

JUICIE

2016.I

I N T E R N A T I O N A L

Union Internationale des Avocats

Rassembler les avocats du monde • Bringing Together the World's Lawyers • Reunir a los abogados del mundo



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados



- > European Law Training: all areas of EU law covered
- > Top-level Speakers and Networking Opportunities
- > High-Quality e-Learning
- > CPD Course Provider



Academy of European Law (ERA)
Ms Stephanie Hoffmann
Tel +49 651 93737-813
e-Mail shoffmann@era.int



Extract of ERA's event programme 2016

Cross-border Insolvency Proceedings
Trier, 12-13 May 2016

Annual Conference on EU Law in the Food Sector
Parma, 19-20 May 2016

Annual Conference on European Social Security Law
Trier, 19-20 May 2016

State Aid Proceedings and Litigation
Brussels, 19-20 May 2016

The Freezing, Confiscation and Recovery of Assets
Trier, 19-20 May 2016

Annual Conference on European Media Law
Brussels, 2-3 June 2016

The Regulation of Derivatives in the EU
Trier, 2-3 June 2016

Countering Migrant Smuggling
Trier, 9-10 June 2016

Annual Conference on European Migration Law
Brussels, 16-17 June 2016

www.era.int



Sommaire

Table of contents

Indice

Thème principal des illustrations : ■ Main picture theme: ■ Tema principal de las ilustraciones: Philippe CHANCEL - Workers Emirates

Editorial ■ 2

Editorial du Président 3 President's Editorial 4 Editorial del Presidente 5 Message du Rédacteur en Chef 7 Message from the Chief Editor 8 Mensaje del Redactor Jefe 9

Actualités de l'UIA ■ UIA News ■ Novedades de la UIA ■ 11

L'UIA à Abidjan 11 The UIA in Venice 13 Avoiding Pitfalls when Trading in Europe: Important Differences between European and Japanese/Hong Kong Laws 15 Présentation du comité de rédaction 18 Mi amigo, el Presidente de Honor Miguel Estrada 20

Droits de l'Homme et de la Défense ■ Human Rights and Protection of Lawyers ■ Derechos Humanos y de la Defensa ■ 22

The bizarre Scheme to Transform a Remote Island into the New Dubai 23 China's Human Rights Lawyers: Challenges and Prospects 28 Día del Abogado en Peligro 2016 31 La recherche sur l'embryon humain dans un récent arrêt de la CEDH 32 27^e Concours de plaidoiries du Mémorial de Caen 34 L'histoire de Mustafa Hosseini ou les carences de la France dans l'accueil des mineurs étrangers isolés 37 7^e Prix international Jacques Leroy 39

La Profession d'Avocat ■ The Legal Profession ■ La Abogacía ■ 40

Les avocats belges sont disruptifs 41 Balancing Professionalism and Business Concerns in the Practice of Law 43 El devenir del secreto profesional 49 L'avenir de la profession d'avocat : prévenir ou guérir 51

Pratique du Droit ■ Legal Practice ■ Ejercicio de la Abogacía ■ 54

EU measures and international organizations to combat money-laundering and terrorist financing 55 En Europe, le mandat d'arrêt fait maintenant la Loi 59 La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y en concepto de capacidad jurídica 61 La trazabilidad como categoría jurídica 64

A close-up photograph of a person's head and shoulders. They are wearing a light-colored baseball cap with a "CANADA" logo and a red, white, and blue emblem. A thick, multi-colored scarf with horizontal stripes in green, yellow, red, and blue is wrapped around their neck. The person is looking down and slightly to the side. The background is a soft-focus outdoor scene.

Editorial



Editorial du Président

■ Jean-Jacques UETTWILLER

Chers Amis,

Notre monde est le lieu d'un conflit entre des antagonismes conceptuels forts et les avocats sont souvent au centre du point de cette confrontation.

Ainsi en est-il des conflits entre le besoin de sécurité et la protection des libertés fondamentales. Ainsi en est-il des atteintes à notre secret professionnel lorsque les intérêts fiscaux sont en jeu. Il est heureux que les juges viennent parfois, comme l'ont fait la Cour suprême canadienne ou la CEDH, rappeler le caractère fondamental de notre secret et s'opposer aux intrusions étatiques.

Il est des moments où les avocats doivent revenir à leurs fondamentaux.

Parmi ceux-ci figure en premier lieu la protection des droits essentiels de la personne. La question des réfugiés est, aujourd'hui, cruciale et se caractérise par une opposition majeure entre un afflux de réfugiés dont l'importance n'avait encore jamais été égalée dans les temps modernes ainsi que la situation absolument dramatique de personnes déplacées par fait de guerre et la capacité ou la volonté d'accueil des États où l'asile est demandé.

Ces personnes ne répondent pas à la définition des réfugiés au sens des conventions internationales et seules celles purement régionales (OUA et Amérique du sud) ont intégré dans la notion de réfugiés les personnes qui sont ainsi amenées à quitter leur résidence habituelle, « du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou la totalité de [leur] pays d'origine ou du pays dont [elles ont] la nationalité », ce qui laisse à la discrétion des gouvernements d'appliquer ou non la notion de « personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire ».

La mise en place de murs, les volontés de refoulement sont des manifestations de réponse aux craintes des populations des pays où affluent les demandeurs d'asile, mais ce ne sont pas des réponses acceptables au regard des droits des personnes.

Nous avons donc conclu que la première action envisageable pour l'UIA était d'établir une charte des droits des réfugiés cherchant à adapter aux évolutions constatées des documents normatifs qui remontent à plus de 60 ans et à rassembler des notions éparses dans de très nombreux documents. Nous aurons ensuite à fédérer les énergies de la profession et à agir auprès des instances internationales.

L'UIA-IROL (UIA-Institute for the Rule of Law) s'est emparé de ce sujet et les travaux ont été lancés avec l'objectif d'aboutir dans les délais que nous fixe l'urgence de la situation.

Mais ce n'est qu'une étape et nous devons aussi participer à la mobilisation que l'on constate pour apporter aux réfugiés l'assistance qui leur est nécessaire face à des législations qu'ils ne peuvent comprendre et donc appliquer. Or toute personne a droit à être assistée par un avocat.

Revenir aux fondamentaux, c'est aussi l'indépendance des acteurs du droit. Lorsqu'un État européen modifie à marche forcée sa législation afin de reprendre en main les institutions judiciaires, les avocats et leurs institutions ne peuvent rester en dehors du processus de réaction qui s'organise. L'état de droit repose aussi bien sur l'indépendance des avocats que sur celle des magistrats. Si ces derniers sont soumis à des pressions étatiques, l'indépendance des avocats ne remplit plus réellement son objectif qui est le respect de la règle de droit et le droit à un procès équitable.

La tâche est immense et nous devons avoir une vigilance de tous les instants.

Revenir aux fondamentaux c'est encore veiller à ce que tout avocat dispose d'un accès à une formation permanente. Si la plupart de nos statuts insistent sur cette obligation de mise à niveau permanente, encore faut-il que les offres de formations soient suffisantes et proches de ceux qui sont en demande. L'UIA fait depuis plusieurs années des efforts très importants en ce sens et nous mettons l'accent en ce moment sur les zones géographiques où cette demande est la plus forte.

Nous avons pour cela besoin de tous et de chacun. Quelle que soit notre fonction ou notre absence de fonction au sein de l'UIA, quelle que soit notre ancienneté, chacun de nous peut participer à l'action commune. Et dans chaque pays, le Président du comité national ou le représentant national de l'UIA ou les conseillers du Président vous attendent et sont à votre disposition pour vous guider dans l'œuvre commune.

Je suis aussi à votre disposition, vous m'avez élu pour servir et j'en suis totalement conscient.

Votre bien dévoué confrère.

Jean-Jacques UETTWILLER
Président de l'UIA
jju@uggc.com

President's Editorial

I Jean-Jacques UETTWILLER

Dear Friends,

Our world has become a theatre of conflict between intense conceptual antagonisms and lawyers often find themselves at the heart of this confrontation.

That holds true for conflicts between the need for security and the protection of fundamental freedoms, but also for attacks on our legal professional privilege when fiscal interests are at play. It is fortunate that the judiciary sometimes comes forward to recall the fundamental character of our professional privilege and oppose State interference, as was done by the Canadian Supreme Court or the ECHR.

There are times when lawyers have to go back to their fundamentals.

And among these fundamentals, the first and foremost is the protection of an individual's basic rights. Today, the issue of refugees is crucial and is characterised by an influx of refugees in numbers unprecedented in modern times and the absolutely dramatic situation of people displaced by war being pitted against the ability or desire of the States in which asylum is being sought to take in these refugees.

These people do not meet the criteria of refugees as defined by international conventions and only those that are purely regional in nature (OAU and South America) have included in their notion of refugees, people who have had to leave their usual place of residence "due to aggression, external occupation, foreign domination or events that seriously hamper law and order in a part or the whole of their country of origin or the country of which they hold a nationality", which leaves it up to the discretion of governments whether or not to apply the notion of "persons who can benefit from subsidiary protection".

The building of walls and the desire to drive them back are the manifestations of the response to the fears of people living in the countries into which the asylum-seekers are pouring, but these are not responses that are acceptable in terms of human rights.

We have therefore concluded that the first action that the UIA can envisage is to establish a charter of the rights of refugees so as to try and adapt to the developments that have been noted in prescriptive documents that go back to over 60 years and bring together notions that are spread out over a host of different documents. We will then have to bring together the profession's energies and act vis-à-vis international bodies.

The UIA Institute for the Rule of Law (UIA-IROL) has taken up this issue and work has been initiated with the aim of completing the task in the short timeframe that the urgency of the situation demands.

However, this is just a stage and we must also play a role in the mobilisation of people that can be seen in order to provide refugees the assistance they require in the face of legislation that they cannot understand and therefore apply, for everyone has the right to be aided by a lawyer.

Going back to our fundamentals also means the independence of all actors of law. When a European State hastily changes its legislation in order to take control of judicial institutions, lawyers and their institutions cannot remain outside the process of response being organised. The rule of law is based both on the independence of lawyers as well as that of the magistrates, if the latter are subject to State pressure, the independence of lawyers no longer truly fulfils its objective, which is compliance with the rule of law and the right to a fair trial.

The task before us is immense and we must remain vigilant at all times.

Going back to our fundamentals also means ensuring that all lawyers have access to continuous training. Whereas most of our statutes stress the need for constant upgrading, adequate training opportunities need to be provided close to those who need them. For the last several years, the UIA has been making considerable efforts in this regard and we are now focussing on geographical areas with the strongest needs.

Each and every one of us needs to play a role for this. Whatever function we may or may not occupy within UIA, whatever our seniority in the organisation, each of us can participate in this common action and in each country, the national committee President, UIA national representative or counsellors to the President are waiting for you and are at your disposal to guide you in this common endeavour.

I also remain at your disposal, for you elected me to serve you and I am always fully aware of that.

Your devoted colleague,

Jean-Jacques UETTWILLER
President of the UIA
jju@uggc.com

Editorial del Presidente

I Jean-Jacques UETTWILLER

Queridos amigos:

Nuestro mundo es el escenario de un conflicto entre antagonismos conceptuales fuertes y los abogados a menudo se ven directamente afectados por esta confrontación.

Es el caso de los conflictos entre la necesidad de seguridad y la protección de las libertades fundamentales, y es el caso también de los ataques contra el secreto profesional cuando hay intereses fiscales en juego. Afortunadamente, los jueces recuerdan a veces – tal como hizo el tribunal supremo canadiense o el TEDH – el carácter fundamental de nuestro secreto y se oponen a las intrusiones del Estado.

Hay momentos en que los abogados deben recordar sus principios fundamentales.

Entre ellos figura en primer lugar la protección de los derechos esenciales de la persona. La cuestión de los refugiados es hoy crucial y se caracteriza por una oposición importante entre un flujo de refugiados cuya magnitud nunca se había alcanzado en la era moderna y la situación absolutamente dramática de personas desplazadas por la guerra y la capacidad o la voluntad de acogida de los Estados en los que se pide asilo.

Estas personas no responden a la definición de refugiados contemplada por los convenios internacionales; los convenios puramente regionales (la OUA y Sudamérica) son los únicos que han integrado en la noción de refugiados a las personas que se ven obligadas a abandonar su residencia habitual, «debido a una agresión, una ocupación externa, una dominación extranjera o un acontecimiento que altere gravemente el orden público en una parte o la totalidad de su país de origen o del país de su nacionalidad», lo cual deja a discreción de los gobiernos la aplicación o no de la noción de «personas que pueden beneficiarse de la protección subsidiaria».

El levantamiento de muros o la voluntad de rechazo manifiestan la respuesta a los temores de las poblaciones de los países a los que llegan los solicitantes de asilo, pero no son respuestas aceptables desde el punto de vista de los derechos de la persona.

Así pues, hemos concluido que la primera acción que puede prever la UIA es establecer una carta de los derechos de los refugiados que tratan de adaptarse a las evoluciones observadas en los documentos normativos que se remontan a hace más de 60 años y recopilar las nociones dispersas en un sinfín de documentos. A continuación, habremos de poner en común las energías de la profesión y actuar ante los organismos internacionales.

El UIA-Institute for the Rule of Law (UIA-IROL) ha hecho suyo este tema y se han iniciado los trabajos con el objetivo de obtener resultados, con la celeridad que nos impone la urgencia de la situación.

Pero ésta es sólo una etapa y debemos participar también en la movilización que constatamos para aportarles a los refugiados la asistencia que necesitan ante unas legislaciones que no pueden comprender – y, por lo tanto, aplicar – a pesar de que cualquier persona tiene derecho a ser asistida por un abogado.

Recordar los principios básicos también implica la independencia de los agentes del derecho. Cuando un Estado europeo modifica a marchas forzadas su legislación para hacerse con el control de las instituciones judiciales, los abogados y sus instituciones no pueden permanecer ajenos al proceso de reacción que genera. El Estado de derecho se basa tanto en la independencia de los abogados como en la de los magistrados; si estos últimos están sometidos a la presión del Estado, la independencia de los abogados ya no puede desempeñar realmente su objetivo, que es el respeto de la norma jurídica y el derecho a un proceso justo.

La tarea es ingente y debemos permanecer vigilantes en todo momento.

Recordar los principios fundamentales implica también velar por que todo abogado tenga acceso a una formación permanente. Si la mayoría de nuestros estatutos insisten en esa obligación de actualización permanente, las ofertas de formación deben ser también suficientes y estar al alcance de quienes las necesitan. La UIA lleva muchos años haciendo grandes esfuerzos en este sentido y actualmente estamos haciendo hincapié en las zonas geográficas en las que esta demanda es más acusada.

Para eso necesitamos la ayuda de todos y cada uno. Cualquiera que sea nuestro papel en la UIA – con un cargo o sin él –, cualquiera que sea nuestra antigüedad, cada uno de nosotros puede contribuir a la acción común y, en cada país, el Presidente del comité nacional o el representante nacional de la UIA o los consejeros del Presidente, le esperan y están a su disposición para guiarle en el trabajo común.

Yo también estoy a su disposición, me han elegido para servir y soy plenamente consciente de ello.

Un cordial saludo de su compañero.

Jean-Jacques UETTWILLER
Presidente de la UIA
jju@uggc.com



Né en 1959 à Issy-les-Moulineaux, Philippe Chancel vit à Paris. Depuis plus de vingt ans, Chancel

poursuit une expérience photographique dans le champ complexe, mouvant et fécond, entre art, documentaire et journalisme. Un travail en constante évolution sur le statut des images quand elles se confrontent elles-mêmes à ce qui fait « images » dans le monde contemporain.

Initié très jeune à la photographie, Philippe Chancel poursuit des études de sciences économiques à l'université de Nanterre et de journalisme au CFPJ de Paris.

Des reportages successifs dans les ex-pays de l'Est marqueront ses débuts dans le photojournalisme. Il a affirmé progressivement une nouvelle approche de la photographie documentaire, en particulier avec son travail sur le monde de l'art contemporain qui a fait l'objet de plusieurs ouvrages.

DPRK, sa vision de la Corée du Nord, a été montrée pour la première fois aux Rencontres d'Arles (2006) et a fait l'objet d'un livre aux éditions Thames & Hudson, ce qui lui a valu le début d'une reconnaissance internationale. Initié en 2005, le projet dataZone, véritable *work in progress*, met en lumière les dérives actuelles du champ politique, économique et social. Au fil des années, Philippe Chancel a tracé une constellation de territoires emblématiques disséminés sur la carte du monde : Port-au-Prince, Kaboul, Fukushima, l'Afrique du Sud, le Delta du Niger, la Corée du Nord...

Ses œuvres sont présentes dans de nombreuses collections publiques et privées. Philippe Chancel est représenté par la Galerie melanie Rio, Nantes et Paris (courtesy melanie Rio and the artist).

Philippe Chancel, *Workers Emirates*, Paris : B. Chauveau, 2011

Philippe Chancel, *Desert Spirit*, Paris : X. Barral, 2010

Philippe CHANCEL

www.philippechancel.com

Born in 1959 in Issy-les-Moulineaux, Philippe Chancel lives in Paris. For over twenty years, Chancel pursued his photographic experiences in the complex, changing and fertile area between art, documentaries and journalism – constantly evolving his work on the status of images when they are themselves faced with what “images” mean in the contemporary world.

Initiated at a very early age to photography, Philippe Chancel studied economics at Nanterre University and journalism at CFPJ in Paris.

Successive photo-reports in the former East European countries marked his debut in photojournalism. He gradually consolidated a new approach to documentary photography, especially with his work on the contemporary art world, which was the subject of several books.

DPRK, his vision of North Korea, was exhibited for the first time at the Rencontres d'Arles (2006) event and was the subject of a book by Thames & Hudson, which earned him some initial international recognition. Initiated in 2005, his dataZone project – a real work in progress – highlights the current drifts in the political, economic and social fields. Over the years, Philippe Chancel has covered a constellation of iconic territories scattered across the world map: Port-au-Prince, Kabul, Fukushima, South Africa, the Niger Delta and North Korea, among others...

His works are present in several public and private collections. Philippe Chancel is represented by the melanie Rio Gallery, Nantes and Paris (Courtesy melanie Rio and the artist).

Philippe Chancel, *Workers Emirates*, Paris: B. Chauveau, 2011

Philippe Chancel, *Desert Spirit*, Paris: X. Barral, 2010

Philippe Chancel, nacido en 1959 en Issy-les-Moulineaux, vive en París. Desde hace más de veinte años, Chancel desarrolla una experiencia fotográfica en el ámbito complejo, cambiante y fecundo de lo artístico, lo documental y lo periodístico. Un trabajo en constante evolución sobre el estatus de las imágenes cuando se enfrentan a lo que deja «imágenes» en el mundo contemporáneo.

Iniciado muy joven en la fotografía, Philippe Chancel estudia Ciencias Económicas en la universidad de Nanterre y Periodismo en el CFPJ (Centro de Formación y Perfeccionamiento de Periodistas) de París.

Sus inicios en periodismo fotográfico estarán marcados por sucesivos reportajes en los países del Bloque del Este. Progresivamente ha ido afirmando un nuevo enfoque de la fotografía documental, en especial con su trabajo sobre el mundo del arte contemporáneo, que ha sido reflejado en varias obras.

DPRK, su visión de Corea del Norte, se mostró por primera vez en los Rencontres d'Arles (2006) y quedó recogida en un libro de la editorial Thames & Hudson, con el que empezó a ganarse el reconocimiento internacional. El proyecto dataZone, que comenzó el 2005, auténtico *work in progress*, pone de manifiesto las actuales derivas del ámbito político, económico y social. Con los años, Philippe Chancel trazó una constelación de territorios emblemáticos diseminados por el mapa del mundo: Puerto Príncipe, Kabul, Fukushima, Sudáfrica, el Delta del Níger, Corea del Norte...

Sus obras se presentan en numerosas colecciones públicas y privadas. Philippe Chancel está representado por la Galería melanie Rio, Nantes y París (cortesía de melanie Rio y el artista).

Philippe Chancel, *Workers Emirates*, París: B. Chauveau, 2011

Philippe Chancel, *Desert Spirit*, París: X. Barral, 2010



Message du Rédacteur en Chef

■ **Nicole VAN CROMBRUGGHE**

Au cours des derniers mois le monde a été témoin de guerres et d'attentats meurtriers. Après Paris, c'est Bruxelles, 'ma' ville, qui s'est trouvée prise dans la tourmente. Bruxelles, ma Belle...

Jusqu'il y a peu, le monde occidental voulait croire que les horreurs des combats et des champs de bataille avaient été repoussées en dehors de ses frontières. Quelques piqûres de rappel (dont les Balkans, le Golfe ou encore l'Irak) ne semblaient pas avoir sérieusement entamé sa sérénité. La crise économique, les attentats des dernières années, mais plus encore sans doute ceux des derniers mois, les conflits armés qui se rapprochent de ses frontières ainsi que l'afflux massif de réfugiés qui en résulte ont rappelé ce monde à l'ordre. Non, la paix, la démocratie, la prospérité ne sont pas des données acquises une fois pour toutes. Et parmi les risques qui nous menacent, celui d'une possible dérive fatale vers un repli identitaire et sécuritaire ne figure pas parmi les moindres. Tous les jours, les droits de l'homme se voient remis en question, voire menacés. Il est inquiétant d'ailleurs de voir à quel point nous sommes tentés d'accepter tout ce qui nous paraît de nature à préserver ce que nous considérons comme nos acquis au mépris de valeurs qu'en d'autres temps nous eussions affirmées non négociables. Car le terrorisme suscite aussi des réactions pragmatiques, qui pourraient, s'il n'y est pris garde, interférer avec nos libertés fondamentales.

Mais si les événements nous invitent à apporter une attention accrue à la protection et au respect des droits fondamentaux et de notre démocratie, ils ne doivent pas nous faire oublier que la violence susceptible de s'exercer à l'égard de l'être humain porte bien des masques. Que ce soient les conditions de travail de certains travailleurs migrants, ou le sort des réfugiés qui avaient

pensé trouver leur salut au sein de l'Union Européenne, les exemples ne manquent pas.

