



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

# 26

## ISDC's Letter

Octobre 2010

Edition: Lukas Heckendorn Urscheler, Alfredo Santos.

Contributeurs : Alberto Aronovitz, Raphaëlle de Gourcy, Marit Mann, Annelot Peters, Alfredo Santos

### Sommaire

- Droit de la famille et des personnes
- Droit des successions
- Droit des obligations et des contrats
- Droit des sociétés
- Droit pénal

### Actualité de l'Institut

- Publications
- Agenda

### 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.

Dorigny - CH-1015 Lausanne  
Tél. +41 (0)21 692 49 11  
Fax +41 (0)21 692 49 49  
[www.isdc.ch](http://www.isdc.ch)

### Editorial

Chères amies et chers amis de l'Institut,

Dans l'édition d'octobre trois thèmes sont en évidence :

- Le premier concerne le droit de la famille au sens large. Ainsi, en Allemagne, les droits de garde et de partenariats enregistrés ont fait l'objet de nouveaux développements législatifs et jurisprudentiels. La protection des partenaires dans l'union de fait a fait l'objet d'un amendement de la législation existante au Portugal alors qu'en France, une décision étrangère d'adoption par un couple homosexuel a été reconnue. Au Brésil, c'est une plus grande protection de l'un des parents par rapport à l'autre dans les relations avec leurs enfants qui sera en vigueur à partir de maintenant.
- Le deuxième traite du droit des sociétés. Dans ce domaine, la Belgique a adopté un Arrêté royal qui renforce la *Corporate governance* des sociétés cotées en bourse, les Pays-Bas reconnaissent un droit de parole au Conseil d'entreprise lors des assemblées des actionnaires ainsi que la possibilité de donner son avis sur les nominations et révocations de la direction; l'Espagne, quant à elle, a procédé à une refonte complète du droit des sociétés de capitaux.
- Le dernier thème concerne le droit pénal en Espagne et à Malte. Ces deux pays ont incorporé dans leurs codes pénaux des infractions concernant des actes de nature sexuelle avec des mineurs en utilisant les nouvelles technologies pour les contacter.

\*\*\*\*\*

Notre Institut, en collaboration avec la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, co-organise les :

**Journées Turco-Suisse 2011**

6 & 7 mai 2011

**Appel à contributions**

# Sommaire

---

## Droit de la famille et des personnes

---

### Allemagne

#### Couple non marié – droit de garde

La Cour constitutionnelle a jugé, le 21 Juillet 2010 (**1 BvR 420/09**), que les normes concernant le droit de garde qui excluent le père d'un enfant naturel d'exercer celle-ci, si la mère n'acquiesce pas à la garde partagée ou à la garde exclusive du père, limitent d'une manière trop drastique son droit naturel à l'élever et à l'éduquer selon art. 6 al. 2 de la Loi fondamentale. Les §§ 1626a al. 1 N° 1 et 1672 al. 1 du Code civil allemand (BGB), n'accordent pas au père, exclu du droit précité, un droit de recours, afin de faire réviser cette décision. La Cour constitutionnelle a ordonné, ceci jusqu'à ce que le droit actuel soit amendé, qu'à la requête du père, le tribunal de famille (*Familiengericht*) lui accorde le droit de garde, si ce dernier ne peut pas être exercé de manière conjointe et si le bien-être de l'enfant le requiert.

#### Eingetragene Lebenspartnerschaften

Das Bundesverfassungsgericht entschied am 21. Juli 2010 (**1BvR 611/07 - 1 BvR 2464/07**), dass die erbschaftssteuerrechtliche Benachteiligung homosexueller Lebenspartner gegenüber Ehepaaren verfassungswidrig ist. So enthielt das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz in der Fassung nach dem Jahressteuergesetz 1997 vom 20. Dezember 1996 (ErbStG a.F.) Regelungen, nach denen eingetragene Lebenspartner nach Schaffung des Rechtsinstituts der Lebenspartnerschaft im Jahre 2001 erbschaftsteuerrechtlich in Bezug auf den persönlichen Freibetrag und den Steuersatz sowie durch Nichtberücksichtigung im Versorgungsfreibetrag erheblich höher belastet werden als Ehegatten. Mit

dem Erbschaftsteuerreformgesetz 2008 sind diese Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes zwar zu Gunsten von eingetragenen Lebenspartnern geändert worden, allerdings werden eingetragene Lebenspartner weiterhin wie entfernte Verwandte und Fremde mit den höchsten Steuersätzen besteuert. Das Bundesverfassungsgericht ordnete an, dass der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2010 eine Neuregelung für die vom Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz a.F. betroffenen Altfälle zu treffen hat, die die Gleichheitsverstöße in dem Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften vom 16. Februar 2001 bis zum Inkrafttreten des Erbschaftsteuerreformgesetzes vom 24. Dezember 2008 beseitigt. Nach dem **Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Jahressteuergesetz 2010 vom 22. Juni 2010** ist eine vollständige Gleichstellung von Lebenspartnern und Ehegatten im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrecht – also auch in den Steuersätzen – beabsichtigt.

