 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger*) ni une violation de la liberté économique (art. 6 StGG).

Dans la mesure où le droit professionnel se base sur «l'idée de collégialité», la Commission disciplinaire des avocats estimait que la réservation dudit domaine constituait une publicité portant atteinte à l'honneur et à la réputation des avocats. Selon elle, le détenteur du domaine essaie «de se présenter vis-à-vis du public comme l'unique avocat spécialisé en matière de divorce».

La VfGH n'exclut pourtant pas l'argumentation soutenue par la Commission, car il n'est pas impossible que le nom du domaine en question donne l'impression que son détenteur est, sinon l'unique, au moins le prestataire principal.

Texte disponible sur:

[Rechtsinformationssystem](#)

[Actualité de l'Institut](#)

## Publications

#### Liberté de l'art et indépendance de l'artiste/ Kunstfreiheit und Unabhängigkeit der Kunstschaffenden (Vol. 50)

Schulthess – Zürich

Actes du Colloque international des 27 et 28 novembre 2003 à Lausanne

Disponible chez [l'éditeur](#) et en librairie

## Agenda

#### Lausanne, le 14 et 15 janvier 2005

Bertil Cottier, directeur a.i., donnera un cours sur le droit des médias dans le cadre de la formation de directeurs de la communication organisé par la SAWI/SPRI

#### Lausanne, le 20 janvier 2005

Bertil Cottier, directeur a.i., donnera, aux journalistes stagiaires de Suisse romande, une conférence sur la liberté de la presse

#### Montana-Crans, le 4 mars 2005

Bertil Cottier, directeur a.i., donnera dans le cadre du 3ème cycle d'Informatique des Universités de Suisse romande un cours sur Internet et territorialité du droit.

#### Lausanne, le 18 mars 2005

La XVIIème Journée de Droit International Privé aura lieu à l'ISDC sur le thème suivant:

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

[Programme](#)

[Bulletin d'inscription](#)

## Bibliothèque

La bibliothèque a le plaisir de vous annoncer que désormais la totalité des données bibliographiques, y compris celles concernant les livres en cours d'acquisition, est accessible dans son [catalogue en ligne](#).