Parmi les 232 millions de migrants dans le monde aujourd'hui, soit 3,1 % de la population mondiale, dont près de la moitié des migrants sont des femmes et beaucoup sont de très jeunes gens, nombreux sont ceux qui bénéficient d'une protection sociale insuffisante et vivent dans des conditions difficiles.

Le travail du photographe français, Philippe Chancel, dont nous publions certaines photos grâce à Bénédicte Querenet-Hahn, s'attarde, ainsi, sur le visage d'ouvriers migrants et interroge l'image photographique sur sa capacité à pouvoir attester du réel. Nous remercions l'artiste d'avoir accepté de se prêter à cet exercice. Le portrait de ces hommes bouleverse et plonge dans un environnement qui contraste avec la chatoyance des couleurs.

Et que penser du traitement que réserve l'Union européenne à l'accueil des réfugiés qui affluent, toujours plus nombreux, à ses frontières? Le nouveau plan d'action commun visant à faire face à la crise migratoire sur lequel les 28 et la Turquie se sont accordés a suscité de fortes préoccupations tant de la part du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme mais aussi du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et de l'UNICEF. Le rapporteur spécial aux droits de l'homme des migrants, François Crépeau, professeur à la faculté de droit de l'université McGill, aurait également confié à des journalistes que non seulement ce texte lui paraît légalement contestable mais qu'en outre, il risque de se révéler inefficace. Il paraît en effet plus de nature à provoquer l'ouverture de nouvelles routes migratoires qu'à décourager les passages clandestins. Nous espérons pouvoir aborder la question migratoire dans une prochaine édition du

Juriste, dans le droit fil du séminaire que l'UIA consacrera en mai prochain en Turquie aux « Réponses juridiques à la crise des réfugiés et des migrants ».

Les difficultés qu'a rencontrées l'Union Européenne afin de trouver une position commune dans le cadre de la gestion de cette crise migratoire met en avant la difficulté qu'il peut y avoir à concilier intégration et souveraineté nationale. C'est aussi ce que met en exergue l'article que Maxime Delhomme consacre au mandat d'arrêt européen. En supprimant les procédures d'extradition, le mandat d'arrêt européen marque, en effet, une nouvelle étape dans la construction de l'Union. Cette évolution suppose cependant un questionnement de fond pour permettre la réalisation du juste équilibre entre liberté et sécurité, entre respect des libertés et des droits fondamentaux.

La protection de nos libertés et de notre société démocratique c'est aussi ce que rappellent les articles de Héctor Diaz-Bastien et de Barbara Bandiera, consacrés l'un au secret professionnel et l'autre aux mesures adoptées notamment par l'Union européenne en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme.

Enfin et comme à son habitude, le Juriste International met l'avocat à l'honneur et se penche sur ses préoccupations. Quel avenir pour notre profession ? Après « l'ubérisation » des VTC, de la finance ou bien encore des locations saisonnières, le tour des avocats semble venir. Gros mot ou bien remède contre la paupérisation de la profession, le train 2.0 est en marche.

Bonne lecture !

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Rédacteur en Chef - Juriste International
nicole.vancrom@lvplaw.be

Message from the Chief Editor

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Over the last few months, the world has witnessed deadly wars and attacks. After Paris came Brussels, 'my' city, which got caught up in the nightmare. My beautiful Brussels!

Until recently, the Western world wanted to believe that the horrors of war and battle fields had been pushed outside its borders. The few wake-up calls that took place (including the Balkans, the Gulf or even Iraq) did not seem to have seriously upset its serenity. But the economic crisis, the attacks of recent years, but more probably those of the last few months, the armed conflicts that are getting closer to its borders and the resulting massive influx of refugees have called the world to order. No, peace, democracy and prosperity cannot be achieved just once and for all. Among the risks that threaten us, that of a possible cautious drift towards an identity and security-related withdrawal is not among the smallest. Every day, human rights are being challenged or threatened. It is also disquieting to see how we are all tempted to accept anything that seems likely to safeguard what we consider as having been achieved, in defiance of values that we had asserted as being non-negotiable at other times.

Because terrorism also triggers pragmatic reactions that could interfere with our fundamental freedoms, if we fail to pay heed.

But whereas these events invite us to pay greater attention to the protection and respect of fundamental rights and of our democracy, they must not make us overlook the fact that the violence that can be perpetrated against human beings may well wear different masks. Whether that of the working conditions of certain migrant workers or the fate of the refugees who

had thought to find their salvation in the European Union – examples abound.

Of the 232 million migrants in the world today, i.e. 3.1% of the world population, nearly half are women and many are very young people, and there are many who receive insufficient social protection and live in difficult conditions.

The work of the French photographer, Philippe Chancel, some of whose photos we are publishing thanks to Bénédicte Querenet-Hahn, therefore lingers on the faces of migrant workers and questions the photographic image about its ability to depict reality. We thank the artist for having agreed to lend himself to this exercise. The portrait of these shattered people is plunged in an environment that is in stark contrast with the shimmering colours used.

And what can we think about the treatment meted out by the European Union to the refugees flocking in across its borders in increasing numbers? The new joint action plan to deal with the migration crisis, on which the 28 EU countries and Turkey have agreed, has aroused strong concerns that have been voiced by the UN High Commissioner for Human Rights, but also the United Nations High Commissioner for Refugees and UNICEF. The Special Rapporteur for the Human Rights of Migrants, François Crépeau, a professor at the Faculty of Law, McGill University, was also reported to have confided to reporters that not only did the text appear legally questionable to him, but, in addition, it may even prove to be ineffective. Indeed, it seemed more likely to lead to the opening of new channels for migration rather than to discourage illegal crossings. We hope to address the issue of migration in a forthcoming edition of the *Juriste*, in line with the seminar UIA will be devoting

to "Legal Responses to the refugee and migrant crisis" in Turkey in May this year.

The difficulties the European Union has faced in evolving a common stand on the management of the migration crisis highlights how difficult it can be to reconcile integration and national sovereignty. Indeed, Maxime Delhomme's article dedicated to European arrest warrants highlights the very same fact. In fact, by doing away with extradition procedures, the European arrest warrant marks a new stage in the construction of the Union. However, this development calls for substantive questions to be raised, in order to make it possible to achieve the right balance between freedom and security, between the respect for freedoms and fundamental rights.

Protecting our freedoms and our democratic society is something that the articles by Héctor Díaz-Bastien and Barbara Bandiera also remind us of, one being devoted to professional secrecy and the other to precisely what led the European Union and international organisations to adopt measures against money laundering and terrorist financing.

Finally and as always, lawyers and their concerns take pride of place in the *Juriste International*. What are the perspectives for our profession? After the "Uberisation" of chauffeur or owner-driven private cabs, of financial services or even seasonal rentals, now comes the turn of lawyers. Whether it is viewed as a dirty word or as a remedy against the impoverishment of the profession, the 2.0 train has left the station!

Happy reading!

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Chief Editor - *Juriste International*
nicole.vancrom@lvplaw.be

Mensaje del Redactor Jefe

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Durante los últimos meses, el mundo ha sido testigo de guerras y atentados mortales. Después de París, Bruselas, «mi ciudad, se ha visto atrapada por el ojo del huracán. Bruselas, mi querida ciudad...

Hasta hace poco, el mundo occidental quería creer que los horrores de los combates y los campos de batalla quedaban arrinconados fuera de sus fronteras. A pesar de unos cuantos avisos dolorosos (en los Balcanes, el Golfo o incluso Irak), no parecía haber perdido realmente la calma. La crisis económica, los atentados de los últimos años – y sobre todo, sin duda, los de los últimos meses –, los conflictos armados que se acercan a sus fronteras, así como la consiguiente afluencia masiva de refugiados, han llamado a este mundo al orden. No, la paz, la democracia y la prosperidad no son algo que se adquiera de una vez por todas. Y de todos los riesgos que nos amenazan, la posibilidad de un repliegue sobre la propia identidad y seguridad no es precisamente de los menos graves. Los derechos humanos se ven cada día cuestionados e incluso amenazados. Es preocupante ver hasta qué punto estamos dispuestos a aceptarlo todo mientras preserve lo que consideramos nuestro, despreciando valores que en otra época hubiéramos considerado innegociables. Porque el terrorismo suscita reacciones pragmáticas que, si no tenemos cuidado, podrían interferir en nuestras libertades fundamentales.

Pero si bien los acontecimientos nos conducen a prestar más atención a la protección y el respeto de los derechos fundamentales y de nuestra democracia, no deben hacernos olvidar que la violencia que puede ejercerse contra el ser humano presenta muchas caras. Desde las condiciones de trabajo de determinados trabajadores inmigrantes hasta el destino de los refugiados que creyeron que la Unión Europea les acogería, los ejemplos son múltiples.

De los 232 millones de migrantes que hay hoy en el mundo – es decir, un 3,1 % de la población mundial, la mitad de los cuales son mujeres y una buena parte son niños y jóvenes – son muchos los que tienen una protección social insuficiente y viven en condiciones difíciles.

El trabajo del fotógrafo francés, Philippe Chancel, autor de algunas de las fotos que publicamos en este número gracias a Bénédicte Querenet-Hahn, observa el rostro de los obreros emigrantes y cuestiona la capacidad de la imagen fotográfica para demostrar la realidad. Le agradecemos al artista que haya accedido a prestarse a este ejercicio. El retrato de estos hombres nos conmueve y nos sumerge en un entorno que contrasta con el tono de colores.

Y qué podemos pensar de la forma en que la Unión Europea acoge a los refugiados que llegan a sus fronteras y que son cada vez más? El nuevo plan de acción común orientado a afrontar la crisis migratoria que han acordado los 28 y Turquía ha suscitado una gran preocupación tanto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos como del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados y UNICEF. El ponente especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, profesor de la facultad de derecho de la universidad McGill, también habría confiado a los periodistas que, en su opinión, este texto no solo es de dudosa legalidad sino que, además, corre el riesgo de resultar ineficaz. De hecho, parece que tendería más a favorecer la apertura de nuevas rutas migratorias que a disuadir de atravesar fronteras clandestinamente. Esperamos poder abordar el tema de la migración próximamente en otro número del *Juriste*, al hilo del seminario que la UIA dedicará el próximo mes de mayo

en Turquía a las «Respuestas jurídicas a la crisis de los refugiados y migrantes».

Las dificultades que ha tenido la Unión Europea para llegar a una posición común en la gestión de esta crisis migratoria ponen de manifiesto la dificultad que puede haber para conciliar integración y soberanía nacional. Es también lo que pone de relieve el artículo que Maxime Delhomme dedica a la orden de detención europea. De hecho, al eliminar los procedimientos de extradición, la orden de detención europea marca una nueva etapa en la construcción de la Unión. No obstante, este cambio entraña un cuestionamiento de fondo para permitir la consecución de un equilibrio justo entre libertad y seguridad, y entre respeto de las libertades y de los derechos fundamentales.

La protección de nuestras libertades y de nuestra sociedad democrática es lo que recuerdan también los artículos de Héctor Díaz-Bastien y de Barbara Bandiera, dedicados respectivamente al secreto profesional y a las medidas adoptadas por la Unión Europea en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

Por último, como viene siendo habitual, el *Juriste International* pone en primer plano al abogado y presta atención a sus preocupaciones. ¿Qué futuro tiene por delante nuestra profesión? Tras la «uberización» de los vehículos de alquiler con conductor (VTC), las finanzas o incluso los alquileres de vacaciones, parece llegarles el turno a los abogados. Palabra fea o remedio contra la pauperización de la profesión, ¡el tren 2.0 está en marcha!

¡Feliz lectura!

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Redactora Jefa - *Juriste International*
nicole.vancrom@lvplaw.be



Actualités de l'UIA
UIA News
Novedades de la UIA



L'UIA à Abidjan

Les différents types de contrats au service du développement économique de l'Afrique : le rôle de l'avocat

■ Cheick DIOP

La ville d'Abidjan a accueilli, les 21 et 22 janvier 2016, un séminaire sur le thème : « Les différents types de contrat au service du développement économique de l'Afrique : le rôle de l'avocat », qui a réuni plus d'une centaine de participants.

Il convient d'admettre que le développement n'est pas seulement synonyme de progression du revenu national, pas plus qu'il n'est nécessairement subordonné à celui-ci. C'est un processus beaucoup plus global qui concerne de nombreuses améliorations. Ainsi, la réalisation d'une telle quête suggère de prendre en compte tous les facteurs qui peuvent y concourir. Or, à la réflexion, les avocats y contribuent significativement aujourd'hui en raison de leur maîtrise des instruments juridiques, comme le démontrent les différents contrats examinés au cours de ce séminaire très riche et émaillé d'exemples concrets, dont les orateurs ne peuvent pas être nommés tous ici.

Ces différents contrats ont été rassemblés et explicités par des acteurs d'une extrême qualité, et que je remercie. Il y avait une dizaine de thèmes. La tâche a été grandement facilitée, voire machée, par le maître de cérémonie, M^e Ernest Olaye, du Barreau de Côte d'Ivoire.

Le programme présenté par le comité organisateur et développé par huit panels constitués de professionnels du droit venus du nord et du sud, a été conçu afin de renforcer les connaissances des professionnels du droit, non seulement

sur la problématique de l'existence des contrats économiquement rentables pour les pays africains, mais également, le nécessaire équilibre des droits et devoirs des partenaires bien que les uns aient des prérogatives de puissance publique et que les autres soient régis par le droit ordinaire.

La première partie du séminaire, modérée par M^e Jean-François Chauveau, a introduit le programme par l'analyse du caractère spécifique de la nature des contrats issus du Partenariat Public-Privé (PPP). En effet, le Dr. Alain Aboa et M. Frédéric Lemoine ont démontré que les contrats issus du PPP ont un caractère public. Si le principal objectif du PPP est de permettre l'optimisation de la mobilisation des ressources financières, les instruments juridiques à mettre en œuvre, doivent donc permettre à chacun, dans chaque cas, de mesurer la justesse de la spécialité du régime convenu au regard des gains de productivité constatables. Ainsi, et par analyse du Dr. Kabran Appiah, il apparaît essentiellement qu'un tel contrat « vise un enjeu majeur auquel le juriste devra constamment donner les réponses les plus pertinentes pour qu'il continue d'être d'intérêt public ».

Il faut rechercher ce qui a été voulu dès l'origine par les parties, a introduit M^e Mohamed Lamine Faye. Pour cela, il faut que l'avocat apporte son aide lors de l'élaboration des contrats à l'effet d'équilibrer les obligations, et afin d'éviter qu'une partie au contrat soit gravement lésée.

Entrant dans le vif du sujet, le Bâtonnier Claude Mentenon a détaillé que les contrats de concession de service public, parce qu'ils sont prévus sur le long terme, méritent particulièrement d'être adaptés au fil du temps lorsque les conditions économiques, juridiques, techniques, législatives ayant présidées à leur négociation et signature, ont évolué. Par ailleurs, le Bâtonnier Ameth Ba, a relevé que la question d'équilibre n'est pas évidente car dans l'ensemble des systèmes juridiques, les contraintes politiques peuvent remettre en cause l'équilibre des droits et obligations des parties et rendre impossible le respect de la convention, contrairement à l'article 1134 du Code civil.

Des questions spécifiques touchant au nécessaire équilibre des obligations dans la concession des services publics à des sociétés privées et aux conséquences juridiques dans les relations du service public et la clientèle. M^e Karim Fadika s'est attaché à définir l'efficacité et la logique des concessions du service public, d'autant plus qu'elles mettent en relation l'autorité publique concédante et une société privée concessionnaire. Aussi, en réponse à la question cruciale du rôle de la clientèle, M^e Martin Pradel a expliqué qu'il est incontestable que les usagers ou les clients, si l'on préfère, y tiennent une place déterminante car ce sont eux qui paient les redevances permettant de rémunérer le concessionnaire. Toutefois, et en rapport avec le thème, le Dr. Raymond Dossa a démontré en tout état de cause qu'aussi bien à l'étape du montage des dossiers et

la rédaction des contrats y relatifs, qu'au niveau de l'expertise, l'avocat intervient tant en amont qu'en aval de ces dossiers économico juridiques.

Le Bâtonnier Abbe Yao, dans son discours détaillait le concept de financement de projet, qui requiert de la part des avocats l'expertise d'une analyse approfondie de tous les paramètres techniques, contractuels, réglementaires et juridiques inhérents au projet. M^e Stéphan Alamowitch a ensuite soutenu que si l'Afrique continue d'accepter les aides et encourager les investissements d'étrangers directs, ceux-ci ne devraient pas constituer la source de financement principale des États africains. Toutefois, Me Jean-François Chauveau est resté optimiste quant aux perspectives d'avenir des investissements du secteur privé en Afrique.

L'Afrique est un continent, certes, riche en ressources naturelles d'Est en Ouest, du Nord au Sud résumait le Bâtonnier Luc Adjé. De ce fait, le politique africain est très souvent interpellé par les enjeux des grands contrats. Fort de ces observations, le Dr Emmanuel Tang a indiqué que le rôle de l'avocat dans les grands contrats que sont les contrats pétroliers, pourrait se résumer par sa participation efficiente, à la conciliation des divers intérêts précités, en vue d'un équilibre favorable au développement économique de l'Afrique. M. Abdou Salam Diaw a démontré que l'ambition du séminaire était d'illustrer l'importance de la participation de l'avocat dans les grands contrats conclus par les investisseurs étrangers et locaux.

Le droit étant une matière en constante évolution, en tout état de cause, il revient à l'avocat de proposer à son client, les solutions juridiques les plus équitables et appropriées pour le développement de l'Afrique, dans un climat contractuel équitable. L'avocat est le professionnel qui doit être en mesure d'informer son client des évolutions du droit et de leurs conséquences pratiques, par ces mots justes, Dr. Emmanuel Tang affirmait que « *L'heure est venue pour qu'enfin, dans les quatre points cardinaux de l'Afrique, les retombées d'une coopération industrielle pétrolière nouvelle, profitent à l'émergence de tout le continent.* »

La seconde partie du programme a été consacrée essentiellement aux contrats issus des relations entre les sociétés privées. Le Bâtonnier Cyrille Djikui a offert, par ailleurs, la possibilité aux participants de se familiariser avec deux instruments juridiques très développés dans la pratique des affaires : le contrat de franchise et le *shadow banking*. Le Dr. Aliou Sall, en prenant le relais, a développé les traits spécifiques et les clauses du contrat de franchise. Le contrat de franchise qui reste un instrument juridique peu développé en Afrique est essentiellement basé sur les grands principes juridiques du commerce et de la concurrence. En bref, M^e Martin Pradel a relevé l'importance de la nécessité d'une bonne expertise juridique pour la préservation de l'équilibre commercial des parties.

La question des opportunités pour les entreprises et leurs avocats, a été examinée par M^e Silvestre Tandeau de Marsac. Une distinction a été exposée selon laquelle, au-delà du fort intérêt que les investisseurs internationaux ont pour le continent africain, les opportunités d'investissement restent limitées. Toujours est-il que le mode de financement des grands projets en Afrique offre actuellement un panorama mitigé, d'où la nécessité d'impliquer l'avocat, dans la recherche de financement.

Le dernier panel s'est intéressé aux *joint-ventures*. Quelques réflexions ont été identifiées par Me Lutz Hartmann de Francfort, et M^e Pedro Pais de Almeida de Lisbonne, a largement examiné les *joint-ventures* en droit portugais. Pour le modérateur, M^e Karim Fadiga, il s'agissait des conflits d'intérêts entre les États africains et les investisseurs étrangers dans certains domaines économiques. Il a fait observer que la représentation de l'État dans les *joint-ventures* étant parfois une question politique et non de compétences, il y a lieu d'impliquer les avocats dans l'élaboration de ces contrats afin de respecter les règles de transparence entre les différents partenaires.

Retenus pour clôturer le séminaire, le Vice-Président de l'UIA, Me Pedro Pais de Almeida et M^e Karim Fadiga ont jeté un

œil général et critique sur l'ensemble des propositions évoquées par les orateurs et l'assistance.

Pour ne pas conclure, nous pouvons observer que le programme fourni a laissé une place importante au débat et a permis aux participants, venus du monde entier, de nourrir la réflexion de leurs questions et observations. Il convient d'admettre que le développement n'est pas seulement synonyme de progression du revenu national, pas plus qu'il n'est nécessairement subordonné à celui-ci. C'est un processus beaucoup plus global qui concerne de nombreuses améliorations. Ainsi, la réalisation d'une telle quête suggère de prendre en compte tous les facteurs qui peuvent y concourir. Or, à la réflexion, les avocats y contribuent significativement aujourd'hui en raison de leur maîtrise des instruments juridiques.

A ces différents égards, l'on peut affirmer avec conviction que l'expression « *le rôle de l'avocat dans les différents types de contrats au service du développement économique de l'Afrique* » n'est pas à considérer comme un simple slogan de technocrates, ni comme une illusion de chercheurs égarés. Elle traduit bien une réalité concrète qui invite alors les États, les entreprises, les collectivités et les investisseurs locaux ou étrangers, à impliquer bien davantage l'avocat dans leurs relations d'affaires.

Cheick DIOP
Représentant national de l'UIA
en Côte d'Ivoire
Président du groupe de travail Droit
OHADA de l'UIA
C&D Avocats
Abidjan, Côte d'Ivoire
maître@cd-avocat.net



The UIA in Venice

Corporate Transactions in the Fashion Business

■ **Fabio MORETTI**

The UIA Fashion Law Commission, with the support of the Venice Arbitration Chamber (Camera Arbitrale di Venezia) organized on February 19 in Venice a seminar on the following theme: "Corporate Transactions in the Fashion Business".

Although the subject was very specific, focussing on Fashion and Luxury Business, it was also broad in that the concept of a corporate transaction is a very general one.

As a starting point, it has to be stated that the Fashion and Luxury goods sector is extremely important to worldwide economies and employment. In 2013, the 100 most important companies in this sector have generated sales of approximately USD 215 billion on a worldwide basis.