Kurz vorher kam der Bundesgerichtshof in zwei Urteilen vom 7. Juli 2010 zu dem Ergebnis, dass eingetragene Lebenspartner auch bei der Hinterbliebenenversorgung des öffentlichen Dienstes nicht schlechter behandelt werden dürfen als Ehepaare. Die Versorgungsanstalt ist verpflichtet, dem überlebenden Lebenspartner dieselbe **Rente zu gewähren wie einem Witwer in einer heterosexuellen Ehe**. In der zweiten Entscheidung gab der Bundesgerichtshof der Klage eines **verwitweten Lebenspartners auf Sterbegeld** statt.

In einer Entscheidung des **Verwaltungsgerichts Berlin** vom 15. Juni 2010 kam das Gericht zu dem Schluss, dass eine in Kanada geschlossene Verbindung zweier Männer im deutschen Melderegister als Lebensgemeinschaft einzutragen ist. Der Kläger hatte seinen spanischen Partner in Kanada nach dortigem Recht rechtsgültig geheiratet. Ein Anspruch auf die Eintragung als „verheiratet“ bestehe nach Ansicht des Gerichts nicht, da dies nach deutschem Rechtsverständnis verschiedengeschlechtliche Partner voraussetzt. Allerdings bestehe, entgegen der ablehnenden Ansicht der Meldebehörde, ein Anspruch auf die Eintragung als Lebenspartnerschaft, da die kanadische gleichgeschlechtliche Ehe weitgehend der eingetragenen Lebenspartnerschaft nach deutschem Recht entspreche.

## Autriche

### Convention européenne des droits de l'homme – mariage homosexuel

Dans un arrêt du 24 juin 2010 (Shalk et Kopf c/ Autriche, requête 30141/04), la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la compatibilité entre l'impossibilité légale du mariage homosexuel et les articles 12, puis 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour énonce que l'on ne peut plus considérer l'article 12, garantissant la liberté de se marier et de fonder une famille, comme uniquement applicable aux couples de sexe différent. Toutefois, elle constate le désaccord des Etats européens sur la question du mariage homosexuel pour valider, sur le fondement de la marge nationale d'appréciation, l'interdiction autrichienne.

En second lieu, elle écarte les articles 8 et 14, invoqués à titre subsidiaire par les requérants: parce qu'ils ne peuvent ni se marier ni bénéficier d'aucun autre statut légal pour encadrer leur relation, ces derniers prétendent subir une discrimination tenant à leur orientation sexuelle. La Cour admet que les relations stables d'un couple homosexuel constituent une vie familiale couverte par les dispositions protectrices de la Convention. Mais les articles 8 et 14 ne peuvent fonder une obligation de reconnaître le mariage homosexuel, en contradiction avec l'article 12 qui conserve aux Etats leur liberté d'interdire le mariage homosexuel. En outre, en vertu de sa marge nationale d'appréciation, l'Etat autrichien ne peut être condamné pour le caractère tardif de l'adoption d'un statut légal de l'union homosexuelle, statut qu'il est en droit d'organiser librement.

Source: **CEDH**

## Brésil

### Dégradation-humiliation d'un parent vis-à-vis de son enfant

Le 26 août 2011 est entrée en vigueur la **Loi n° 12.318**, dite « d'aliénation parentale », qui vise à empêcher l'un des parents ou d'autres membres de sa famille qui sont détenteurs de l'autorité parentale, de la garde ou de la surveillance d'un enfant, qu'ils ne réalisent des actes visant à dénigrer l'autre

parent ou à entraver la relation avec son enfant. Cette loi a pour but d'empêcher l'utilisation des enfants comme moyen de pression ou de vengeance. L'art. 2 de la dite loi fournit une liste d'actes qui sont considérés comme « aliénation parentale ».

## Espagne – Communauté autonome de Catalogne

### Code civil de Catalogne (CCC) – personnes – famille

Le Président de la Generalitat de Catalogne a promulgué la Loi 25/2010 du 29 juillet portant livre deuxième du CCC (**BOE Núm. 203 Sec. I. Pág. 73429**). Cette loi, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, abrogera plusieurs lois dont l'actuel Code de la famille. Le livre deuxième du CCC règle le droit de la personne et de la famille. Dans le premier cas, il y a une nouveauté à savoir que les articles 212-1 et ss du CCC introduisent le droit de toute personne à être informée sur les traitements médicaux ainsi que celui du consentement éclairé. S'agissant de la famille, le régime matrimonial ordinaire est celui de la séparation des biens. En outre, il est possible d'établir des conventions en prévision d'une rupture matrimoniale.

## France

### Couple homosexuel – adoption d'un enfant – exequatur d'une décision étrangère

Dans un arrêt (**pourvoi N° 08-21.740**), la Cour de cassation (Première chambre civile) a jugé que le partage de l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante de l'enfant n'est pas contraire à l'ordre public international français et a ordonné l'exequatur d'une décision de la Cour suprême du Comté de Dekalb (Etat de Georgie, USA).

## Portugal

### Unions de fait – protection

La Loi N° 23/2010 du 30 août portant modification de la Loi N° 7/2001 du 11 mai sur les mesures de protection des unions de fait a été publiée dans le

journal officiel (**Diario da Republica, 1.a - N.º 168 – 30 de Agosto de 2010**). L'article 3 de la dernière loi précitée prévoit d'octroyer dans certains domaines les mêmes droits qu'un couple marié. En particulier, concernant la protection sociale en cas de décès (application du régime général et des régimes spéciaux de la sécurité sociale).

## Droit des successions

---

### Allemagne

#### CEDH – enfants naturels – successions

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans un arrêt du 28 mai 2009 (Brauer c/ Allemagne, requête 3545/04) que le traitement inégalitaire en droit des successions des enfants nés hors mariage et avant le 1<sup>er</sup> juillet 1949 viole la Convention européenne des droits de l'homme. Le Gouvernement fédéral a réagi en adoptant un **projet de loi** (texte en allemand) par lequel ces enfants seront traités de la même manière que les autres enfants dans le cadre d'une succession. Ce projet prévoit un effet rétroactif. Ceci aura comme conséquence que dans les cas où l'Etat aurait hérité en lieu et place d'un enfant né hors mariage et avant le 1<sup>er</sup> juillet 1949, il devra restituer cet héritage à cet enfant.

Source: **CEDH**

## Droit des obligations et des contrats

---

### France

#### Clause limitative de responsabilité

Une partie contractante peut se prévaloir d'une clause limitative de responsabilité lorsqu'elle ne vide pas de toute substance son obligation essentielle. Seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Dans un arrêt du 29 juin 2010 (**pourvoi N° 09-11.841**), la chambre commerciale de la Cour de cassation se rend à la résistance des juges du fond

et adopte une solution plus favorable au jeu des clauses limitatives de réparation: le manquement d'une partie à une obligation essentielle ne la prive pas nécessairement du droit d'opposer une clause limitative de réparation à son cocontractant. La Cour relève que le montant, négocié, de l'indemnisation n'était pas dérisoire et que la société à qui doit profiter la clause limitative avait consenti à son cocontractant une importante remise lors de la conclusion du contrat. La clause limitative de réparation peut donc être invoquée avec succès car elle ne vide pas de toute substance l'obligation essentielle de la société qui s'en prévaut.

En second lieu, l'arrêt précité tranche l'incertitude qui régnait autour de la nature de la faute lourde susceptible de faire échec au jeu de la clause limitative. La faute lourde doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur; le seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, est insuffisant.

## Droit des sociétés

---

### Belgique

#### Code de gouvernement d'entreprise – sociétés cotées en bourse

La loi du 6 avril 2010 renforce la *corporate governance* dans les sociétés cotées en bourse et les entreprises publiques de Belgique. Ainsi les entreprises doivent garantir la transparence de la rémunération des cadres supérieurs, répartir une partie de la rémunération variable dans le temps afin de mieux tenir compte de la perspective à long terme et limiter les indemnités de départ à 12 mois de salaire – ou à 18 mois sur la proposition du comité de rémunération – sauf si les actionnaires acceptent une dérogation.

Il n'appartient pas au gouvernement de régler tous les aspects de la gestion des entreprises. C'est pourquoi les milieux d'affaires ont rédigé leur propre code de gouvernement d'entreprise, qui a été retravaillé par la Commission belge *corporate governance* en 2009.

En exécution de la nouvelle loi du 6 avril 2010, un Arrêté Royal (AR) a maintenant été signé. Celui-ci reconnaît le Code de 2009 comme le seul et

l'unique code de référence pour le gouvernement d'entreprise. Concrètement, les entreprises concernées doivent donc appliquer ce code à leurs pratiques. Si elles dérogent aux règles du code, elles doivent clairement le justifier dans leur rapport annuel. Ainsi une base est créée au départ d'un seul code bien précis, rédigé par les entreprises elles-mêmes.

Avec la nouvelle loi, l'AR constitue une adaptation importante des règles en matière de *corporate governance* pour les entreprises cotées en bourse.