As a consequence of the high profits associated with it, of its global diffusion and of the many different players in the market, M&A operations are increasing significantly, not only vertically, but also horizontally.

The way the theme was approached was by inviting not only lawyers as speakers, with their legal technical approach, but also other professionals capable of providing us, as members of the legal community, with their views and perspectives and the views and perspectives of our clients. Such an interaction between these professionals and lawyers is a common occurrence in any significant M&A operation in the fashion industry.

The first presentation was from Professor Barbara Pozzo who gave the audience a general overview of the most common types

of corporate operation in the luxury industry with a particular focus on acquisitions of majority stakes by investors in fashion companies where the founder still has, and retains, a fundamental role. It was very interesting to hear about the latest trends, particularly with respect to anti-dilution provisions normally introduced to ensure that the founding designers continue to have a rôle in the target company to safeguard both the seller's and the buyer's interests. Following this general framework, Stephen Sidkin talked to us about the pre-contractual documents that are usually signed by the parties before a transaction is concluded. He highlighted the differences between the Anglo-Saxon and the civil law systems with special attention to the parties' obligations in the pre-contractual phase and to the concept of good faith, a very meaningful concept in civil law environments.

An interesting presentation from Giovanna Brambilla, CEO of an important head-hunting firm specialised in the fashion sector, concerned how M&A operations in the luxury business sector influence the management of target companies. Ms. Brambilla focused on the well-developed trend of requesting top management (and increasingly also middle management) to sign very strict non-compete agreements which has a strong, potential competition law impact on a sector traditionally considered as very open and competitive. She also suggested that a team composed of legal, finance and HR advisers should always be involved in any fashion business post-acquisition period.

The President of the Benetton Group, Gianni Mion, intervened with an extremely lively description of his own long-term experience as leader of one of the most important fashion and textile companies in Italy and in the world (since 1986 onwards). He told the audience how the family was deeply present in any strategic choices and also how, after many years, a managerial structure took over the leadership and the decision-making power. He gave us his views about forthcoming changes in the global business of fashion and future challenges, particularly in relation to e-business. He also stressed the need for the legal community to acquire the tools that are required for supporting fashion businesses in these significant changes and evolutions.

This was followed up by a round table discussion of due diligence in M&A operations in the fashion industry. The theme of the round table was developed according to three main areas of significant importance for the sector: IP (Gavin Llewellyn), Litigation (Rose Ring) and Employment (Federico Torzo). The peculiarities of the fashion world were examined by the speakers with particular attention to registered and unregistered rights, historical archives and IP ownership, to litigation, especially in compliance matters, and to the employment relationship with designers according to the applicable laws.

Following the due diligence round table, Manfredi Burgio examined how the results of an accurate due diligence process influence the drafting of representations and warranties clauses in luxury and fashion business acquisitions. In particular,

great attention was given to the fact that contractual templates nowadays universally adopted, and of Anglo-Saxon origin, may be the subject of local, and sometimes therefore undesired, interpretation as in the case of Italian jurisprudence and laws.

Roberto Spada then talked about his own professional experience as Extraordinary Administrator of Itierre, a group that in the past was considered as one of the most important in the fashion scene, being the owner of trade marks like "Malo" and "Ferre". His experience, lasting for more than three years, was extremely frustrating, as it showed him clearly how, in a dramatic financial crisis, the entrepreneurial class was totally incapable of preserving the production know-how of the business, something which is considered quite unique in the Italian fashion scene, as well as more generally in the fashion world.

Luca Guarna then looked at the tax side of the fashion business and explained how the Patent Box has been interpreted in Italy in a way so as to include trade marks and thus to be "adapted" to the fashion industry.

The vision of Daniela della Rosa about the various types of investor in the luxury industry and their motivations to acquire minority or majority shareholdings was extremely clear and gave us an interesting insight. Also the ratios and parameters used in the evaluation of a business in the sector, particularly if a brand is well-known and important, were very useful for the audience.

Lastly, André Pichler, described the rôle of bankers and investment institutions.

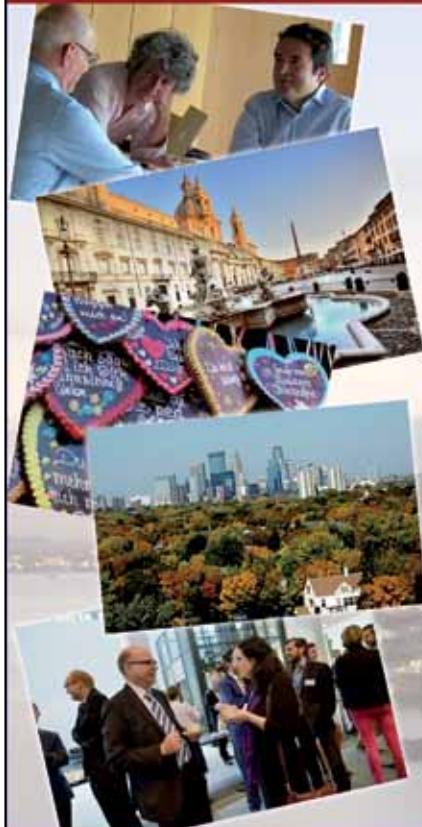
The function of advising companies in their pre-acquisition activities, identifying

investors, as well as in course of the acquisition itself, is particularly meaningful not only for us as lawyers, but also for other professionals assisting the parties in any corporate transaction, especially in the fashion industry.

The seminar was conducted in English with simultaneous translation in Italian.

Fabio MORETTI
President of the UIA
Fashion Law Commission
Moretti Burgio
Milan, Italy
moretti@morettiburgio.eu

Become a partner of the UIA events and give your firm real visibility!



30+ events (seminars, training courses, congress) per year are organized throughout the world.

- > The UIA offers you various partnership options, such as:
 - openings for promotional products;
 - financing a social event.
- > Link your firm with a prestigious international lawyers' organisation accredited by several international judicial institutions and organisations
- > Gain recognition among major personalities in legal circles and lawyers active at an international level



Informations & Contact

Noelia Alonso Morán, Development & Partnership co-ordinator
Email: nalonso@uianet.org - Tel.: +33 1 44 88 55 66 - Fax: +33 1 44 88 55 77



Avoiding Pitfalls when Trading in Europe: Important Differences between European and Japanese/Hong Kong Laws

2016

Tokyo, May 30 - Hong Kong, June 2

Ignacio CORBERA DALE & Stephen SIDKIN

Since the Annual Congress held in Macao in 2013, the UIA has been engaged particularly in developing its activities in the Far East by means of organising one or two seminars per year, with the aim of expanding its membership in the area.

As part of this strategy, the UIA Contract Law Commission, along with the UIA Private International Law and the EU Law Commissions, the Tokyo Bar Association and the Law Society of Hong Kong, has put in place two seminars in the same week, to be held, respectively, in Tokyo (May 30, 2016) and Hong Kong (June 2, 2016), on how to avoid pitfalls when Japanese and Hong Kong clients trade in Europe.

We believe that the importance of the EU market to Japan and Hong Kong cannot be understated, as the value of exports from these countries to the EU amount to many billions of euros.

It is therefore important for Far East and European lawyers, who are advising Japanese and Hong Kong businesses, to ensure that they are aware of:

- how European laws can affect the achievement of commercial objectives; and
- the differences between Japanese/Hong Kong laws and European laws in a number of commercial areas.

With this knowledge they can help meet the commercial needs of Far East businesses.

The proposed seminars on avoiding pitfalls when trading in Europe examine the important commercial law considerations which are critical for Japanese and Hong

Kong businesses by contrasting them with the relevant European law issues.

These seminars therefore consider not only how to organise a distributorship network in Europe but what European distributors think about. It also considers the concept of selective distribution and why Japanese and Hong Kong businesses need to know about this concept, with special attention to the EU regulation applicable to selective distributions agreements.

Far East businesses entering a new European market for the first time will often use an agent. This way of operating can prove beneficial to the new entrant. But, it is also the case that relationships are more easily made than ended. A number of important issues concerning the termination of agency agreements in the EU are explained during the course of these seminars.

Finally, the online channel is growing in importance for consumers in the EU and, therefore, businesses. It follows that it is vital to have an appreciation of consumer rights in the EU and also to understand the legal issues of using social media for marketing purposes both from the European as well as Japanese/Hong Kong point of view.

These two seminars are addressed both to local lawyers, who wish to understand the legal particularities of European law, as well as by specialist lawyers from Europe, who deal with Japanese and/or Hong Kong clients, so they become aware of the differences between European and their respective local law. To that end, each of the topics will be presented by a

European lawyer and followed by a local commentator.

These seminars also aim to become an extraordinary opportunity for local and overseas lawyers to meet and create bonds for future business opportunities.

We thank the UIA Japanese National Committee and its President Yoshihisa Hayakawa, the Tokyo Bar Association, and the Law Society of Hong Kong for the seamless efforts and support to this project. Last but not least, we thank Nicole Van Crombrugge, Enrica Senini, David Pinet, Nathalie Sinavong, Horst Becker and Christoph Oertel, our other European speakers, who have kindly and timely accepted to be part of this amazing and engaging UIA experience.

We are confident that this initiative will be a great success in promoting the UIA in the Far East and that it will be followed by many others during the years to come. To make it happen, please attend one of these groundbreaking UIA seminars and help Japanese and Hong Kong businesses with which you are involved achieve more in the EU.

Ignacio CORBERA DALE
UIA Deputy Director of Seminars
Garrigues UK LLP, London, United Kingdom
ignacio.corbera@garrigues.com

Stephen SIDKIN
Vice President of the UIA
Contract Law Commission
Fox Williams LLP, London, United Kingdom
slsidkin@foxwilliams.com



First seminar for the new working group on food law

Import – Export of Food Products: recurrent problems

■ **Stefano DINDO**



On June 10, 2016, the first seminar organised for the UIA working group on food law will be held in Verona. The group was set up by decision of the Executive Committee in December 2015, but a working session was already planned during the congress at Valencia.

The subject of the seminar will be current legal problems associated with the import and export of food products.

The seminar is for lawyers but also for those trading in this sector.

The tone of the talks will thus be very concrete with the aim of exposing problems and suggesting solutions to some of the matters currently on the table in the international food product supply.

The first talk will deal with the application of the Vienna Convention to the purchase and sale of food products. This means investigating also whether the time has come for a more specific regulation of food product sales; this is because the general character of the Vienna Convention leaves some sectors uncovered with the result that these are not governed by a uniform discipline but by individual national laws that have to be identified in accordance with the rules of international private law.

There will then be an examination of the most current and recurrent problems regarding the application of the Vienna Convention, followed by a study of the specific questions that concern the import and export of food products.

There is above all the question of labelling and there will be talks on the problem both from the point of view of European law and from that of American law, with the aim of explaining what it is that the customer should know so that the best service can be provided. The issue of labelling will be completed by a talk from an Indian viewpoint, looking also how trademarks and packaging are dealt with in the subcontinent. Other topics to be addressed relate to online sales of food products, with reference in particular to the wine sector, which despite delicate tax problems, is beginning to develop substantially. Current questions of intellectual property will also be addressed, as well as those in specific sectors such as that of the sales of organic products. Organic product trade requires strict compliance with regulations that are often today very much lacking in many countries. Such problems will be examined both from the legal and operational points of view, with a contribution from a representative of the leading company in Italy in the marketing and sale of organic products.

A global overview of recurrent problems will be completed with a discussion of risk management, especially in the wine industry, and a legal debate about what those exporting to the USA need to know about class actions, a subject that seriously affects, among other things, insurance policies. Finally there will be input regarding customs matters and also on the issue of bank loans to the food import and export industry.

It will be, in summary, a wide-ranging view of an industry that provides many areas of interest to our profession.

Verona is the ideal location for the holding of this seminar: it is arguably a capital city of Italian wine, due to the importance of its production, the jewel in the crown being its Amarone della Valpolicella. The city is also a leader in the production of cakes and fresh pasta.

Verona moreover offers its own historic centre whose heritage is recognised by UNESCO, while as the home of Romeo and Juliet, it is ever more perceived as the "city of love" par excellence.

On Saturday, June 11, 2016, those who would like to will have the opportunity to visit a winery in Valpolicella, with a light lunch in the most pleasant of settings among vineyards with views of a Renaissance villa.

The seminar will offer great opportunities for finding the best ways of working in cooperation and for the establishment of friendships, essential to the future successes of the new working group on food law.

We therefore very much look forward to seeing you in Verona!

Stefano DINDO
President of the Food Law Working Group, UIA
Dindo, Zorzi e Avocati
Verona, Italy
studiolegaledindo@studiodindo.it

Editorial Committee

Le Comité de rédaction du Juriste International a été en grande partie renouvelé lors du congrès de Valence. Cette équipe d'avocats internationaux motivés et dynamiques se réunit plusieurs fois par mois par Skype ou téléphone afin de définir la ligne éditoriale et le contenu de chaque magazine, contacter les auteurs potentiels et faire le suivi nécessaire pour obtenir des articles sur des thèmes variés mais toujours à portée internationale, en provenance de pays différents et dans les trois langues de travail de l'UIA. C'est grâce à eux que votre magazine paraît régulièrement et l'UIA les remercie chaleureusement de leur travail.



Chief Editor

Nicole VAN CROMBRUGGHE

LVP Law, Brussels

nicole.vancrom@lvp-law.be



Membre du comité de rédaction depuis plusieurs années, je succède aujourd'hui en tant que rédactrice en chef à Bénédicte Querenet-Hahn. Le Juriste International me permet d'être en contact avec des confrères dans le monde entier et de faire partie d'une équipe soudée et solidaire. Le Juriste International offre aux membres de l'UIA comme à des intervenants extérieurs une tribune unique leur permettant de partager leurs centres d'intérêt, leurs enthousiasmes et leurs indignations devant l'évolution, en particulier, de notre environnement juridique. Il est en conséquence une source d'information précieuse pour ses lecteurs auxquels il apporte en quelque sorte le monde à domicile.



Deputy Chief Editor

Jerome ROTH

Munger Tolles & Olson, San Francisco, CA

jerome.Roth@mto.com

The Juriste has become a legal magazine of the highest possible caliber, largely due to the leadership of Nicole Van Crombrugge and Marie-Pierre Richard. It has a broad international perspective, and articles that reflect the expertise of lawyers around the world. As the US representative on the editorial board, I collaborate with the editorial board to identify topics of interest to our global membership, and I solicit articles from US lawyers who can share the US perspective on those topics. We all then work together to review and edit the articles before publication. My advice to readers is to be open to articles even outside their area of expertise – they may be surprised at the insights those articles afford about different legal systems generally. These articles will often shed unexpected light on their own practice and daily experiences as a lawyer. What an outstanding opportunity this has been for me, working so closely with such an internationally diverse group of colleagues to pursue the common goal of a publication of such recognized quality!



Deputy Chief Editor

Franco VILLA

Velo, Villa & Associés, Geneva

franco.villa@vva-law.ch

+

Depuis décembre 2004, j'ai le privilège de faire partie de l'équipe de rédaction du Juriste International, d'abord en qualité de responsable de la rubrique « profession d'avocat » et, depuis quelques mois, en tant que rédacteur en chef adjoint.

Mon engagement en faveur du Juriste International a toutefois commencé bien avant et plus précisément lors du 75ème anniversaire de l'UIA qui fut célébré à Bruxelles en juin 2002. En effet, suite à diverses critiques reçues sur le contenu et le format du Juriste International, le Comité de Direction avait décidé d'en suspendre la publication, tout en chargeant un groupe de travail formé par Jean-Jacques Uettwiller, Xavier Normand-Bodard et moi-même de réfléchir à une nouvelle formule. Notre travail a abouti à la relance du Juriste International qui, sous la direction de Bernard Grelon d'abord, suivi de Bénédicte Querenet-Hahn et désormais de Nicole Van Crombrugge, connaît aujourd'hui le succès que beaucoup d'entre vous lui témoignent régulièrement, puisqu'il contribue non seulement à amener la lumière sur les enjeux, toujours plus nombreux, de notre profession et de l'environnement juridique en général, mais constitue également la « voix » de l'UIA à travers le monde.

Editorial C



Section Director – UIA News

Paolo LOMBARDI

Studio Legale Elexi, Turin

paolo.lombardi@elexi.it



I am Paolo Lombardi and, since the beginning of 2016, I have been in charge of the section "UIA news" of this magazine. I have enthusiastically accepted this task since I am convinced of the importance to periodically inform the members of the UIA about the activities organized by our Association and their outcome. In my opinion, one of the best features of this magazine is the fact that it tries to give the members of the UIA a constantly updated picture of the life of our Association and of important themes for our profession, as well as selected topics concerning current legal practice. I am very pleased to invite those who are interested to give me any input and/or suggestion in order to maintain and improve the quality level of the information given to the readers.

I therefore look forward to seeing your contributions!



Section Director - The Legal Profession

Francis GERVAIS

Deveau, Avocats, Laval, Québec

fgervais@deveau.qc.ca

Having been a member of the UIA since a certain number of years, and an avid reader of the Juriste International, I realised that it has become, over the years, the international voice of the legal profession. Its fame and renown is a tribute to the work and dedication of the editorial team; joining this team was a great honour but imposes an obligation to maintain the high standards of quality sought for the Juriste. My role consists in obtaining articles submitted by Québec or Canada members concerning national subjects or their involvement on the international scene, with a more direct implication in « the legal profession » subjects published by the Juriste. I believe that the specific characteristics of the legal profession constitute the common features that bind lawyers across the world, and that it is important to publish articles setting out our similarities as well as our differences. My main advice to our members is: Lisez-nous et partagez le Juriste International! – Read us and share the Juriste International! »



Section Director – Human Rights and Protection of Lawyers

Martin PRADEL

Cabinet Martin Pradel, Paris

pradel@pradelparis.com



L'UIA force l'admiration par sa capacité à ne jamais renoncer à la transmission des connaissances, comme en témoigne le Juriste International. Co-Directeur des droits de l'homme, je participe au développement de l'actualité en relation avec le travail de notre direction. Les défenseurs des défenseurs des droits de l'homme savent qu'il est plus facile d'assassiner dans la pénombre ; le Juriste peut s'enorgueillir d'apporter sa part de lumière, en alertant ses membres sur la situation des avocats menacés dans l'exercice de leur profession. La rubrique donne aussi la parole aux plus formidables experts, sur des sujets touchant aux libertés fondamentales, à notre éthique et aux questions que soulèvent certaines politiques pénales au regard des principes essentiels. Le Juriste n'est pas un média d'excellence duquel les membres de l'UIA se sentirait étrangers. Il est marquant de constater combien la parole est donnée aux membres de notre association, qui sont autant de ressources et de boîtes à idées. Cette ouverture, au service de la promotion de notre idéal, est un appel : exprimez-vous !



Section Director – Human Rights and Protection of Lawyers

Carlos FATÁS MOSQUERA

Alion Abogados SLP, Barcelona

carlos.fatas@alion-abogados.com



En calidad de Co-Director de derechos humanos de la UIA, es un honor formar parte del Comité de Redacción. Nuestra revista es un formidable medio de comunicación que recoge artículos escrupulosamente leídos y valorados atendiendo reglas estrictas de calidad técnica, de actualidad y de interés jurídico, correspondiendo siempre a la dimensión internacional de la UIA y de nuestros lectores que, a través de los 5 continentes, leen, en tres idiomas, el Juriste. En efecto, es una indudable riqueza que los autores puedan expresarse en su idioma, propiciando así un instrumento vehicular de enriquecimiento entre distintas culturas. Animo pues a todos los hispanohablantes a escribir y mandarnos artículos en español, a enriquecernos a todos en nuestro bello idioma y ello en todos los temas que nuestras diferentes secciones recogen, porque el Juriste, sin autores de calidad, sin vosotros que lo hacéis posible, no sería la prestigiosa revista que es hoy.

Committee



Section Director – Legal Practice

Gavin LLEWELLYN

Stone King LLP, London

gavin.llewellyn@stoneking.co.uk

I was invited to join the Editorial Board of Juriste as its UK representative, at the time jointly responsible with Nicole Van Crombrugge for the "Practice of Law" section of the magazine. However, the Board really works together to develop and source content which our readers will find interesting, soliciting authors from around the world with interesting points of view on legal topics in their various jurisdictions. It is this collaborative effort which I think makes Juriste so rich a legal journal. As a native English speaker, I also review articles written in the English language prior to their publication. It never ceases to amaze me that people in other parts of the world are able and willing to produce such learned articles in their second or even third language. To me, this really shows the breadth and depth of membership of our illustrious organisation. I would like to encourage more members of the UIA to come forward with their ideas for future contributions to the magazine so that other members may benefit from their insights.



Section Director – Legal Practice

Marc GALLARDO MESEGUER

Lexing, Barcelona

marc.gallardo@lexing.es

Mi función en el Comité de redacción de Juriste consiste en coordinar la sección "Ejercicio de la Abogacía" en la que se publican artículos relacionados con la práctica de nuestra profesión desde una perspectiva multidisciplinar e internacional. Juriste aporta contenidos de gran actualidad y utilidad al abogado, ya sea sobre las actividades desarrolladas por la UIA, ya sea sobre diferentes materias jurídicas que interesan a sus lectores y que se agrupan entorno a tres grandes bloques: derechos humanos, la defensa del abogado y cuestiones relativas al ejercicio de la profesión de abogado. Espero que los lectores sigan disfrutando de Juriste y que encuentren en la revista los contenidos de su interés.



Correspondant - Africa

Arthur BALLE

SCPA B & B Conseils et Associés, Cotonou

b.b.avocats@gmail.com



On est tous d'accord que participer à l'UIA, c'est contribuer à ce qui s'y fait. Le journal comme contributeur est l'une des bornes visibles. Je me joins à l'équipe rédactionnelle pour continuer les gros efforts des animateurs qui assurent la périodicité trimestrielle du journal. Il y a tellement d'informations intéressantes à partager que mon adhésion au comité de rédaction me laisse vous assurer que plus d'enrichissements vous viendront d'Afrique.



Correspondant – Young Lawyers

Elizabeth Mc GOWAN

Dawson Cornwell Solicitors, London

EM@dawsoncornwell.com



I am the Young Lawyer Deputy to the Editorial Team. I joined because I thought it would be a good opportunity to help give young lawyers a voice and encourage their involvement in the magazine. My work is predominantly made up of family and private client work and I really enjoy the breadth of articles in Juriste which are written in such a way that they appeal to everyone, whether or not the subject is within your field of expertise.



Editorial Assistant

Marie-Pierre RICHARD

UIA Centre, Paris

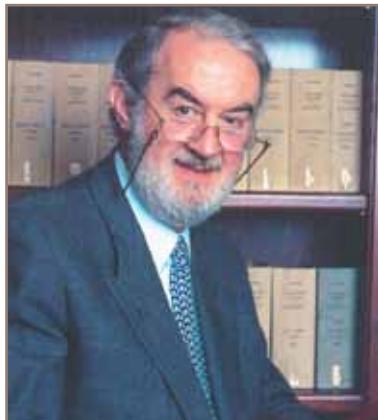
mprichard@uianet.org



Je suis le directeur administratif du Centre UIA à Paris. Je participe aux réunions du Comité de rédaction, une équipe vraiment sympathique, travailleuse et motivée. En tant que personnel permanent de l'UIA, j'apporte au Comité des éléments d'information sur les

activités de l'association ou de son Président, les dossiers en cours, etc. Je suis chargée du montage des magazines jusqu'à l'envoi en impression : préparation, relecture et correction des articles, agencement dans la maquette avec l'aide d'un designer, proposition et sélection iconographique. Cela demande un œil exercé, beaucoup de temps, d'attention et de précision, mais c'est un travail passionnant. Je suis efficacement aidée dans ces tâches par mon assistante, Anne-Marie Villain et par la Chargée de communication de l'UIA, Marie-Pierre Liénard.

Mi amigo, el Presidente de Honor Miguel Estrada



Por Juan Antonio Cremades, Presidente de Honor de la UIA

El viernes 8 de abril de 2016 falleció a los 79 años de edad en su casa de la Ciudad de México, el Licenciado Miguel Estrada Sámano, presidente de Honor de la Unión Internacional de Abogados.

Dos días antes, hablé con él telefónicamente. Yo sabía que luchaba desde hace tiempo contra el cáncer, habiendo tenido incluso que ser hospitalizado hace unas semanas. Pero lo encontré, ya de vuelta a su casa, animoso. Me indicó que comenzaba a comer y que ello le daría fuerzas. Sin embargo Loli tomó el teléfono cuando acabé de hablar con Miguel y me dijo: "Se nos va". Y me confirmó, cuando la llamé al día siguiente del óbito, que se había ido con calma, sin dolor y con esperanza.

Conocí a Miguel en los años 80. Ambos formábamos parte de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y surgió una amistad que duró toda la vida. Cuando fui elegido miembro del Comité de Dirección de la UIA, me propuso que viajara a México para tratar de integrar en la Unión a la abogacía de su país. Así lo hice y, tras una comida que organizó con los presidentes de la Barra Mexicana Colegio de Abogados Adolfo Aguilar y Quevedo y Javier Quijano Baz, la Barra pidió su admisión a la UIA.

Miguel presidió la Barra Mexicana Colegio de Abogados entre 1989-1990. Concluyó su discurso de toma de posesión, al que tuve el privilegio de asistir en representación de la UIA, con unas palabras que reflejan bien su carácter: "Permitáseme finalmente rendir tributo (y a esta manifestación se unirán seguramente muchas voces) a la amistad entrañable, seguramente indisoluble, que la colegiación en la Barra hace factible cultivar. Incluido, por tanto, el alto valor de la amistad en la solidaridad profesional, la Barra seguirá empeñada en el cumplimiento de su alta, noble misión". Miguel siempre ofreció su amistad a todos los abogados del mundo.

Programamos juntos que el Congreso en el que terminaría mi presidencia tuviera lugar en la Ciudad de México, acabando en Morelia, que él siempre calificaba de "mi hermosa ciudad natal". Y es realmente bellísima. Aceptó mi propuesta de que fuera Presidente del Congreso.

Acabada su presidencia de la Barra y comenzada la mía de la UIA, recorrimos ambos muchísimos países, promocionando eficazmente el Congreso UIA de 1991. En estos viajes, su alegría y buen humor eran recordados por todos. Y desde luego, nadie olvidaba las canciones con las que amenizaba cualquier reunión festiva. Su voz estentórea

entonaba "Granada" siempre que podía, hasta el punto que el Decano del Colegio de Abogados de esta ciudad, que nos acompañó en un viaje por las Américas, dijo a Miguel que tenía "incontinencia canora".

En la apertura del Congreso pude proclamar ante el Presidente de la República, constatando la numerosísima asistencia de abogados de muchos países: "¿Cómo no íbamos a venir si el Licenciado Miguel Estrada Sámano, Presidente del Comité de Organización del Congreso, se ha recorrido los cinco continentes cantando a voz en grito las bellezas de su tierra mexicana? Sólo un reproche le hacemos: aunque su canción haya sido de elevado lirismo, su voz potente y su verbo fecundo, se ha quedado corto en los elogios. Al llegar aquí hemos podido constatar cuan profundamente cierto es su cantar que afirma que México es lindo y querido y, sobre todo, que es cuna de hombres cabales. La amistad que nos brindan tanto las autoridades mexicanas como nuestros compañeros los abogados, harán que este Congreso sea inolvidable".

Y más adelante pude afirmar: "Sabemos, Miguel, cuántas horas de trabajo, cuántos esfuerzos, cuántas preocupaciones te ha costado la magnífica organización de este Congreso. Has conseguido que, para la



De izqda a dcha: Javier Sancho-Arroyo, Juan Antonio Cremades, Mario Stasi, Miguel Estrada Sámano, Javier Quijano Baz

abogacía de todo el mundo, México sea esencialmente el país de donde viene un abogado alto, barbado, fumador de largos puros y que hace temblar las paredes cada vez que le piden que cante o cada vez que canta aunque no se lo pidan. Tendrás, Miguel, una recompensa: has cantado en muchos países invitado por los abogados locales. Con este Congreso vas a poder cantar en tu propio país ante los abogados de todo el mundo. Sabiendo lo que te gusta cantar, estoy seguro de que ello compensará ampliamente todas las fatigas, a la par que nos deleitará".

Miguel presumía con razón de que en su Morelia natal, al acabar el Congreso el 2 de agosto de 1991, se firmó por numerosos Colegios y organizaciones de Abogados la Carta Internacional de Acceso a la Justicia para todos.

Siguió Miguel trabajando activamente en la UIA, siendo el primer abogado mexicano que asumió su presidencia, lo que tuvo lugar en el Congreso de Buenos Aires del año 2000, hasta que cesó en el Congreso de Turín en 2001. Infatigable viajero, representó a la UIA en todos los continentes. Tejió relaciones especiales con la All China Lawyers Association. Durante su presidencia, se organizaron seminarios sobre los más variados temas, uno de ellos, naturalmente, en su querida Morelia. Y se personó en muchos países para defender la independencia de los abogados. E incluso intervino en la televisión china sobre la independencia de los abogados y del poder judicial, lo que fue transmitido repetidamente durante varias semanas en el programa de mayor audiencia del país. También se pronunció en nombre de la abogacía mundial en la televisión croata contra las invasiones policíacas de despachos de abogados, con la consecuencia de parar tales desmanes.

Y ahora, cuando pienso en Miguel, no puedo alejar de mi mente el quinteto que formamos con Mario Stasi (de querida memoria), Javier Quijano y Javier Sancho-Arroyo. Cantamos el "Madrid, Madrid, Madrid" del compositor mexicano Agustín Lara en innumerables reuniones de la abogacía, desde Berlín a Buenos Aires o París, culminando en el mismísimo Palacio de Correos de la madrileña Puerta del Sol.

Confieso que me saltaron lágrimas a los ojos cuando Loli – en la conversación telefónica que mantuve al enterarme del fallecimiento – me indicó que Miguel afirmaba que su mejor amigo era yo. Este amigo dice hoy a Loli que Miguel – un amigo de sus amigos, un humanista, un gran abogado y un hombre de bien – canta hoy en el Cielo de los justos.

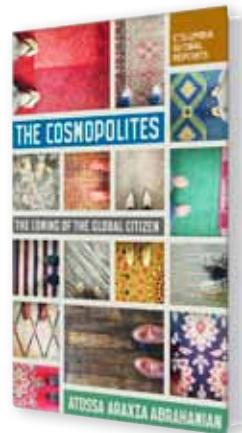


Droits de l'Homme et de la Défense
Human Rights and Protection of Lawyers
Derechos Humanos y de la Defensa



The bizarre Scheme to Transform a Remote Island into the New Dubai

■ Atossa Araxia ABRAHAMIAN



On October 8, 2008, a group of government officials from the Comoro Islands made their way from their villages to a small airport not far from the nation's capital, where, on a runway overlooking the Indian Ocean, a private plane stood waiting to fly them to Kuwait. The road that led them there was one of the longest in the archipelago nation — a 20km stretch that skims the west side of Ngazidja, the biggest of the three islands. It is a scenic drive, lined with pineapple, breadfruit, and mango trees, as well as potholes and piles of trash.

The reason for the officials' trip to Kuwait was economic: their country was completely broke, and had been that way for as long as they could remember. The Comoro Islands, which lie in the Indian Ocean about 200 miles off the east coast of Africa, is one of the poorest nations in the world; the last time a poverty survey was conducted, in 2004, about half of its 800,000 citizens were living on less than \$1.25 per day.

Earlier that year, the Comorian government had received a proposal from some visiting Arab businessmen. What if the Comoros started to sell their citizenship to raise funds? There was a great demand for passports in the Middle East, the men explained; for starters, wealthy individuals saw a second or third nationality as a shortcut to make travelling and doing business abroad easier. Some Gulf countries were also figuring out what to do with large groups of Bidoon, or stateless people residing within their borders. The Bidoon have no nationality for various reasons: some families simply failed to register with the state when these nations were formed

and were subsequently denied citizenship; others had emigrated illegally generations ago; others still faced tribal, religious, or racial discrimination in Gulf monarchies that reserve citizenship, and the generous benefits that come with it, for those closely affiliated with the ruling cadre.

To document the Bidoon, some countries in the region were willing to pay good money to procure Comorian citizenship in bulk, the businessmen claimed. All the Comorians would have to do was pass a law allowing for this type of transaction, and print some passports.

would be tantamount to auctioning off Comorian nationality.

However, the politicians were dealing with men who would not take no for an answer. Two months later, the Arab businessmen offered to arrange a "fact-finding mission" to the Gulf states, all expenses paid. Conveniently, the trip was scheduled to take place ahead of the next session of parliament. Six of the law's most vocal opponents were among those invited.

Ibrahim M'houmadi Sidi, the vice-president of the country's national assembly at the

"Here in our country, we have a ticking time bomb. If young Comorian graduates don't find work, it's going to explode". Abdou Mouminé

The Comorian president at the time, Ahmed Abdallah Mohamed Sambi, and his vice president, Idi Nadhoim, were intrigued. This was money they could use to fix the roads, take care of the rubbish, buy fuel, and build desperately needed infrastructure. Such a destitute country could not afford to be high-minded about a few pieces of paper. Beggar states cannot be chooser states.

But when the time came to discuss the proposal in parliament, Comorian politicians did not see it that way. The offer, they said, was a Faustian bargain. Wasn't selling citizenship to complete strangers akin to selling a piece of their country's soul? In a heated session of debate in July 2008, the parliament rejected a proposed "economic citizenship" bill, contending that it

time, led the delegation. He was joined by Abdou Mouminé, the head of the parliamentary finance commission — who went along, he says, because he believed that the Comoros should open up and invite foreigners to invest. How they did so mattered very little in his eyes. "Here in our country, we have a ticking time bomb," he told me in December of last year. "We have a university that churns out unemployed young people, and over the years, if these young Comorians don't find work, it's going to explode."

As the plane climbed higher, the men caught an aerial view of their country, its hilly slopes swollen with green breadfruits that grow year-round in the fertile volcanic soil. The Comoros fits the cliche of an island paradise from above — as pretty as neighbouring Mauritius, Réunion, or the

Seychelles, which between them attract hundreds of thousands of tourists a year.

And yet this natural beauty has done little to help the Comoros develop. Most people have not heard of it; many of those who have do not quite believe that it is a sovereign nation at all. In the 40 years since it gained its independence from France, the country has seen around 20 successful or attempted coups d'état – many of them led by foreign mercenaries: these earned the country the nickname “cloud coup-coup land”.

The Comorian politicians could not help but wonder why their nation seemed destined to always be ranked among the world's poorest. Perhaps, they hoped, this trip would help them begin to turn things around.



The plane began its descent toward Kuwait City some six hours later. When the men disembarked, they were welcomed by a

that speaks to the islands' beautiful night sky. Kiwan is a son of globalisation, a free agent, a man without a country. Born in Kuwait to Syrian parents and educated in the south of France, he is binational, trilingual – he speaks Arabic, French, and English – and highly proficient in the business lexicon of “disruptions”, “impacts”, and “innovations”. Before Kiwan turned his attention to the Comoros, he had made his fortune with Al Waseet International, a tangle of media and advertising companies that employs around 4,000 people in a dozen countries across the Middle East and Eastern Europe.

Kiwan's charisma and business savvy had served him well over the years. He did not just make friends with powerful people; he went into business with them. An early associate was Sheikh Sabah Jaber Mubarak al Sabah, the son of the current Kuwaiti prime minister. Sabah was on the board of Al Waseet and backed a number of Kiwan's ventures. He gave Kiwan instant credibility. “It was Bashar's guarantor,” says

Kiwan's love affair with the Comoro Islands began in the 1990s, when he visited as part of a delegation of businessmen. “I discovered a virgin country that was coming out of a little civil war with some mercenaries,” Kiwan told me late last year. “It was just like heaven.” But the Comoros were so politically unstable during that decade that even the most intrepid businessman steered clear.

By the mid-2000s, the Comoros had become a peaceful democracy, and in 2005, then-president Azali Assoumani invited Kiwan and other businessmen back to the Comoros in the hope of encouraging them to invest. This time, Kiwan sensed an opportunity. He began to make regular trips to the islands, until his visits became a near-monthly occurrence. He introduced prominent figures in the Gulf to their Comorian counterparts, ingratiating himself with the islands' small business elite. He signed a memorandum of understanding with the Comorian authorities for the establishment of some ambitious projects, including the country's first commercial bank.

During the 2006 presidential election, Kiwan surveyed the likely candidates looking for a potential ally, and found his man in Ahmed Abdallah Mohamed Sambi, a relative newcomer to politics. Sambi was a religious man who had studied Islamic political theory but expressed no interest in turning the islands into a theocracy. He spoke of peace, cooperation, and national unity. It was an appealing stance for a population whose brand of Islam is best characterised as “slacker Sunni”.

Sambi was also devastatingly charismatic. With his glowing bronze complexion and a beatific calm, he carried himself – and, observers in Comorian political circles say, considered himself – more like a prophet than a politician. “When he walked into the room, you stopped and stared,” one foreign development professional who met regularly with Sambi during his tenure said. “When he talked, you wanted to believe his every word.”

Sambi won the 2006 election, and almost overnight, Kiwan became a fixture in the presidential palace. “Bashar had carte blanche. He was Sambi's *de facto* prime minister,” Mohamed Sagaf, a former minister of foreign affairs, told me. The new

Kiwan's dream was to turn the Comoros into the new Dubai. At the time, it did not seem entirely unlikely.

tall, bald man with a firm handshake and a Colgate smile. His name was Bashar Kiwan, and it was he who had brought the economic citizenship proposal to President Sambi. (Although the proposed citizenship deal was with the United Arab Emirates, Kiwan invited the Comorians to Kuwait, a neighbouring country where he lived.) In the previous 12 months, he and the employees of his local company, Comoro Gulf Holdings, had become fixtures of the social scene in Moroni, the Comorian capital, driving around in shiny SUVs, wearing flashy watches, and gaudy polo shirts. Kiwan himself had been visiting the Comoros about once a month since around 2007, coming and going as he pleased from government buildings and throwing parties at the upscale (by local standards) Itsandra Beach hotel.

That Kiwan and the average Comorian live under the same moon and stars is a testament to how unevenly the global economy distributes its gifts. The islands are orphans of a bygone colonial era, alone, isolated and adrift; the Arabic word for Comoros is “Kamar”, or “moon” – a name

Mansur Muhtar, an old friend of Kiwan's in the Comoros. “It meant he could approach investors in the Comoros and elsewhere and say he was working with the Kuwaiti government.”

Still, on the eve of his 43rd birthday, Kiwan's ambition was not satisfied. On the one hand, he had it all: he lived in a fancy Kuwait City neighbourhood, was married to a gorgeous French woman named Angélique, whom he met on a ski trip in college. The couple had one son, Jad. On the other hand, Kiwan was an expat living in Kuwait, and he had no plans to become a naturalised citizen. The country's citizenship laws make naturalisation close to impossible, and, in the rare instances when citizenship is granted, distinguish between native-born and “new” Kuwaitis, denying the latter the right to vote and rendering them subject to denaturalisation at the government's whims.

As a foreigner, Kiwan's influence in Kuwait was limited. There were no such rules in the Comoros.

president's lack of experience soon became apparent. "Sambi's biggest flaw was that he didn't have the know-how to run a state," Kiwan recalled. "It was incredible that he received foreign delegations, but no one was even there to take minutes of the meetings." The president, in other words, required a manager, an adviser, an *éminence grise*. Kiwan stepped forward to take up that role.

Kiwan had big ambitions for the Comoros. His inspiration, he says, is the hereditary ruler of Dubai, who oversaw the tiny emirate's astonishing growth and turned it into a global centre for trade and finance. "Sheikh Mohammed bin Rashid [al Maktoum] is a grand visionary, a man who completely transformed a country of 60,000 people, unknown as a travel destination," Kiwan told me. "He didn't just change his country – he changed the global perception of the Arab citizen."

Kiwan's dream was to turn the Comoros into the new Dubai. It was a sign of the times – before the collapse of the global financial system, or the Arab revolutions – that it did not seem entirely unlikely that a well-connected global citizen could transform a destitute archipelago into a Hawaii for Arabs.

In 2007, Kiwan was named honorary consul of the Comoros to Kuwait. Between meetings, he mapped out a Comorian business empire, drawing up elaborate plans for tourism, development, commerce, and trade, and pitching the projects to investors through a company called Comoro Gulf Holding (CGH). He even started a popular newspaper, *Al Balad*.

Kiwan estimates CGH ended up raising around \$100m. One former manager who spoke on condition of anonymity suggests that the sum was less and that most of the money came from Kiwan, not from outside investors. (Kiwan would not respond to questions or requests for comment after our initial meeting in November 2014.)

As much as Kiwan wanted to contribute to the Comoros, a country in such bad shape needs far more help than private investors alone can offer. So Kiwan gave the Comorians advice on how build ties with Arab countries to raise more funds. One way they could show their commitment to interstate cooperation, he told them, was to give their would-be benefactors something

only a Gulf monarchy could possibly demand, and that only a small, remote state like the Comoros could provide.

The answer was passports – in bulk.



As Kiwan tells it, he began to notice an enormous demand for second passports among the Gulf's middle and upper classes in the mid-2000s, around the time he began his regular trips to the Comoros. People in the Middle East, and particularly those living in marginalised countries or under repressive governments, "live with the hope of obtaining a second nationality", Kiwan told me. "The dream is to be American, Australian, Canadian." But if a person could not obtain one of these highly desirable passports, he said, there were still advantages to being a citizen of a relatively unknown state such as the Comoros: it can be easier to obtain a travel visa, for instance, and to do business in certain countries.

Before Kiwan arrived on the scene, there was already a market for second citizenship – but it was targeted at the super-rich. By the 2000s, a small handful of Caribbean islands – notably St Kitts and Nevis and the Commonwealth of Dominica – were readily and legally selling their citizenship to wealthy outsiders, and many major western countries, including the US and Canada, offered fast-tracked residence and citizenship via investor visas, which grant residency in exchange for the purchase of real estate, government bonds, or for putting money into regional businesses. A cottage industry of clever middlemen began to advertise "citizenship by investment" programmes to rich clients and convincing small, mainly island countries to allow for the sale of their passports to wealthy outsiders.

The very existence of this business marks an enormous departure from traditional ideas about nationality, allegiance, and belonging. Perhaps the biggest triumph of the modern nation state has been to convince large groups of people that a status conferred to them arbitrarily upon birth was, in fact, not for sale, and indeed, worth defending unto death. The emergence of the passport industry suggests that comradeship has given way to commerce, and that citizenship is becoming a commodity to be bought and sold. Like ships flying flags of convenience, these days people can carry nationalities of convenience.

The passport industry had thus far only served those who could afford to spend hundreds of thousands of dollars to obtain a second citizenship. But as Kiwan began to take note of its existence, he realised there was another group in the Gulf that needed to acquire citizenship – because they had none to begin with. These were the Bidoon, who lived in Kuwait, the United Arab Emirates, Saudi Arabia and other Gulf states, but were not citizens of any country. Human rights organisations had urged Kuwait and the UAE to take measures to resolve their situation; some of the Bidoon, furthermore, had begun to demand political representation.

As an intermediary, Kiwan would win big, too. He told me that he found willing partners in the Emirati interior minister, Saif bin Zayed al Nahyan, and his secretary-general, police chief Major General Dr Nasser al Nuaimi. According to statements later made by Sambi, the Emiratis pledged to pay the Comoros \$200m in exchange for the naturalisation of some 4,000 Bidoon families who would obtain Comorian citizenship documents but not physically move to their "new country". The actual number of citizenships sold has not been revealed.

In his Kuwait City office last November, Kiwan showed me a leather-bound contract, dated April 2008, signed by al Nuaimi – on behalf of a private corporation – and Mohammed Dossar, then the Comorian defence minister, approving Kiwan's role mediating a UAE-Comoros citizenship exchange.