Source: **Moniteur belge**

## Espagne

### Sociétés de capitaux

Le Gouvernement a adopté le Décret royal législatif 1/2010 du 2 juillet (délégation législative prévue dans la **Loi 3/2009, du 3 avril**) par lequel il a approuvé la refonte de la Loi sur les Sociétés de capitaux (**BOE Núm. 161 Sec. I. Pág. 58472**). Cette loi contient une partie générale qui s'applique à l'ensemble des sociétés de capitaux y compris le transfert de leur domicile à l'étranger et des chapitres spécifiques pour la société unipersonnelle (à responsabilité limitée ou anonyme), la société à responsabilité limitée, la société anonyme, la société en commandite par actions, la société nouvelle entreprise, la société anonyme européenne et la société anonyme cotée en bourse.

## Pays-Bas

### Assemblée des actionnaires – Conseil d'entreprise

Le conseil d'entreprise a un droit de parole pendant les assemblées d'actionnaires d'une société anonyme depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2010. Il pourra donner son avis sur les nominations et révocations de la direction et des commissaires ainsi que sur la rémunération des membres de la direction. L'assemblée des actionnaires n'est pas tenue de prendre en considération la position du conseil d'entreprise. Le conseil d'entreprise a seulement le droit de donner son avis; le pouvoir de décision demeure celui des actionnaires.

Source: **Rijkoverheid**

## Droit pénal

---

### Allemagne

#### Sterbehilfe

Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. Dies entschied der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom **25. Juni 2010**. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind dagegen einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich. Mit seiner Entscheidung räumt der Bundesgerichtshof dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen einen hohen Stellenwert ein und unterstreicht damit die Bedeutung der Patientenverfügung.

### Espagne

#### Code pénal – amendement

Le 23 juin 2010 a été publiée dans le journal officiel (**BOE Núm. 152 Sec. I. Pág. 54811**) la Loi organique 5/2010 du 22 juin portant amendement du Code pénal. Cet amendement introduit entre autres la responsabilité pénale des personnes morales pour les délits commis en leur nom ou pour leur compte et à leur profit par leurs représentants légaux et administrateurs de fait ou de droit (art. 31 bis). La traite d'êtres humains est formellement punissable (art. 177 bis) ainsi que le contact avec un mineur de 13 ans, via internet, téléphone ou tout autre moyen technologique de l'information, dans le but de commettre des actes de nature sexuelle (art. 183 bis). Enfin, le fait de promouvoir, constituer, organiser, coordonner ou diriger une organisation criminelle sera pénalement punissable (art. 570 bis). Cet amendement entrera en vigueur le 23 décembre 2010).

## Malte

### Code pénal – amendement

L'Acte N° IX de 2010 portant amendement de plusieurs lois pénales a été publié dans le journal officiel le 13 juillet 2010. Cet amendement a introduit, en particulier, dans le **Code pénal** les articles 208AA, 208AB et 208AC qui punissent le contact avec des mineurs au moyen de la publicité et des communications technologiques afin de commettre des actes de nature sexuelle. En outre, l'article 208AB punit l'organisation de voyages afin de commettre les infractions précitées.

## Pays-Bas

### Suspect – test sanguin obligatoire – virus VIH

Le Ministère public aura le pouvoir d'imposer à un suspect ou à un tiers de coopérer en se soumettant à un test sanguin. Ceci permettra de déterminer si ces personnes sont porteuses du virus VIH ou de maladies infectieuses graves comme l'hépatite B ou C, susceptibles d'avoir été transmises à la victime dans l'hypothèse de certaines infractions.

Il s'agit d'une loi du ministre de la Justice en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2010. L'intérêt de la victime qui est celui de suivre un traitement le plus rapidement possible, si elle a été contaminée, semble ainsi prévaloir sur la protection de la vie privée du suspect.

Source: **Rijkoverheid**

### Condamnation dans un pays de l'UE – possibilité de prononcer un peine plus sévère

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2010, un jugement de condamnation émanant du juge d'un autre Etat de l'Union européenne permet au juge néerlandais de prononcer une peine plus sévère, quand les infractions commises sont de même nature. Un jugement étranger de condamnation, s'il est celui du juge d'un Etat membre de l'Union européenne, permet de caractériser une situation de récidive: juges et

procureurs néerlandais peuvent désormais prendre en compte de manière plus complète le passé pénal de l'individu. Auparavant, seule une condamnation pénale prononcée par un juge néerlandais pouvait justifier une aggravation de la peine.

Source: **Rijkoverheid**

# Actualités de l'Institut

---

## Publications

---

Vient de paraître l'**EU News: Click & Read 43**

Va paraître prochainement dans la série des publications de l'Institut suisse de droit comparé, aux éditions Schulthess:

### ***Business Law in Transition***

A comparative Perspective on Eastern Europe Reports of the ISDC Colloquium (3 July 2008), Vol. 65, 216 pages

## Agenda

---

### **Journées Turco-Suisses 2011**

6 & 7 mai 2011

**Appel à contribution**