Kiwan had convinced key players on both sides to join him. But for the scheme to run smoothly, he had to convince the most reluctant Comorian parliamentarians to make it official – and the best way to do that was to take very good care of them during the trip in October 2008.

After Kiwan picked the Comorians up at the airport, the men were shuttled away in limousines to a high-end Kuwait City hotel to rest up. Over the next three days of meetings, dinners, sightseeing, Kuwaiti business representatives gave the Comorian delegation promises of wealth, investment, and development. Speaking last December, several Comorian lawmakers described attending a lavish dinner hosted by Sheikh Sabah, Kiwan's business partner and the son

of then-defence minister (and now prime minister) Jaber al Mubarak al Hamad al Sabah (Sabah was unreachable for comment). After dinner, the delegates reportedly received laptops and watches as gifts.

But there was one more thing left to do: meeting the Bidoon. The Comorians had never met one of their future compatriots. Who were these people without a nation? How could one be at once native and without a land?

In a conference room, the delegates were introduced to several stateless men and women from Kuwait. Through an interpreter, the Bidoon gave a full account of their situation: why they were stateless, what they did, how much money they had, and how the Comoros Islands could help them. "I don't know where he found these Bidoon. It could well have been Kiwan's driver, for all I knew," a former senior manager who worked for CGH in the Comoros said.

After three days in Kuwait, and satisfied with the information they had gathered, the Comorians packed their bags full of gifts and headed home.

Back in the Comoros that November, the men gathered in the national assembly to debate and vote on the economic citizenship bill. The text spoke simply of granting citizenship papers to "partners" of the Comoro Islands from all countries, so long as these partners did not have criminal records, belong to terrorist organisations, or threaten the social and cultural cohesion of the country.

The discussion grew so heated that the president of the parliament stormed out in frustration. He was soon joined by 15 others. But those in favour carried the day. On November 27, 2008, amidst continuing public discontent, the bill was signed into law by President Sambi.



On December 31, 2008, Comoro Gulf Holding rang in the new year with an open house party at the newly renovated Itsandra Beach hotel. In theory at least, all the pieces were in place to begin turning the Comoros into the new Dubai.

"Whatever their ambitions, CGH has established a substantial, permanent presence in the Comoros, including ties to Comorian public and private elites," noted a US diplomatic cable dated 5 January 2009. "While there is little tangible aside from the Itsandra hotel, there is a lot of activity – CGH's top officials around town and on the front pages, accompanying would-be investors or signing deals. On a given day, a dozen cars with CGH logos may be spotted around Moroni."

By this point, Kiwan's company had obtained the rights to build residential and commercial buildings on large stretches of land just outside the capital. CGH had also been granted a licence to open a telecommunications company and a bank. Along the road to the airport, the company erected large panels that advertised a development named Corniche Grande Comore. The billboards showed what seemed more like the set of a science fiction movie than feasible plans for what were essentially miles of volcanic rock. CGH wanted to create 16,800 square metres of offices, 14,200 square metres of retail space, 7,400 square metres of apartments and a luxury hotel with a business centre and a marina.

"The projects were grandiose," said former minister of foreign affairs Mohamed Sagaf. "[The Arabs] showed us videos of the Corniche, the port ... it was paradise in the Comoros. And that was unimaginable, to us. But for the Arabs, it was possible. We saw what they'd achieved in Dubai, in the sea."

The former senior CGH manager told me: "Bashar made the Comorians dream. Even I was convinced that he'd have something there someday."

Impressed by Kiwan's confidence, many ordinary Comorians believed that he would be financing everything. However, Kiwan wanted to attract investors by presenting the islands at a pair of conferences in Kuwait City and Doha in early 2010.

The projects were a hard sell. "The majority of [investors] liked the Comoros, they liked the nature, but less than 1% wanted to invest because they saw that the environment was not conducive to business," estimates the former senior CGH manager, referring to the lack of infrastructure on the islands and widely held frustrations with doing business

Comorian-style: a day late, a buck short. "They came, they told us it was pretty, but they didn't want to pay."

The ailing global economy also threw a spanner into Kiwan's works. Just as his Comorian projects were coming together, the financial crisis had hit the Gulf. Investors in the region were growing increasingly cautious, so it was harder to find capital for such a risky plan.

The feasibility studies CGH commissioned around that time insisted, pleadingly, that the Comoros was a safe bet; one claimed that because the Comoros produces "feel-good" commodities such as vanilla, it would "benefit overall" from the economic crisis – presumably because people might eat more ice cream during a downturn. But repeating the great Dubai experiment in a country that could barely keep the lights on and the water running was the last thing anyone wanted to put money on in an economic recession. All of a sudden, Kiwan's boundless optimism started to raise eyebrows. An economic turnaround in the Comoros, led by CGH, no longer seemed likely. It seemed crazy.

In addition to the financial problems, Kiwan's project was also running into political obstacles. As a result of their lobbying, CGH had come to be seen by more sceptical Comorians as neo-colonialists. The citizenship law, which granted Comorian documentation to outsiders in exchange for money, attracted particular criticism. "It's been 33 years since we stopped being a French colony," said Houmed Msaidié, a member of the opposition party, in a debate published in the local paper. "Now we're being colonised by Comoro Gulf Holding."

Even in the absence of private investors, the citizenship exchange with the United Arab Emirates was supposed to generate enough money to do the country some good. In the spring of 2009, President Sambi announced that the UAE was due to send over \$200m in exchange for the Comoros documenting 4,000 Bidoon families of six to eight people each. About \$25m would go to the state's overall budget, and the remaining \$175m would be invested in roads, sanitation, and power.

"This will put an end to our water problems, our road problems, our energy problems," Sambi told the Comorian people in his

2009 Eid address. “It will serve to build our ports, our airports, real schools to last a hundred years and the construction of a security infrastructure. My brothers, this is one of the paths I’ve gone down to generate wealth for our country. That’s what we’re missing in this country: money. And here is money, which, by the grace of God, will in the coming days be transferred into the central bank.”

Sambi might have had God on his side, but what he really needed was someone to read him the fine print. He appeared to have thought that the money would make its way into the Comorian treasury’s coffers in one piece; in fact, according to Kiwan’s initial contract, it was due to pass through CGH’s accounts piecemeal. It is hard to say for sure, because the details of the deal were kept under lock and key.

Since 2009, international organisations have been given some clues – few of them consistent with one another – about how much money ended up in state hands. In 2012, at the apparent peak of the programme, the African Development Bank puts revenues for the Comoro Islands from the citizenship programme at \$33.6m. The IMF estimates the money came closer to \$45.6m. “The overall fiscal balance including grants improved from a deficit of 1.9% of GDP in 2011 to a surplus of 2.9% of GDP in 2012,” the World Bank wrote in an annual report, which attributed this change largely to the economic citizenship programme.

The following year, revenues dropped, but continued to trickle in until as recently as last year, according to the IMF. But record keeping in the Comoros is haphazard; when I visited the Interior Ministry last year, I found its archives in a tiny room stacked floor to ceiling with seemingly unsorted paper. Even if the authorities were willing to divulge how much money they received and what they spent it on, there would likely be dozens of versions of the truth.

It is undeniable that CGH generated hundreds of jobs in the Comoros. But what is also clear just from looking around Moroni is that the massive infrastructure projects never saw the light of day. Some roads were built; members of the diplomatic community say that some of the money went to help the government pay arrears on salaries. Besides that, very few Comorians are seeing any long-term benefit from the sale of their nationality.

◆

The dream of Dubai-level development in the Indian Ocean turned out to be a bust; the Comoros gained little from the initiative. But what about the Bidoon?

In the Emirates, the Bidoon were told that taking Comorian citizenship was the first step to becoming Emirati. Kiwan told me that a two-step naturalisation process for the Bidoon, beginning with Comorian papers and culminating in full Emirati citizenship, was the plan all along. Some hopeful Bidoon families willingly signed up for foreign citizenship; others had less choice. One man I spoke to said he couldn’t renew the licence plates on his car until he was “naturalised”. It is unclear how many, if any, eventually received Emirati passports as a result.

It also seems like the bet Kiwan had made on the Gulf states providing documentation for their stateless went beyond economic citizenship and papers for a few thousand Bidoon families in the Emirates. The success of CGH’s Comorian enterprise, some of Kiwan’s colleagues and friends told me, depended heavily on the relocation of the Bidoon from multiple Gulf countries to the Comoros. Company documents, versions of which Kiwan showed me himself, suggest CGH was considering the mass relocation of the Bidoon for the company’s – and the Comoro Islands’ – gain. Consultants hired to study the financial viability of a CGH beach resort went as far as to survey what sort of market there was for economic citizenship among stateless individuals. “Our recent survey in Kuwait and the UAE indicates that 50% of Bidoons have been seeking a citizenship,” reads one of the studies delivered in early 2010. “And when linked to real estate, 85% of the ones seeking a foreign citizenship would be interested in this value proposition.”

The presence of the Bidoon would help native Comorians, who would benefit from increased investment in their country. It would bring in outside business to cater to the Bidoon’s needs. The government would get the one thing it needed the most: money. What is more, the newly Comorian Bidoon would finally have a place to call home – albeit one they had probably never heard of.

Elie Wakim, a friend and associate of Kiwan’s who says he helped pitch the Comoros proposal to Emirati officials in an early closed-door meeting, came to embrace the initiative. “I understand very well that people might be shocked by this principle,” he told me over Skype earlier this year. “But these are people who have no country, who are spread out over the Arab world, who can’t travel or have an identity or hold certain jobs without facing discrimination.”

The optimism with which CGH had entered the Comoros did not last. By the spring of 2010, Kiwan’s luck in Moroni was beginning to run dry. It turned out that there were pitfalls of doing business in the Comoros: everything, at some point, gets personal on a tiny, secluded island. After securing a telecom licence, Comoro Gulf Holding had been expected to build a small port as collateral. But the company never completed the plans, which grew into a serious point of contention with government officials and the population at large. Kiwan had even fallen out with his longtime ally President Sambi in the final months before he left office.

After the May 2011 election, a politician named Ikililou Dhoinine was sworn into office as the new president. His term signalled the beginning of the end for the Arabs. The new administration began to pressure CGH to pay millions of dollars it claimed the company still owed from the economic citizenship funds, and revoked the privileged status that Sambi had afforded Kiwan.

Kiwan acknowledges that his company lost money and failed to realise its ambitions in the Comoros. But he says it was due to executive intransigence, and a lack of long-term planning on the part of the Comorian government. “We came to understand that we had to wait for the current government’s term to end in the hopes that the next one would be more neutral,” he told me. “We thought we had good relations with the country, but in reality it depends on the president, who has final say.”

Kiwan was all but driven out of the Comoros; his last trip there was in early 2013. In 2014, CGH lost its lease on the Itsandra hotel and concessions outside Moroni for tourism developments. And that July, the Corniche placards were torn down. “The destruction of this long barrier of panels, which at one

point, captured the popular imagination ... marks the end of an era that led people to believe, as Bashar Kiwan had promised them, that a paradise village would bloom from this site," a local blogger wrote.

In April 2015, a Moroni court ruled that Comoro Gulf Holding owed the state USD \$16m from the economic citizenship programme. General Mohamed Dossar, who represented the state in the agreement signed between Kiwan and the Comorian and Emirati parties, told me four months earlier that it was "obvious that CGH did not transfer the whole amount that was owed to us".

In May, the state ordered the seizure of company assets on the islands – 184 pieces of machinery, a stockroom, and three large piles of sand at the company's cement facility, according to the local newspaper Al Watwan. "What preoccupies me are the socioeconomic implications of this affair," Elie Yazbeck, the CGH representative on the ground, told the paper. "I'm defending a humanitarian cause; I'm on the side of the employees who will soon be out of work."

Kiwan's newspaper, Al Balad, was long gone, too, after serving as a Kiwan mouthpiece for two years. Last December, piles of back issues lay strewn among long-abandoned printing equipment in a large shed adjacent to the newspaper's old offices on a quiet side street near Moroni.

In one of the final issues, a regular sidebar about "French wisdom" explained the meaning of an idiom.

"Il ne faut pas croire qui promet la lune," it reads. "One should not believe he who promises the moon and stars."

Atossa Araxia ABRAHAMIAN

Author

New York, NY, United States
atossa.abrahamian@gmail.com

This article originally appeared in The Guardian's Long Read section in November 2015. www.theguardian.com/longread"

Atossa Araxia ABRAHAMIAN is the author of "The Cosmopolites: The Coming of the Global Citizen" published by Columbia Global Reports. «The Cosmopolites» is available for purchase on Amazon : <http://www.amazon.com/The-Cosmopolites-Citizen-Columbia-Reports/dp/099097636X>. The book will be published in French in the fall 2016 by Lux Editeur.



China's Human Rights Lawyers: Challenges and Prospects

| Yiu Leung CHEUNG

When the People's Republic of China was founded in 1949, replacing the Nationalists' administration (which has since receded to Taiwan until now), the latter's legal system was brutally wiped out and dismantled, alongside the entire existing social and economic machines. It was such a colossal regime change overnight that China was instantly thrown into a legal vacuum. The nation's constitution was promulgated five years later in 1954, which was modeled upon the 1936 Soviet constitution. Under the new constitution, the justice system including the People's Court and the People's Procuratorate were established. An embryonic if not experimental lawyer system known as 'state legal agent' was also put in place. This justice system was, however, as short-lived as the constitution. Since 1957 and in the two decades that followed, China was swept by waves of tragic political turmoil and, until 1976 when the infamous Cultural Revolution finally ended (it was the year Chairman Mao Zedong died), the whole country was in all practical terms lawless.

In the late 1970s, when the country's social and economic life was struggling to return to normality, it was then that the national education system, including legal education, was restored. The National Examination was re-introduced in 1978, followed by the re-opening of many universities across the country. A handful of legal scholars, as well as lawyers who had survived two decades of political exile and persecution, were allowed to return to their former positions. At that

time, the national lawyer system had been all but suspended for two decades. This is, historically, extraordinary; in the past 25 millennia throughout Chinese history, we have never any major dynasty come to power and start with nearly 3 decades of lawlessness! In the early 1980s, when the national legal structure was struggling, it was estimated that there were only a few hundred practising lawyers providing legal services, mainly in a few major cities. The modern term 'lawyer' (in the Chinese language "lue shi") began to replace the former Soviet style 'state legal workers', but despite that, there was no significant change in the nature of the legal profession. Lawyers remained a part of the state machine. The Central Party Political-Legal Committee remained the 'leader': through the arms of the Ministry of Justice it governs the judiciary, the procuratorate and the lawyers. Lawyers' associations, being the Party-regulated professional organisations governed by the Justice Ministry, are the only official and indeed permitted bodies administering lawyers' as well as law firms' affairs. All lawyers are subject to an "annual inspection system", namely, their practice licence has to be renewed and issued to a practising lawyer by the Ministry of Justice.

The legal profession has expanded since the 1980s along with social and economic development. We will soon see that the Chinese government has not had in mind making use of the legal profession to promote the rule of law. Lawyers, such as those acting in civil matters, help deal with non-contentious

matters as well as resolve disputes, taking part in business transactions, in particular at a time when China keenly rejoins the international business community. Following the growth of the legal profession, and with more lawyers taking part in criminal cases, as well as many types of civil rights cases, controversial land disputes, labour disputes, environmental, or religious rights cases, the role of lawyers begins to transform from the former state legal worker to the independent lawyer.

As at early 2016, there are approximately 300,000 registered lawyers in China. There is a problem of uneven distribution of lawyers across the country. Meanwhile, the majority of lawyers practice in the major cities, with a much smaller number in other cities. In some remote regions, such as the western or northwestern regions, there are hardly any lawyers, so that often local governments help establish local law firms in some areas. It follows that some of these firms are effectively party-based law firms as opposed to independent law firms. Most of the law firms have what is known as a "Party organisation": that is, a Party or Party-appointed committee member placed in the internal structure of the law firm whose role is to oversee the firm's affairs, but it is predominantly of political rather than pure administrative significance. The lawyers must, therefore, stay tightly under the Party's control inside out, from the question of their professional licences to daily affairs, from what clients they act or wish to act for to the cases they accept.

In the wake of the 1989 Tiananmen massacre, China began its 'rule of law' rhetoric in an attempt to return to the international community. There have been a growing number of statutes since the 1990s, including in 1996 the "Criminal Procedure Law" in which for the first time an accused person's right to have legal representation in criminal proceedings, amongst others, was statutorily recognised. During this period, a more formal legal system began to take shape; it was starting from that period that we see a flourish of rights consciousness in China. In the years that followed, lawyers

became increasingly active; even in the academic circle people were talking of a whole range of important issues such as judicial independence, reform of the justice system, the rule of law, but most notably the notion of human rights grew. When we recall how determined China was to win its first hosting of the Olympics in 2000, we would not be surprised about the apparent tolerance towards the rights rhetoric during the 1990s. At any rate, the rights lawyers, though confined to a small number, were increasingly active and some remarkably vocal in calling upon the government to respect the people's constitutional rights.

The political climate went into a very long winter after 2000; by order of the

The Chinese government retaliated with a massive crackdown, a large number of human activists were arrested, Mr Gao was sentenced to three years' imprisonment and suspended from practice for 5 years. But soon afterwards in 2009, he was taken from his home and he suffered severe torture in prison; during his imprisonment his wife and two children were threatened and harassed until they fled China five years ago. They now live in the US.

Since 2005, many human rights lawyers have suffered various forms of persecution, from being summoned by the local state security authority for a verbal warning, to various degrees of physical violence, to harassment of their families, to forced and secret

We will soon see that the Chinese government has not had in mind making use of the legal profession to promote the rule of law.

Party the enthusiastic discussion of judicial independence, the law and protection of human rights and the autonomy of lawyers, was practically banned. Although China signed the International Covenant of Civil and Political Rights at the end of 1998, it has never ratified it and incorporated it into national law. Discussion of a timeframe of ratification appears to have vanished from people's minds.

China's persecution of Falungong (a religious group said to have millions of followers) since 2000 attracted media attention as well as sympathy from many rights lawyers. Gao Zhisheng, a famous Beijing human rights lawyer who has acted in several religious rights cases and, later, for many Falungong practitioners, further angered the government after issuing three open letters to then president Hu Jintao and premier Wen Jiabao calling for the government to end the persecution. After being warned about having his practising licence revoked, Mr Gao eventually lost his professional licence, but then continued to fight for the interests of rights lawyers. In 2006, he called upon a hunger strike protest campaign after a Guangdong human rights activist, Mr Guo Feixiong, was assaulted by police.

disappearance, to detention based upon trumped up allegations, to delayed issue of annual professional licences, to suspension or even revocation of professional annual licences, to criminal prosecution and imprisonment, etc. According to the Hong Kong based China Human Rights Lawyers Concern Group, nearly all the known human rights lawyers who have been active in the years since 2000 have been either imprisoned or had their professional licences revoked, or forced to go into exile. Madam Ni Yulan, a prominent human rights lawyer, having been sentenced to imprisonment twice in the past 10 years and, as a result of torture in prison, has had her legs crippled, is now wheelchair-bound and her impoverished home in Beijing is still subject to round-the-clock police surveillance. Her daughter has been forced to change her job five times in the past three years after her employers were pestered by the police and pressurised to sack her. She was eventually lucky enough to have been employed by a European embassy in Beijing last year, so we may perhaps trust her employer to be able to resist pressure from the Chinese authority. Madam Ni's family is not alone, as such punishments of rights lawyers' families are now increasingly common.

Human rights lawyers in China are practising law in one of the most dangerous jurisdictions of the world. In their description, lawyers are wearing 'shackles' while performing their professional duties in cases crying out for justice, with armed guards in Party uniform looking on. There is a statutory provision known as Article 306 under the said "Criminal Procedure Law", which provides that a lawyer is guilty of an offence for falsifying or assisting and/or inciting the falsification of evidence. It sounds fine in a jurisdiction where the rule of law is established. In China, this provision has become a sword hanging over the head of a lawyer in his handling of a criminal

Five years ago, two prominent rights lawyers Mr. Teng Jitian and Ms Liu Wei who were ordered by the trial judge to stop their submissions during the proceedings declared themselves discharged from professional duty on the ground that the court had deprived them of their rights to properly represent their clients and they left the courtroom. Later in the year, the Ministry of Justice permanently stripped them of their professional qualifications on the ground of "disturbing court order".

In recent years, an unofficial and secretive institution known as 'black jail' has appeared in many regions, including a large one, amongst

less than 10 rights lawyers were assaulted by a gang coming out of the building. At least one was dragged into the building and locked up, and most of the others suffered differing degrees of injuries as a result of the attack. Mr. Teng Jitian who had continued to participate in this rights campaign, was among those severely injured, and said to have had more than 10 ribs fractured. The local police and authorities, despite reports from the injured lawyers, turned a blind eye to the violence. That incident gave rise to grave concern within China and abroad. The issue of black jails has since attracted much wider media attention; the price, sadly, was immense.

Human rights lawyers in China are practising law in one of the most dangerous jurisdictions of the world [...]

case. In the great majority of criminal prosecution cases, an accused person's conviction is based upon his confession during an investigation and, in a great many cases the accused would complain that the confession was made under torturous conditions. This is where the danger lies. In a country where there is no rule of law, where police brutality and impunity is rampant, investigation using violent or oppressive measures is common. When an accused person, whether or not acting upon the defence lawyer's advice, refuses to admit the voluntariness of his confession and, in the course of his defence, testifies as to previous police brutality, we have seen many cases in which the police retaliate by prosecuting the defence lawyer, invoking Article 306. Most rights lawyers taking up criminal defence cases would tell us stories about how they have been subject to the judge's unreasonable refusal to allow the questioning of witnesses, denying their right to call a witness, unreasonably disallowing or cutting short their submissions in court, verbal abuse and verbal or physical violence from the courtroom police; there are also several documented cases of rights lawyers being unlawfully detained in court.

others, called Jiujingzhuang in Beijing. The Chinese government openly denies the existence of black jails, so unsurprisingly there is lawlessness behind the walls of these premises. There is no statistical figure of how many there are across the country, but it is a known fact that the local authorities are behind them, including their funding. Often, local thugs are engaged to run these secretive regimes. They are used to detain petitioners travelling from their hometowns to Beijing, Falungong followers, people whom the local authorities would rather not see; but criminal prosecution is not an option and, not uncommonly, lone, impoverished people, unable to resort to the law still fight their own cause against the local authority, etc. These are also called China's Gulags. In 2014, a team of rights lawyers went to a notorious black jail in a town known as Jiansanjiang in Heilongjiang Province (north-western province bordering the Korean Peninsula and Russia), where it was believed that many Falungong practitioners and petitioners who had previously disappeared were locked up. This action was meant to be a protest against the existence of black jails and a call to the local authority to shut it down. Within hours of their arrival, this team of

Many human rights lawyers are prosecuted for vague offences such as "picking quarrels and inciting trouble", disturbing social order, etc. On July 9, 2015, the Chinese authorities embarked on a crackdown on an unprecedented scale, arresting nearly 300 rights lawyers and some activists within two weeks in about 20 cities. Most were released after brief detention, with until now around 20 still in detention unseen by their lawyers and families. It is now known that some are facing charges of "subverting the state" or "inciting subversion of the state", etc. We are yet to see the facts and evidence relied upon by the prosecution, but such indictment has been rare. It only shows that the Chinese government is stepping up its crackdown. As said, Chinese human rights lawyers are still deep in a very cold winter with no end in sight.

Yiu Leung CHEUNG
Hong Kong
ylchhwch@gmail.com



Día del Abogado en Peligro 2016

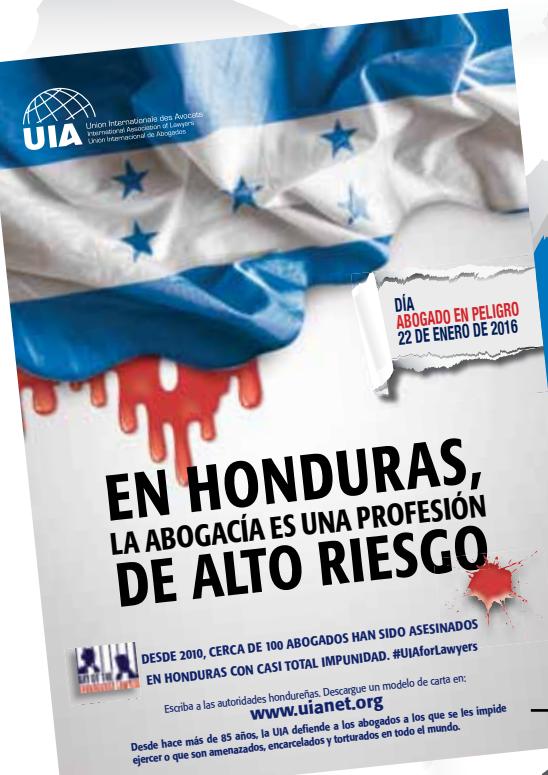
Movilización en favor de los abogados de Honduras

El Día del Abogado en Peligro nació por iniciativa de la Asociación Europea de Abogados Demócratas, para llamar la atención de la opinión pública sobre la grave y difícil situación que viven los abogados en ciertos países del mundo por el sólo hecho de ejercer su función de defensa.

Coinciendo con el aniversario del asesinato de los abogados laboralistas de la calle Atocha de Madrid, capital española, acaecido el 24 de enero de 1977, se convoca a los abogados a reunirse simultáneamente, en toga, frente a las embajadas y consulados de un país donde sus colegas sufren persecuciones y/o amenazas para manifestarles su apoyo. Otros eventos como conferencias y seminarios pueden organizarse también para conmemorar esta fecha.

Para saber más sobre el Día del Abogado en peligro

<http://dayoftheendangeredlawyer.eu/>
(disponible en inglés)



22 de enero de 2016: La situación de los abogados en Honduras

Desde el Golpe de Estado de 2009, graves violaciones de los derechos humanos han afectado y afectan cotidianamente a la población de Honduras que vive hoy una realidad muy compleja. La falta de respuestas del Estado adaptadas a la gravedad de la situación ha sido sobradamente denunciada por diferentes órganos de Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los abogados hondureños no son inmunes a esta situación: en un clima de intensa violencia, la pérdida de confianza en las instituciones judiciales y en los operadores de justicia se traduce en comportamientos extremos dirigidos contra los profesionales del derecho. Entre enero de 2010 y marzo de 2015, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CONADEH) ha registrado cerca de 100 casos de muerte violenta de profesionales del derecho (abogados, jueces y miembros del ministerio público). En la mayoría de los casos, los crímenes han sido cometidos por uso de armas de fuego y quedan impunes. Muchos abogados son diariamente víctimas de amenazas e intimidaciones.

Esta situación se conjuga difícilmente con la misión del abogado y conlleva graves consecuencias para el ejercicio libre e independiente de su labor.

La UIA y el Día de Abogado en Peligro

En 2016, la UIA se movilizó activamente para promover este evento:

- creando un afiche publicitario que fue difundido ampliamente, incluso por otras organizaciones participantes ;
- solicitando una cita a la embajada de Honduras para tratar la cuestión ;
- llamando a sus miembros individuales y colectivos a movilizarse;
- invitando a firmar una petición en línea (todavía abierta en https://secure.avaaz.org/es/petition/Sr_Presidente_de_la_Republica_de_Honduras_Abogados_de_Honduras_en_peligro_pedimos_garantias_para_su_seguridad)
- publicando una publicidad en un diario hondureño La Tribuna, para sensibilizar a la opinión general sobre la importancia de la función de los abogados y de su situación en el país.
- movilizándose en las redes sociales: Facebook (3 publicaciones dirigidas a 3950 contactos, con 53 Me gusta y compartido 36 veces); Linkedin (4 discusiones en el grupo UIA con 12 Me gusta) y Twitter (11 tweets para alentar a firmar la petición en línea).



La recherche sur l'embryon humain dans un récent arrêt de la CEDH

I Bruno MICOLANO

Un arrêt important de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 27 août 2015 en matière de conservation d'embryons a permis à la Cour d'éclaircir à titre préjudiciel certains points importants en termes de recours préalable et d'épuisement des voies de recours internes ainsi que pour le calcul du délai de 6 mois requis par l'art. 35 CEDH pour la présentation du recours.

Voyons les faits.

À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n°46470/11) dirigée contre la République italienne et dont une ressortissante de cet État, Mme Adelina Parrillo (la requérante), a saisi la Cour le 26 juillet 2011, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention).

La requérante alléguait en particulier que l'interdiction, édictée par l'article 13 de la loi n°40 du 19 février 2004, de donner à la recherche scientifique des embryons conçus par procréation médicalement assistée était incompatible avec son droit au respect de sa vie privée et à son droit au respect de ses biens, protégés respectivement par l'article 8 de la Convention et l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention. Elle se plaignait également d'une violation de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention, dont la recherche scientifique constitue à ses yeux un aspect fondamental.

La requérante est née en 1954 et réside à Rome.

En 2002, elle eut recours aux techniques de la procréation médicalement assistée, effectuant une fécondation in vitro avec son compagnon au Centre de médecine reproductive du European Hospital (le centre) de Rome. Les cinq embryons issus de cette fécondation furent cryoconservés. Avant qu'une implantation ne soit effectuée, le compagnon de la requérante décéda le 12 novembre 2003 lors d'un attentat à Nasiriyah (Irak), alors qu'il réalisait un reportage de guerre.

Ayant renoncé à démarrer une grossesse, la requérante décida de donner ses embryons à la recherche scientifique pour contribuer au progrès du traitement des maladies difficilement curables.

D'après les informations fournies lors de l'audience devant la Grande Chambre, la requérante formula oralement plusieurs demandes de mise à disposition de ses embryons auprès du centre dans lequel ceux-ci étaient conservés. En vain.

Par une lettre du 14 décembre 2011, la requérante demanda au directeur du centre de mettre à sa disposition les cinq embryons cryoconservés afin que ceux-ci servent à la recherche sur les cellules souches. Le directeur rejeta cette demande, indiquant que ce genre de recherches était interdit et sanctionné pénalement en Italie, en application de l'article 13 de la loi n°40 du 19 février 2004 (la loi n°40/2004).

Les embryons en question sont actuellement conservés à la banque cryogénique du centre où la fécondation in vitro a été effectuée. En ce qui concerne l'épuisement préalable des

voies de recours internes, le Gouvernement italien avait soutenu qu'il était loisible à la requérante de se plaindre de l'interdiction de donner ses embryons à la recherche scientifique devant le juge du fond en soutenant que l'interdiction en cause était contraire tant à la Constitution italienne qu'à la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon lui, le juge du fond aurait alors été tenu d'interpréter la loi dont découle l'interdiction litigieuse à la lumière de la Convention, comme l'exigent les arrêts de la Cour constitutionnelle n°348 et 349 du 24 octobre 2007.

Si le juge du fond avait constaté l'existence d'un conflit insurmontable entre son interprétation de la loi et les droits invoqués par la partie demanderesse, il aurait eu l'obligation de soulever une question de constitutionnalité. La Cour constitutionnelle aurait alors examiné au fond la compatibilité des faits litigieux avec les droits de l'homme, et elle aurait pu annuler les dispositions nationales avec effet rétroactif et *erga omnes*.

Par ailleurs, la requérante aurait aussi méconnu le principe de subsidiarité posé par le Protocole n°15 du 24 juin 2013 en se dispensant d'utiliser les voies de recours internes avant de soulever ses griefs devant la Cour.

Enfin, une question de constitutionnalité concernant une affaire identique aurait été soulevée par le tribunal de Florence devant la Cour constitutionnelle (voir les paragraphes 52-53 ci-dessus). Au cas où la haute juridiction prendrait une décision défavorable à la partie demanderesse, il lui serait toujours loisible

d'introduire une requête devant la Cour.

En réponse, la Cour rappelle tout d'abord qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes. Tout requérant doit avoir donné aux juridictions internes l'occasion d'éviter ou de redresser les violations alléguées contre eux. Cette règle se fonde sur l'hypothèse que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée. Les dispositions de l'article 35 § 1 ne prescrivent toutefois l'épuisement que des seuls recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquates.

Ces recours doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi l'effectivité et l'accessibilité voulues leur font défaut ; il incombe à l'État défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (voir, parmi beaucoup d'autres, *McFarlane c. Irlande* [GC], n°31333/06, § 107, 10 septembre 2010, *Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, § 15, CEDH 2002 VIII, *Leandro Da Silva c. Luxembourg*, n°30273/07, §§ 40 et 42, 11 février 2010 et *Vučković et autres c. Serbie* [GC], n° 17153/11, §§ 69-77, 25 mars 2014).

Dans la présente affaire, s'appuyant sur le système de contrôle de constitutionnalité institué par les arrêts de la Cour constitutionnelle n°348 et 349 du 24 octobre 2007, le Gouvernement soutient que les voies de recours qui étaient ouvertes à la requérante en droit interne n'ont pas été épuisées. À cet égard, il cite des exemples de décisions statuant au fond et des décisions de la Cour constitutionnelle concernant la loi n°40/2004.

La Cour observe d'emblée que, par les arrêts n°348 et 349 susmentionnés, la Cour constitutionnelle a défini la place de la Convention des droits de l'homme dans les sources du droit interne, considérant que celle-ci était une norme de rang intermédiaire entre la loi ordinaire et la Constitution. En outre, elle a estimé qu'il incombaît au juge du fond d'interpréter la norme interne de manière conforme à la Convention des

droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour. Elle a précisé que, lorsqu'une telle interprétation se révélait impossible ou que le juge du fond avait des doutes quant à la compatibilité de la norme interne avec la Convention, celui-ci était tenu de lui soumettre une question de constitutionnalité.

La Cour rappelle aussi qu'en l'absence d'un recours interne spécifique à la violation alléguée, il appartient au Gouvernement de justifier, en s'appuyant sur la jurisprudence interne, de l'évolution, de la disponibilité, de la portée et du champ d'application du recours qu'il invoque (voir, mutatis mutandis, *Melnits c. Lettonie*, n°30779/05, § 50, 28 février 2012, *McFarlane* précité, §§ 115-127, *Costa et Pavan c. Italie*, n°54270/10, § 37, 28 août 2012 et *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], n°29381/09 et 32684/09, §§ 52-58, CEDH 2013 (extraits)).

En l'espèce, la Cour constate que le Gouvernement s'est référé à plusieurs affaires portant sur la loi n°40/2004 mais qu'il n'a fourni aucun exemple de décision interne ayant tranché la question du don d'embryons surnuméraires à la recherche. La Cour ne saurait d'ailleurs reprocher valablement à la requérante de ne pas avoir introduit de demande visant à l'obtention d'une mesure interdite par la loi.

En ce qui concerne le délai de 6 mois requis par l'art. 35 CEDH, le Gouvernement italien, lors de l'audience, avait excipé de la tardivité de la requête, faisant valoir que la loi qui interdit le don d'embryons à la recherche scientifique est entrée en vigueur le 10 mars 2004 et que la requérante n'a sollicité la mise à disposition de ses embryons en vue d'un tel don que le 14 décembre 2011, par une lettre adressée à cette date au centre de médecine de la reproduction où ceux-ci étaient cryoconservés.

Sur ce point, la Cour rappelle avoir reconnu que, lorsqu'une ingérence dans le droit invoqué par un requérant découle directement d'une loi, celle-ci, par son seul maintien en vigueur, peut représenter une ingérence permanente dans l'exercice du droit concerné (voir, par exemple, les affaires *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981,

§ 41, série A n°45, et *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 38, série A n°142, dans lesquelles les requérants, homosexuels, se plaignaient de ce que des lois réprimant les actes homosexuels par des sanctions pénales portaient atteinte à leur droit au respect de leur vie privée).

La Cour s'est fondée sur cette approche dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Gr ce* ([GC], n°29381/09 et 32684/09, § 54, CEDH 2013 (extraits)), dans laquelle les requérants se plaignaient d'une violation continue des articles 14 et 8 de la Convention du fait qu'il leur était impossible, en tant que couples de même sexe, de conclure des « pactes de vie commune », tandis que cette possibilité était reconnue par la loi aux couples de sexe opposé. En outre, dans l'affaire *S.A.S. c. France* ([GC], n°43835/11, § 110, CEDH 2014 (extraits)), qui concernait l'interdiction légale de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public, la Cour a relevé que la situation de la requérante était similaire à celle des requérants dans les affaires *Dudgeon et Norris*, où elle avait constaté une ing r nce continue dans l'exercice des droits protégés par l'article 8 de la Convention.

La Cour admet que, dans les affaires pr c t es, l'impact des mesures législatives incriminées sur la vie quotidienne des requérants était plus important et plus direct qu'en l'espèce.

Néanmoins, on ne saurait nier que l'interdiction légale du don d'embryons à la recherche scientifique en cause dans la présente affaire a une incidence sur la vie privée de la requérante. Cette incidence, qui résulte du lien biologique existant entre l'intéressée et ses embryons ainsi que de l'objectif de réalisation d'un projet familial à l'origine de leur création, découle directement de l'entrée en vigueur de la loi n 40/2004 et s'analyse en une situation continue en ce qu'elle affecte la requérante de manière permanente depuis lors (voir le rapport final de la Commission d'étude sur les embryons du 8 janvier 2010, qui émet l'hypothèse d'une conservation sans limite de durée des embryons congelés, paragraphe 21 ci-dessus).



27^e Concours de plaidoiries du Mémorial de Caen

I ■ Romina BOSSA ABIVEN

En pareil cas, selon la jurisprudence de la Cour, le délai de six mois ne commence à courir qu'à partir du moment où la situation en cause a pris fin (voir parmi d'autres, *Cinar c. Turquie*, n°17864/91, décision de la Commission du 5 septembre 1994). En conséquence, la Cour ne souscrit pas à la thèse du Gouvernement selon laquelle ce délai court à partir du jour de l'entrée en vigueur de la loi litigieuse.

Par ailleurs, la thèse du Gouvernement équivaut à considérer que la requérante désirait donner ses embryons dès l'entrée en vigueur de la loi litigieuse, circonstance sur laquelle la Cour ne saurait spéculer.

L'exception de tardivité de la requête soulevée par le Gouvernement au titre de l'article 35 § 1 de la Convention ne saurait donc être retenue.

Ces décisions sont importantes car elles font le point sur des situations qui ont fait l'objet de débats approfondis que ce soit dans la littérature ou dans la jurisprudence.

En conclusion, la Cour a rejeté le recours de Mme Parrillo dans les termes suivants :

- 1 ■ Rejette, à l'unanimité, l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement ;
- 2 ■ Rejette, à la majorité, l'exception de tardiveté de la requête soulevée par le Gouvernement ;
- 3 ■ Rejette, à la majorité, l'exception soulevée par le Gouvernement tirée de l'absence de qualité de victime de la requérante ;
- 4 ■ Déclare, à la majorité, la requête recevable quant au grief tiré de l'article 8 de la Convention ;
- 5 ■ Déclare, à l'unanimité, la requête irrecevable quant au grief tiré de l'article I du Protocole n°1 à la Convention ;
- 6 ■ Dit, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Toutefois, plusieurs opinions dissidentes sont jointes à l'arrêt.

Bruno MICOLANO
Studio Micolano
Bologne, Italie
micolano_avv.bruno@iol.it

La finale du Concours international de plaidoiries du Mémorial de Caen pour les avocats a eu lieu le 31 janvier 2016. L'UIA, représentée par M^e Maxime Delhomme, Directeur à l'UIA-IROL, tenait, une fois de plus, à accompagner et soutenir ce rendez-vous incontournable pour les droits de l'homme.

Vingt-sept éditions ont déjà eu lieu, rassemblant 270 avocats de tous âges et des cinq continents, exerçant dans des domaines très différents, que ce soit près les tribunaux, dans des agences publiques ou en tant que conseil. Pour beaucoup, plaider les droits de l'homme et parfois, le fait même de plaider, ou de le faire dans une langue étrangère, est un défi. Un défi auquel les 10 avocats finalistes ont répondu, cette fois encore, avec succès, devant plus de 2 500 personnes.

Le jury a été présidé cette année par Moncef Ben Moussa, Conservateur en chef du Musée National du Bardo à Tunis, l'un des plus beaux musées du monde, tristement célèbre aujourd'hui, en raison de l'attaque terroriste qu'il a subi en mars 2015. Parmi les autres membres du jury, figuraient M^e Dominique Attias, Vice-Bâtonnière du Barreau de Paris, M^e Bertrand Bruneau de la Salle, Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Caen, M^e Yves Mahiu, Président de la Conférence des Bâtonniers, et M^{es} Yasmine Attia et François Dassy, lauréats des éditions précédentes du concours.

Comme tous les ans, les plaidoiries ont été agrémentées par les éclairages et contextualisations d'Amnesty International et la pertinence et l'audace des dessins d'Emmanuel Chaunu.

Un par un, les avocats se sont succédé pour dénoncer des injustices et des atteintes aux droits de l'homme à travers les histoires vraies des personnes qui les ont vécues.

Parmi les sujets des plaidoiries, la peine de mort, combat si cher à l'UIA, n'a pas été absente.

M^e Anaïs Place a choisi de parler des incohérences dans l'application de la peine de mort aux États-Unis à travers le cas de Cecil Clayton, citoyen américain reconnu coupable d'avoir assassiné un officier de police. Malgré ses troubles mentaux, Clayton sera exécuté dans un pays où au XXI^e siècle « un procureur peut encore soutenir que la peine doit être adaptée au crime [mais] elle n'a pas à l'être au criminel ».

Par ailleurs, les injustices de la peine capitale en Iran ont été brillamment exposées par M^e Rachel Bravo défendant le cas de Reyaneh, une jeune femme condamnée à mort par pendaison, après avoir tué, en légitime défense, son violeur présumé. Sa plaidoirie, qui pointait du doigt les fonctionnaires iraniens qui « décident de la vie ou de la mort de leurs concitoyens », a été récompensée par les Prix du Jury et du Barreau.

Les enfants, particulièrement vulnérables aux violations des droits de l'homme, ont été au centre de plusieurs plaidoiries. Ainsi, M^e Fekria Bedhief s'est dressée contre les injustices vécues par Chiraz, une fillette de 12 ans victime de l'extrême pauvreté et des nombreuses inégalités qui l'accompagnent. Pourtant pleine de rêves, la fillette perdra tout espoir devant sa situation et décidera de mourir.



Enfance et migration a été le sujet choisi par M^e Max Adam Romero qui s'est exprimé en faveur de Diakaridia Diallo, un enfant malien qui, comme beaucoup d'autres, a été renvoyé illégalement au Maroc par les forces de sécurité espagnoles alors qu'il tentait d'entrer en Espagne. Par simple voie de fait, toute possibilité de bénéficier de l'asile ou, du moins, des mesures d'accueil lui était ainsi refusée.

Sur le même sujet, M^e Mélanie Trouvé a dénoncé les défaillances des conditions d'accueil qui ont attendu en France Mustafa Housseini, un orphelin afghan élevé par une famille iranienne ayant fui les violences dans son pays. Après un difficile périple de trois ans, Mustafa arrive sur le territoire français et, mal pris en charge, il finira par multiplier les séjours en prison pour être finalement expulsé sans papiers vers l'Afghanistan, un pays avec lequel il n'a plus aucun lien. C'est cette plaidoirie, forte et émouvante, qui a remporté le Premier Prix du Mémorial.



Deux finalistes ont pris la défense des jeunes militants égyptiens, figures de ce qu'on appelle « la génération prison ». M^e Mathis Belusa, a exposé le cas de Mahmoud Hussein qui, emprisonné à l'âge de 19 ans sans autre

raison que d'avoir porté un T-shirt contre la torture, a été, à son tour, victime de nombreuses violences en détention.

Pour sa part, M^e Roxane Allot a plaidé en faveur de l'avocate Mahienour El-Massry, « lumière d'Egypte », lauréate 2014 du Prix Ludovic Trarieux, qui a reçu son prix lors du congrès de l'UIA à Florence¹. « *Un pays qui enferme les avocats est un pays en perdition* », a déclaré M^e Allot. Les nombreux anonymes emprisonnés en Egypte « pour avoir simplement manifesté » ont aussi été mentionnés lors de sa plaidoirie car « nous ne le comptions peut-être pas, mais Mahienour, elle, les compte, les accompagne, les défend, crie en leur nom ».

M^e Laurie Comerro a choisi également la cause de la liberté d'expression, en Arabie Saoudite, cette fois, défendant le cas de Raif Badawi, le blogueur saoudien lauréat du Prix Sakaharov condamné à mille coups de fouet, dix ans de prison, une amende et une interdiction de sortir du territoire de 10 ans, pour « *insulte contre l'Islam* ».

L'Amérique latine a été aussi épinglee. M^e Pauline Carrillo a ainsi exposé l'histoire de Yecenia Armenta Graciano, emprisonnée au Mexique sous la base des aveux obtenus sous la torture : « [une] histoire emblématique d'un système où la recherche d'un aveu judiciaire s'exerce sans limite ni contrôle, et en violation totale des droits les plus fondamentaux ».

M^e Gwendoline Tenier a, quant à elle, présenté le cas de Maria Teresa Rivera, une jeune femme pauvre du Salvador, condamnée à 40 ans de prison pour « *homicide avec circonstances aggravantes* » suite à une fausse couche. Au Salvador, d'autres femmes subissent le même sort...

Dix avocats finalistes et dix causes

remarquablement défendues. Grâce à eux, le concours du Mémorial de Caen de 2016 aura encore réussi à remplir son contrat : sensibiliser, informer sur des causes peu connues et donner la parole aux défenseurs.

Si vous aussi souhaitez mettre votre talent au service des droits de l'homme, rendez-vous pour la 28^e édition du Concours.

Pour consulter l'intégralité des textes des plaidoiries finalistes ainsi que les vidéos de la finale, veuillez consulter le site internet du Mémorial de Caen.²

Romina BOSSA ABIVEN
Assistante Projets Droits de l'Homme
et de la Profession d'Avocat
Paris, France
rbossa@uianet.org

¹ La cérémonie de remise du Prix Ludovic Trarieux 2014 a eu lieu le 31 octobre 2014 au Palazzo dei Congressi de Florence, dans le cadre du 58e congrès de l'UIA. Pour en savoir plus, veuillez consulter le Juriste international 2014-4 pp. 38-43.

² <http://www.memorial-caen.fr/expositions-evenements-evenements/concours-plaidoiries-avocats>



Président d'honneur du jury 2016

Moncef Ben Moussa,
Conservateur en Chef du Musée
du Bardo à Tunis.

Les finalistes (par ordre alphabétique)

- Max Adam Romero
Barreau de Séville, Espagne
Rêves d'enfants pendus à la barrière
- Roxane Allot
Barreau de Genève, Suisse
Mahinour : lumière d'Egypte
- Fekria Bedhief
Barreau de Tunis, Tunisie
Je veux vivre
- Matisse Belusa
Barreau de Paris, France
L'ironie du destin de Mahmoud Hussein, jeune militant contre la torture
- Pauline Carrillo
Barreau de Paris, France
Contre les aveux extorqués par la torture.
Yecenia Armenta Graciano doit être libre



- Laurie Comerro
Barreau de Bordeaux, France
Raif Badawi, ou quand l'exercice de la liberté d'expression conduit à la flagellation
- Rachel Franco
Barreau de Tel Aviv, Israël
Reyhaneh, pendue à Téhéran
- Anaïs Place
Barreau du Val d'Oise, France
De sang froid
- Gwendoline Tenier
Barreau de Rennes, France
Des dizaines d'années de prison pour crime de fausse couche : l'inacceptable sort des femmes au Salvador
- Mélanie Trouvé
Barreau de Val de Marne, France
L'histoire de Mustafa Hosseini ou les carences de la France dans l'accueil des mineurs étrangers isolés

Les lauréats

1^{er} prix

Prix de la Ville de Caen et
du Mémorial de Caen
Maître Mélanie Trouvé
Barreau du Val de Marne, France

2^e prix

Prix du Barreau et Prix du public
Maître Rachel Franco
Barreau de Tel-Aviv, Israël

L'UIA, représentée par Me Maxime Delhomme, Directeur au sein de l'UIA-IROL, a offert à la lauréate une année d'adhésion à l'association ainsi que les frais d'inscription et d'hébergement au congrès de Budapest en Hongrie, du 28 octobre au 1^{er} novembre 2016.

Les neuf finalistes restants bénéficieront d'une année d'adhésion gratuite à l'association ainsi que les frais d'inscription à l'un des séminaires de l'année 2016.

La finale de la 28^e édition du concours se déroulera le 29 janvier 2017.

Plus d'informations :
www.memorial-plaidoiries.fr



L'histoire de Mustafa Hosseini ou les carences de la France dans l'accueil des mineurs étrangers isolés

■ Mélanie TROUVÉ

Il était une fois un orphelin né en Afghanistan. C'est une histoire qui commence mal.

C'est l'histoire de Mustafa Hossein. Un orphelin afghan placé à l'âge de quatre ans dans une famille iranienne. A Téhéran. Mustafa y connaît la violence et la maltraitance jusqu'à ce qu'il parvienne à fuir, à douze ans. Direction la liberté, la richesse, l'éducation. Direction la France.

Il mettra trois ans à rejoindre notre pays.

Qui sait ce que ses yeux ont vu durant son périple ? Qui sait les embûches sur la route de Téhéran à Paris ? Qui sait la peur, la solitude, la violence quand on connaît l'exil à douze ans, dans ces conditions ?

Nous ne savons pas, ne saurons jamais précisément ce qu'il aura vécu sur la route de son exil.

Nous savons que ce parcours fut marqué par des agressions multiples et graves.

Nous savons qu'il durera trois ans.

Mustapha arrive en France en janvier 2010, âgé de 15 ans. Il est recueilli et aidé par des associations compétentes et investies, dans le département du Val-de-Marne. Mais, il va mal. Mustapha souffre d'un « stress post-traumatique ». Et le secteur associatif n'est pas suffisamment armé pour le prendre en charge de manière complète et adaptée.

Mustapha a besoin d'être suivi sur le plan psychologique, notamment. Les éducateurs qui le rencontrent s'en aperçoivent

immédiatement. Confronté à l'horreur du monde bien trop tôt.

En application de l'article L112-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles, Mustafa est confié à l'aide sociale à l'enfance. Un enfant isolé sur le territoire doit être pris en charge par les services sociaux français de l'enfance, quelle que soit sa nationalité, comme le prévoit l'article L111-2 du Code de l'Action Sociale et des Familles. Il est mineur. Il n'est pas entouré d'adultes structurants et bienveillants. Il est en danger et doit être protégé.

Un juge pour enfants prononce une mesure de placement provisoire. Mais il est bien exceptionnel pour un mineur étranger de bénéficier d'une prise en charge adaptée, en foyer éducatif. Pour Mustafa, comme pour nombre de mineurs étrangers isolés, ça sera un hôtel social miteux, lugubre, où aucun de nous, présents dans cette assistance, ne mettrait les pieds.

Seuls ses besoins vitaux sont pris en charge : un toit inhospitalier et un pécule hebdomadaire insuffisants pour se nourrir. Et c'est tout. Pas de scolarisation, pas de suivi socio-éducatif, pas de prise en charge psychologique.

Seulement l'attente... L'attente forcée que le sablier du temps s'écoule et annonce sa majorité pour que l'aide sociale à l'enfance puisse, en toute légalité, et dès le premier jour de ses dix-huit ans, le renvoyer à la rue et à la clandestinité.

En février 2011, une lueur d'espoir, néanmoins : une nouvelle ordonnance de protection ordonne le placement de Mustafa

dans un foyer en Normandie. Mustafa a déjà 16 ans et après l'abandon de ses parents, après la violence à l'orphelinat et au sein de sa famille d'accueil iranienne, après l'exil et son lot de mauvaises rencontres, après la solitude et l'incompréhension induites par treize mois d'hôtel social, il est fragile, perdu et peu enclin à placer sa confiance en les adultes – eux qui l'ont si souvent trahi. Le placement échoue. Comme des milliers de placements de mineurs français échouent chaque année.

Mais difficile d'avoir une deuxième chance pour un mineur étranger. Mustafa est renvoyé dans le département du Val-de-Marne et c'est le retour à la case départ. On ne lui propose plus de placement en foyer. Il retourne à l'hôtel, cette prison ouverte où son état psychologique se détériore.

L'attente de nouveau. Plusieurs mois. Cinqcents jours au total. A attendre. Désœuvré et privé des soins que son parcours de vie a rendu indispensables.

Cette inexorable mécanique aurait pu perdurer deux années encore, jusqu'à ses dix-huit ans. Mais dans le cas de Mustafa, les carences de sa prise en charge vont avoir des conséquences graves et immédiates. Un soir de juillet 2011, sous l'emprise de produits stupéfiants et d'alcool, Mustafa s'en prend à une jeune femme. Il est immédiatement arrêté et placé en garde à vue.

Il existe, bien sûr, en France une procédure de poursuites et de condamnations pénales pour des auteurs d'infraction, mineurs au moment des faits. Mais pas question que Mustafa soit présenté en justice selon une telle

procédure, jugée sans doute trop indulgente. Alors que jamais l'autorité de poursuite ne se serait posé la question s'agissant d'un mineur français pris en charge par l'aide sociale à l'enfance, alors que deux décisions de justice reconnaissent sa minorité, le Procureur de la République ordonne que Mustafa subisse un test osseux.

Cet examen radiologique vise à déterminer l'âge d'un individu selon une méthode que d'aucuns voudraient qualifier de scientifique, mais qui est très largement contestée par de nombreuses institutions juridiques et médicales, telles que le Défenseur des droits, l'Académie de médecine, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, pour ne citer que les principales. Sur ces seuls tests, aux méthodes très critiquables et aux résultats d'une fiabilité fort douteuse, Mustafa est, durant les 24 heures de sa garde à vue, déclaré majeur. Il sera, dès lors, traité comme tel par le système judiciaire français.

Il se voit ainsi déféré devant un tribunal correctionnel selon la procédure de comparution immédiate et placé en détention le soir même. Cinq mois d'emprisonnement. Cinq mois durant lesquels Mustafa est de nouveau exposé à la violence des adultes que sont ses codétenu, à tel point que l'administration pénitentiaire le place au quartier disciplinaire pour sa propre sécurité.

À sa sortie de détention, la santé mentale de Mustafa s'est très largement détériorée, comme le constatent les travailleurs sociaux qui lui ont rendu visite. Il se retrouve rapidement à la rue.

Mineur isolé, soudainement déclaré majeur, malade psychique non encore diagnostiqué, entièrement livré à lui-même, dans la plus grande errance sociale et psychologique et une fois de plus dans un état d'ébriété avancé, Mustafa s'en prend à nouveau à une jeune fille.

Il est alors incarcéré pendant trois ans. Au cours de cette seconde incarcération, en décembre 2014, Mustafa est confié à une unité hospitalière de soins aménagés. C'est à ce moment-là qu'un diagnostic estposé. Parce qu'il n'a pas été correctement pris en charge, qu'il n'a pas eu accès aux soins que son état nécessitait, que le cadre de vie dans lequel il a évolué depuis son arrivée en France ne pouvait convenir à l'enfant qu'il était, son « stress post-traumatique » est devenu « schizophrénie paranoïde ».

Le psychiatre demande son placement sous tutelle et sa prise en charge comme handicapé. Il reçoit dès lors un traitement médicamenteux approprié et son état est stabilisé.

Pourtant, à sa sortie de détention, en juin 2015, c'est la police aux frontières qui attend Mustafa.

Quittant une prison pour en rejoindre une autre, le voilà placé en centre de rétention administrative.

Sa demande d'asile est rejetée.

À l'issue de ce parcours chaotique et malgré un appel formé devant la Cour nationale du Droit d'Asile, le lundi 24 août 2015, Mustafa Hosseini, mineur isolé arrivé en France à quinze ans, devenu jeune majeur, malade mentalement et incapable cognitivement de se débrouiller, est expulsé sans papiers en Afghanistan, pays qu'il ne connaît pas, où il n'a aucune famille, ni groupe social pour l'accueillir, le protéger, l'aider à vivre et à se soigner.

C'est une histoire qui finit mal. Personne aujourd'hui n'a de nouvelles de Mustafa et personne ne s'attend à en avoir.

En refusant à Mustafa Hosseini des conditions d'accueil et de vie adaptées à son âge et à sa situation de grande vulnérabilité, en le laissant livré à lui-même, sans suivi éducatif efficient, la France a violé l'article 19 de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, qui lui impose de protéger les enfants contre toute forme de brutalité physique ou mentale, d'abandon ou de négligence.

En ne permettant pas à Mustafa Hosseini, enfant malade mental, d'avoir une vie pleine et décente, dans des conditions garantissant sa dignité, favorisant son autonomie et facilitant sa participation active à la société, en le privant de son droit d'accès à des soins adaptés à son handicap psychique, la France a violé les articles 23 et 24 de la même Convention.

Enfant victime de négligence et de traitements cruels, inhumains et dégradants durant les premières années de sa vie, Mustafa Hosseini avait le droit de voir l'État prendre toutes les mesures appropriées pour faciliter sa réadaptation physique et psychologique et sa réinsertion sociale. En s'abstenant de prendre

de telles mesures, la France a violé l'article 39 de la Convention des droits de l'enfant.

Niant sa minorité et le privant ainsi de la procédure s'appliquant à cette qualité pour le juger en tant qu'auteur d'une infraction pénale, l'État français a enfreint l'article 40 du même texte au préjudice de Mustafa Hosseini.

L'histoire honteuse de Mustafa Hosseini est une illustration d'une situation plus globale. En 2015, la France continue de violer plusieurs des droits fondamentaux de nombreux enfants étrangers présents sur son territoire.

En régissant parfois l'accueil des mineurs étrangers isolés selon une logique de gestion des stocks, soumise principalement à des considérations financières, la France ne respecte pas son engagement de donner la primauté à l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions le concernant, comme le lui impose pourtant l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

En distinguant les mineurs français et étrangers sous la responsabilité de l'aide sociale à l'enfance, en ne leur offrant par les mêmes conditions d'accueil et de prise en charge, en proposant des réponses différentes à des besoins équivalents, la France viole aussi l'article 1^{er} de cette Convention, prohibant la discrimination.

Parce que ce traitement différencié se traduit régulièrement par l'absence de scolarisation des mineurs étrangers, la France viole également l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prohibant la discrimination, mis en relation avec l'article 2 du protocole n°1 du même texte, consacrant le droit à l'instruction.

Si l'histoire de Mustafa se termine par un épilogue tragique, celle de tous les mineurs étrangers isolés sur le territoire, elle, s'écrit encore aujourd'hui.

Poursuivons-la avec le courage, la dignité et l'humanité qui sied aux pays attachés aux droits humains.

Mélanie TROUVÉ
La Varenne-Saint-Hilaire, France
mtrouve.avocat@gmail.com

7^E PRIX INTERNATIONAL JACQUES LEROY

Fin 2015, la Conférence des Nations Unies pour le changement climatique (COP 21) qui s'est tenue à Paris a remis en lumière la thématique environnementale, rappelant qu'il s'agit également de l'un des objectifs du millénaire pour le développement (Objectif 7), dont le plan arrivait aussi à expiration fin 2015. C'est donc naturellement que le thème du Prix Jacques Leroy 2016 est consacré aux impacts du changement climatique sur les droits de l'Homme.

Les évolutions du climat soulèvent en effet un certain nombre de problèmes touchant notamment à la pauvreté, à la population, à la santé et à la nutrition, à l'éducation et à l'emploi, à l'égalité entre les sexes, et aux populations vulnérables.

L'effort demandé nécessite donc l'implication du plus grand nombre d'acteurs : États, sociétés civiles mais également entreprises, ont tous un rôle à jouer dans la recherche de solutions innovantes. Depuis plusieurs années maintenant, ces dernières s'engagent dans la lutte contre le réchauffement, contre le gaspillage et rationalisent leurs systèmes de production pour réduire leurs impacts environnementaux. Ces actions ne vont pas sans une réflexion plus générale sur les droits des communautés et des travailleurs. Une vision globale est donc nécessaire et une collaboration entre acteurs indispensable.



Pour la septième édition consécutive, l'UIA organise son concours destiné aux étudiants en droit du monde entier.

Depuis le début du concours, plusieurs thématiques ont été proposées aux étudiants, reflétant divers enjeux sociétaux à l'échelle mondiale :

- le Juriste et le développement des droits de l'homme dans les affaires,
- le commerce équitable et ses règles, la violation des droits de l'homme et les multinationales,
- le respect des droits de l'homme au travail et le contrôle des chaînes de sous-traitance.

Il est attendu des étudiants participants au concours qu'ils puissent répondre à la question : **impacts du changement climatique sur les droits de l'Homme : quelles solutions de la part des entreprises ?** en basant leur argumentaire sur une solide base juridique.

Leur travail doit parvenir à l'UIA en français, anglais ou espagnol avant le 31 juillet 2016. À la clé cette année pour la meilleure dissertation : les frais d'inscription, de voyage et d'hébergement au congrès de l'UIA à Budapest, un prix de 1000 euros et une année d'adhésion gratuite à l'association. Et bien sûr, une occasion unique de rencontrer des avocats du monde entier et de se constituer un réseau de relations professionnelles pour préparer dès à présent sa future carrière d'avocat.

Pour en savoir plus sur le concours, rendez-vous sur le site Internet de l'UIA www.uianet.org, où vous pourrez également consulter le règlement complet du concours 2016.



La profession d'avocat
The Legal Profession
La Abogacía



Les avocats belges sont disruptifs

Les bouleversements du marché invitent les avocats à un changement de perspective

I Jean-François HENROTTE

De nouveaux entrants, à l'instar d'Uber pour les taxis, commencent à concurrencer les avocats sur leurs marchés traditionnels. Ceux-ci bouleversent les marchés entre autre par l'utilisation de technologies avancées, parfois au bénéfice des clients, souvent au préjudice des prestataires.

Pour le Bâtonnier Thierry Wickers, « *On ne dit pas uberiser, on dit uberpauperiser* (se dit aussi *uberpopériser*) »¹.

Il ne peut pourtant être question de laisser s'appauvrir la profession.

Tout d'abord, parce qu'elle n'est pas riche. (Les statistiques 2015 du barreau de Liège, par exemple, révèlent que 53 % des avocats de ce barreau ont un chiffre d'affaires **avant impôt** inférieur à 60 000 €). Ensuite, parce que ce n'est certainement pas le gage d'un bon travail et donc, qu'à terme, cela se révélera préjudiciable pour le justiciable.

Les nouveaux entrants démontrent toutefois, si cela était encore nécessaire, qu'il faut répondre à la difficulté de l'accès au droit.

Nous aimons la parabole de la mouche rappelée par Amicus dans une... publicité récente dans l'ABA Journal² : « Avez-vous déjà observé une mouche tenter de s'évader d'une pièce à travers une fenêtre fermée ? Quand vous entendez le bourdonnement intense de la mouche et la voyez se cogner à plusieurs reprises au verre, vous vous rendez compte très rapidement que la stratégie de la mouche est - essayer plus fort. Mais cela ne fonctionne pas. La mouche

peut tenter aussi fort qu'elle peut de briser ce verre, c'est impossible. Nous pouvons être admiratifs de l'engagement et de la détermination de la mouche... mais elle est vouée à l'échec et finira par « mourir en essayant ».

De l'autre côté de la pièce, à quelques pas de là, il y a une porte grande ouverte sur le monde extérieur. Si la mouche faisait tout simplement un virage à 180 degrés et volait pendant cinq ou dix secondes, elle aurait atteint son objectif, elle aurait même épargné ses efforts et sa vie.

Si les avocats ne veulent pas s'épuiser ou même disparaître, au préjudice de l'État de droit, il leur faut donc agir autrement : ils doivent oser la disruption.

Quelques exemples de disruption de la profession

En opposition au pessimisme ambiant ou du dénigrement de la profession, nous pensons qu'ils le font ! En voici quelques exemples :

■ Un bon travail a un coût et celui-ci est élevé pour qui ne bénéficie pas de l'aide juridique ou de revenus importants. Les droits à la justice et à la sécurité juridique deviennent de plus en plus inaccessibles pour la classe moyenne, seule une personne sur quatre de cette classe sociale consultant encore les avocats.

La profession négocie avec les assureurs Protection juridique belges depuis quelques années et continue de faire des propositions

visant à en permettre la souscription la plus large par la population³.

■ Un bureau dédié semble inutile à certains alors que son coût intervient à hauteur de 14 % du coût d'un avocat selon l'étude du bureau de réviseur d'entreprise BDO commandée par AVOCATS.BE⁴ ?

AVOCATS.BE lance la réflexion de la dématérialisation du cabinet⁵.

■ De nouveaux entrants, comme Legalstart.fr, proposent une solution en ligne de création de documents juridiques et de formalités administratives tels que : la création, les statuts, le dépôt de marque, les modifications statutaires, les contrats de travail, etc.

Des cabinets proposent de tels services en ligne depuis plus longtemps.

Les barreaux de Liège⁶, Eupen, Namur et Mons proposent à leurs membres, et donc aux justiciables, un module de consultation en ligne mutualisé.

Certes, les prix ne sont pas encore assez compétitifs et les contrats sont encore trop peu interactifs.

Le marché doit faire sa mue et les avocats doivent se rendre compte que la base de départ de leur travail ne vaut guère plus que ce que les concurrents en demandent. Ce n'est pas sur la fourniture de ce contrat de base que nous devons nous battre mais sur le « sur-mesure », sur son adaptation à la situation personnelle du client.

Un certain nombre de contrats de base sont d'ailleurs disponibles gratuitement sur le site du barreau de Liège⁷. Ce barreau a, en effet, décidé de proposer des contrats de base, pour autant qu'ils soient généralement disponibles sur le web, mais aussi d'attirer l'attention des justiciables sur les points qui doivent être améliorés ou adaptés aux situations personnelles et de renvoyer vers les avocats traitant la matière concernée.

Si les contrats sont encore trop peu interactifs, c'est parce que les avocats n'investissent pas assez dans les solutions logicielles, pourtant disponibles, qui leur permettraient d'être plus efficaces tant dans le « sur-mesure » que dans le « prêt-à-porter ».

Le prescrit de l'article 4.12, § 3 du Code de déontologie belge, qui énonce que « la délivrance automatisée de consultations en ligne n'est autorisée que pour répondre à la demande d'un client déterminé et pour satisfaire des besoins spécifiques », constitue cependant un frein à cette interactivité. La commission de déontologie d'AVOCATS.BE devrait néanmoins réexaminer prochainement la pertinence politique de cette disposition⁸.

■ De nouveaux entrants, comme le site Demander Justice, permettent aux particuliers d'effectuer des procédures en ligne pour résoudre des litiges dont le montant est faible en s'affranchissant des avocats.

Depuis 2012, ce ne sont pas moins de 182 000 dossiers qui ont été traités par la plateforme... Cela est dû à la résistance des ordres français à la consultation en ligne par les avocats. Ce n'est pas le cas en Belgique⁹ et ce ne sera bientôt plus le cas en France, le CNB préparant une plateforme de consultation en ligne. Il nous faudra néanmoins nous réinventer plus pour rencontrer plus adéquatement cette demande.

Cela passera peut-être par l'usage de l'intelligence artificielle.

La Cour européenne des droits de l'homme est en train d'implémenter un système qui rédigera le premier brouillon des arrêts. Le robot référendaire se profile. Pourquoi ne pas confier la rédaction du premier jet de conclusions à un robot « stagiaire » ?

Le cabinet anglais Berwin Leighton Paisner a développé, et utilise déjà, pour rédiger les contrats immobiliers un « robot rédacteur de contrat » qui peut effectuer en quelques secondes le travail juridique qui prenait des mois à une équipe de parjuristes et collaborateurs¹⁰.

Dès lors que le système rédigera un premier jet de conclusions, moins d'heures devront être prestées par les avocats. Ces heures pourront être facturées à un taux plus élevé, au moins à celui du niveau moyen européen, car le montant absolu de la prestation pourra, malgré tout, être moins élevé qu'il ne l'est aujourd'hui.

Cela pose naturellement une série de questions comme celle de l'apprentissage de la compétence juridique des stagiaires « moléculaires » qui ne commenceront donc plus leur carrière par ces tâches simples mais formatrices. La compétence technique des avocats doit croître pour la conception de ces systèmes ou, plus simplement, pour leur utilisation. Il faut également s'assurer que ce gain d'efficacité va accroître l'accès à la justice et donc le nombre de dossiers à traiter et non pas réduire le travail, et donc le nombre d'avocats...

AVOCATS.BE explore en tout cas la voie de la mutualisation d'outils de big data et d'intelligence artificielle¹¹.

■ La critique d'Uber, fondée sur la précarité du statut d'indépendant ou du statut de faux-indépendant, peut difficilement porter en Belgique où le salariat des avocats collaborateurs est prohibé, convenons-en...

À contre-courant du néo-libéralisme, AVOCATS.BE veut explorer la voie facultative du salariat¹². Elle ne semble pas poser, si elle est correctement encadrée, comme tel est le cas en France, de difficultés majeures.

Agissons, poursuivons !

Les taxis se font ubériser parce qu'ils ont cessé d'innover.

On le voit, ce n'est pas le cas des avocats belges, comme de beaucoup d'avocats au travers du monde, qui continuent à réinventer leur métier et agissent !

#Poursuivons¹³ notre mue !

Jean-François HENROTTE
Directeur Adjoint de la Stratégie
Digitale de l'UIA
Vice-Président de la commission Vie Privée
et Droits de l'Homme Numérique de l'UIA
Philippe & Partners - Lexing
Liège, Bruxelles, Belgique
jfhenrotte@philippelaw.eu

¹ Soulignons le trait d'esprit du Bâtonnier, le service s'appelant en réalité UberPOP ; https://twitter.com/wickers_t/status/627580159034392576

² Amicus Attorney, « Law Firms: Whatever You Do, Don't Try Harder... », ABA Journal, 15 juin 2015, http://www.abajournal.com/advertising/article/law_firms_whatever_you_do_dont_try_harder/?utm_source=maestro&utm_medium=email&utm_campaign=weekly_email

³ <http://agissons.avocats.be/lavocat-dassurance/>; #Agissons est le nom du dernier congrès d'AVOCATS.BE

⁴ Acte du congrès OBFG (AVOCATS.BE), 2007, Étre avocat demain à quel prix ?, Anthemis, 2007, pp. 231-242.

⁵ <http://agissons.avocats.be/lavocat-dematerialise/>

⁶ <http://consultation.barreaudeliege.be>

⁷ <http://modeles.barreaudeliege.be>

⁸ <http://agissons.avocats.be/lavocat-augmente/>

⁹ <http://consultation.barreaudeliege.be>

¹⁰ <http://www.managingpartner.com/news/business-strategy/blp-pioneers-'contract-robots'-lawyers>

¹¹ <http://agissons.avocats.be/lavocat-augmente/>

¹² <http://agissons.avocats.be/lavocat-salarie/>

¹³ <http://agissons.avocats.be/agissons/poursuivons/>



Balancing Professionalism and Business Concerns in the Practice of Law

I Murray S. LEVIN

In 2011, a respected journal, *The Economist*, reported that “*lawyering is becoming more of a business than a profession*”. One year later, the Honorable Richard Posner, Judge of the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit in Chicago, echoed these sentiments, stating: “[T]he professional model is giving way in corporate law to a business model, whether for good or ill, though quite possibly the latter.” Tensions have arisen between the view of attorneys as fiduciaries and public servants, and as businesspersons.

Let me briefly enumerate some of the elements which make the practice of law a profession and some of the key business concerns facing practitioners today. Along the way, I'll consider: 1) the impact of technology; 2) some business practices that once were *verboten* but are accepted today; and, 3) more recent challenges, where business practices have seemingly encroached on the practice of law as a profession, including challenges to the traditional attorney/client relationship.

I. Professionalism

Many have attempted to explain what is meant when we say, “*law is a profession*”. Harvard Law Dean Roscoe Pound once described professionalism as “*an elastic concept*,” which “refers to a group... pursuing a learned art as a common calling in the spirit of public service – no less a public service because it may incidentally be a means of a livelihood.” Former U.S. Supreme Court Justice Sandra Day O'Connor divided the concept of professionalism into three “*obligations*” – “in

dealings with other attorneys, toward legal institutions, and to the public whose interests lawyers must serve”. Others have explained that aspects of professionalism include 1) specialized training and education; 2) certification; 3) a code of ethics; 4) self-governance; 5) fiduciary relationships; and 6) a special responsibility to serve the public.

II. Business Concerns

Today, as many have noted, the legal profession faces unprecedented economic pressures. This may in part be the result of the Great Recession of 2008, but the recession may simply have been a catalyst, speeding up changes that were inevitable. Whatever the combination of forces challenging the profession, lawyers today must be prepared to adapt to an increasingly global market, the shift from a seller's to a buyer's market, technological advances, and increased competition from within and outside of the profession.

Not only are many lawyers now competing in a global market, there has also been a shift from the seller's to a buyer's market that will likely remain the prevailing model. Clients today have greater market power and more information. They are increasingly willing to take more work in-house, experiment with smaller-market/lower-cost firms, or give work to legal process outsources, all of whom may have greater flexibility to innovate than traditional Big Law firms. This shift has given clients more power over the attorney-client relationship.

Technological advances have also changed the legal landscape. Technology can replace some human elements involved in legal work. Clients expect lawyers to use technology to perform tasks previously done by junior associates. Additionally, eLawyering is now commonplace. Lawyers and other legal service providers use the Web to communicate and collaborate with clients, prospective clients, and professional colleagues; draft, edit, and finalize documents; engage in dispute resolution; manage legal knowledge; and file court and governmental documents.

Attorneys today also face increased competition from within and outside of the profession. In the 1950s, attorney Henry Drinker stated, “*many of the most desirable clients, imbued with high respect both for their lawyer and his calling... would instinctively resent any attempt by another lawyer to encroach on their relation*”. Today, however, firms increasingly compete with other firms. The new hyper-competitive environment puts more emphasis on 24/7 client-centered representation, complete loyalty and devotion to the firm and its clients, and maximizing profit per partner, with less emphasis on meritocracy, the exercise of professional judgment, and cultivation of professional culture and maintaining a sustainable work-life balance.

Lawyers face competition from non-lawyers as well. Some competition comes from the unauthorized practice of law or through foreign jurisdictions that allow this competition. Additionally, accounting firms and non-traditional legal services – legal

outsourcing services, document creation systems, and dispute resolution systems, to name a few, have infiltrated the legal market. Clients now have the option of outsourcing work to non-law firm vendors and may do so to cut costs.

III ■ Technology: The Digital Age's Impact on the Legal Profession

Technology has had, and will continue to have, a tremendous impact on the legal profession. The rise of technology has brought with it new and unique ethical issues. For example, in 2014, the ABA considered whether attorneys can review the social media accounts of jurors or potential jurors before and during trial. The ABA analyzed the issue and found that “passively review[ing]” publicly available information is allowed, but sending an access request to view the juror’s profile constitutes a forbidden *ex parte* communication.

Other online forums and resources present ethical issues that have yet to be formally considered by the ABA. For example, LawZam.com allows individuals to search through attorney biographies, find local lawyers, and ask legal questions that are posted and answered publicly. On one hand, this coincides with professional ideals by making legal information easily accessible to the public. On the other, instantaneous question-and-answer boards may blur the line of the attorney-client relationship; online anonymity makes it difficult for attorneys to perform conflicts checks; the informal setting of the internet increases the attorney’s risk of committing negligent misrepresentation; real-time communication may constitute solicitation; and communicating over the internet can result in the unauthorized practice of law, if, for example, the attorney and client are logging online in different states.

Technology also influences the everyday practice of law. Software can replace many of the tasks formerly performed by lawyers. Predictive coding and other forms of TAR or technologically assisted research, is increasingly being used to review huge numbers of electronically stored documents. Additionally, web-based

legal service providers have emerged and essentially offer do-it-yourself kits for many personal or business legal needs. These online providers may market their services to law firms or provide limited services directly to clients, such as providing them with document templates. With these alternative options available, some clients want to perform their own legal tasks or at least not pay for readily available information or documents traditionally drafted from scratch. Rather than creating documents from scratch, attorneys may increasingly review and edit documents initially prepared by their clients.

IV ■ Business Practices That Once Allegedly Threatened the Profession But Are Now Widely Utilized: Advertising and Contingent Fees

Advertising and contingent fees were historically prohibited in the practice of law. Over time and after much debate, both practices have been accepted and are prevalent. Advertising and contingent fees seem to be permanent fixtures in legal practice today. While both practices threaten professionalism if used improperly, both have been well regulated and improprieties are thought to be minimal. When utilized properly, they can facilitate professional standards by informing the public and promoting access to justice.

A ■ Advertising

At the profession’s beginning, lawyers viewed the law as a form of public service, rather than as a means of earning a living, and they looked down on ‘trade’ as unseemly. Over time, this attitude transitioned into a feature of professional ethics. For a long time, attorney advertising was viewed as an improper solicitation, akin to ambulance chasing, and was largely banned.

This view changed drastically in 1977 with *Bates v. State Bar of Ariz.*, 433 U.S. 350; 97 S.Ct. 2691 (1977). In Bates, the United States Supreme Court considered “whether lawyers may advertise the prices at which certain routine services will be performed.”

Ultimately, citing “the real-life fact that lawyers earn their livelihood at the bar,” the Court struck down the advertising ban and held attorney advertising could not be “subject to blanket suppression.” The State Bar of Arizona had justified the ban by touting ideals of the profession, including a dedication to public service and an obligation to the legal system. The Bar argued, in part, that advertising would have an “adverse effect on professionalism... [and an] adverse effect on the administration of justice.” The Bar feared price advertising would commercialize the profession and, in turn, 1) “undermine the attorney’s sense of dignity and self-worth,” 2) cause clients to lose trust in their attorneys, and 3) “tarnish the dignified public image of the profession.”

The Supreme Court rejected this argument because it denied the reality that lawyers earn a living through their work. Additionally, the Bar argued advertising would increase litigation. The Court conceded that it could, but stated it is preferable for a person to redress their wrongs by legal action, rather than to “suffer... silently.”

Almost forty years later, attorney advertising has become commonplace in the United States. Attorneys use many forms of advertising—print, television, radio, and the Internet. Law firms utilize websites, slogans, and Facebook pages, among other tools. Many firms have marketing departments, a practice now encouraged by the American Bar Association.

The American Bar Association has warned that “undignified advertising can detract from the public’s confidence in the legal profession and respect for the justice system.” This can, in turn, interfere with an attorney’s professional obligations to serve the public. Therefore, when advertising, lawyers should be aware of how their advertisements may affect their “professional image,” as well as “the public’s overall perception of the judicial system.” Despite these risks, if attorneys advertise tastefully and effectively, advertising may enhance the attorney’s ability to serve the public—for example, by informing the public about the availability of such services and how to obtain them.

Attorney advertising, once considered antithetical to the profession, is now seen as a tool to accomplish some professional ideals, such as serving the public.

B ■ Contingent Fees

Contingent fees also evolved from a forbidden to a frequent practice. In the Middle Ages, entering a contingent fee agreement was a criminal offense known as *champerty*. By the mid-nineteenth century, however, contingent fees were permitted in at least some jurisdictions. This led to new problems, such as *ambulance chasing*, where attorneys formed partnerships with police officers and ambulance drivers to recruit accident victims. Eventually, these partnerships were struck down as against public policy, but the phrase "*ambulance chasing*" is used even today by those critical of the profession.

Despite a rough start, contingent fees are now used frequently. As early as 1994, the ABA Committee on Ethics and Professional Responsibility noted that the increased use of contingent fees "*may reflect a growing dissatisfaction with hourly rate billing*". During the 2008 Great Recession, clients became keener to query their bills and to demand alternatives to the convention of charging by the hour. To remain competitive, law firms must consider alternative fee arrangements. And contingent fees could become more prevalent in years to come.

Opinions about contingent fees still vary widely. Critics argue that contingent fee arrangements induce frivolous lawsuits which abuse tort laws and exact outrageously high fees for already overpaid lawyers. On the other hand, proponents believe contingent fees increase access to the courts and give the lawyer incentives to improve returns to the client. By agreeing to contingent fees, clients can pay a fixed percentage of a possible recovery, rather than assume liability for a possibly prohibitively expensive legal bill that will be owed even if the client recovers nothing. These ideas support the professional ideal of serving the public and increasing access to justice. As Justice Sandra Day O'Connor stated, lawyers possess "*the keys to justice... that open the courtroom door. Those keys are not held for lawyers' own private purposes; they are held in trust for all those who would seek justice, rich and poor alike.*"

Contingent fees, like advertising, can undermine professionalism if used improperly. Although contingent fee

arrangements are not unethical if the fee is appropriate in the circumstances and reasonable in amount, and as long as the client has been fully advised of the availability of alternative fee arrangements, ethical issues can and do arise. For example, an attorney's financial stake in the outcome of the litigation could create a conflict of interest. An attorney may earn more money by representing more clients over a short period of time, whereas his clients may recover more if the attorney spends more time on each case individually. The lawyer is faced with conflicting options: maximizing his wealth versus obtaining a larger recovery for his client.

Additionally, a lawyer could be tempted by a situation in which the lawyer is reasonably confident that as soon as the case is filed, the defendant will offer an amount that the client would accept. In that instance, there is little risk of non-recovery and the lawyer's efforts would have brought little value to the client's recovery. The ABA has said a fee based on the time the lawyer has spent on the case may be more appropriate than a contingent arrangement in this context. An attorney may be tempted to make a quick buck.

Due to the opportunities for improper conduct, contingent fees are heavily regulated. Some jurisdictions have enacted ceilings on the percentage of a client's recovery an attorney may retain as a contingent fees; others have enacted sliding-scale measures of maximum contingent percentages that depend on the amount of recovery or stage of litigation in which the case terminates. Florida, for example, extensively regulates contingent fees. The amount an attorney can recover depends on the amount of recovery and stage of litigation in which the suit terminates.

Like advertising, contingent fees are regulated to ensure proper use. Such regulation gives some assurance that a practice motivated by business concerns will not undermine the profession. In fact, it may enhance attorneys' ability to fulfill professional obligations.

V ■ More Recent Challenges to the Traditional Attorney-Client Relationship: Litigation Financing and Advance Conflict Waivers

Alternative litigation financing (ALF) and advance conflict waiver are more recent developments. The ABA has expressed opinions about both practices and found them to be ethical. However, both practices can present serious challenges to the attorney-client relationship. ALF presents privilege waiver concerns and can disrupt the traditional attorney-client relationship, and advance waivers can present loyalty issues. To preserve the nature of the attorney-client relationship, these practices likely have to be carefully regulated and monitored.

A ■ Alternative Litigation Financing

ALF is the funding of litigation activities by entities other than the parties themselves. This practice first emerged as an industry in the United States in the early 1990s and is growing. Third party financing is largely unregulated, and according to critics, may require the payment of relatively exorbitant financing fees. ALF coincides with some professional ideals by allowing some deserving plaintiffs to initiate potentially costly litigation. However, it also opens the door to questions of investor control over case management. ALF raises numerous ethical issues, including confidentiality and privilege issues, interference with an attorney's independent judgment, and conflicts of interest.

Financing companies often request confidential, privileged information from attorneys about their clients. They do this before making any loan commitment and after providing funding. Funders may require the attorney to provide updates about developments in the case or to give them access to client files. These requests to share information raise confidentiality and privilege concerns. Disclosing such information can waive the attorney-client

privilege and may interfere with effective representation of the client. This challenges the professional role of the attorney as a fiduciary and advocate of the client, and can disrupt the nature of the attorney-client relationship. Before sharing information with a financing company, the lawyer must obtain client-informed consent, including explaining to the client the potential for waiver of privilege and the consequences that could have in discovery or other aspects of the case.

Independent judgment, a core component of professionalism, is also threatened by ALF. Attorneys obtain a specialized education and certification to develop the appropriate judgment and skills needed to practice law. Furthermore, the Model Rules mandate the lawyer's professional judgment and independence. ABA Model Rule 2.1 states, "*a lawyer shall exercise independent professional judgment and render candid advice.*" And, Rule 5.4 lays out numerous requirements to preserve the professional independence of a lawyer. The rule, in relevant part, prohibits sharing legal fees, forming partnerships with non-lawyers, and allowing "*a person who... pays the lawyer to render legal services for another to direct or regulate the lawyer's professional judgment in rendering such legal services.*" An ALF supplier, as a third party financer, could have interests that differ from those of the client and may seek to direct or otherwise influence the course of the litigation in ways not in the client's best interests.

When a third party interferes with the attorney's independent judgment, it can be detrimental to the attorney and client alike. Traditionally, the client sets the objectives of the representation, and the attorney controls the means of achieving those objectives. Introducing an ALF into the equation can disrupt that balance. The financier might disrupt the lawyer's role in establishing the litigation strategy or requiring the attorney to seek the company's consent when taking steps to pursue or resolve the lawsuit. The financier might also disrupt the client's role by influencing the outcome and controlling whether to accept or refuse a settlement offer. The ALF's control over certain aspects of the lawsuit has the potential to interfere with ethical standards and distort the traditional attorney-client relationship.

ALF can create a conflict of interest if the attorney receives referral fees from an ALF provider. Another potential danger from ALF is where the lawyer pays a referral fee to the ALF provider. Model Rule 7.2 states, in relevant part, that "*[a] lawyer shall not give anything of value to a person for recommending the lawyer's services.*" The lawyer may enter into a "*reciprocal referral arrangement*" with lawyers or non-lawyer professionals as long as this arrangement is not exclusive, and the client is "*informed of the existence and nature of the agreement.*" These arrangements "*must not interfere with the lawyer's professional judgment as to making referrals or as to providing substantive legal services.*" Referral arrangements between attorneys and ALF providers may "*impair the lawyer's exercise of professional judgment in determining whether a financing transaction is in the client's best interest and would compromise the lawyer's ethical obligation to provide candid advice regarding the arrangement.*"

Still another danger arises if the lawyer receives funding from an ALF provider which may constitute subsidization of the proceeding. Rule 1.8 states, "*[l]awyers may not subsidize lawsuits or administrative proceedings brought on behalf of their clients... because such assistance gives lawyers too great a financial stake in the litigation.*" This, like referral fees, can create a conflict of interest. It may seem odd that an attorney who owes a fiduciary duty to the client cannot subsidize the client's lawsuit, but an ALF financier with no such duty is permitted to gain a financial stake in the litigation.

Although aspects of ALF, such as increasing access to the courts, may be admirable, there are troubling aspects to this practice. Without strong, thoughtful regulation, ALF poses serious ethical issues and can severely distort the attorney-client relationship.

B ■ Advance Conflict Waivers

Advance waivers seek a client's present informed consent for the lawyer to represent an adverse party in some future conflict of interest that may or may not arise. The need for advance waivers is a recent development. When the ABA first analyzed advance waivers, it noted, "*the thought of seeking prospective waivers rarely arose*" in the past when firms were local, clients were small, and clients utilized

the services of a single firm for all of their legal business. Today, however, firms practice on a much larger scale, clients are often large corporate entities, and clients frequently hire different firms for different legal issues. Given these changes, advance waivers are now an essential and standard practice. Without advance waivers, conflicts of interest could stifle firm growth and limit clients' ability to choose counsel. Advance waivers also protect law firms in the event that a firm fails to recognize a conflict when it arises.

In 2002, the ABA added comment 22 to Model Rule 1.7 to specifically address the use of advance waivers. Whether an advance waiver is appropriate is determined by the same standard used for concurrent conflicts of interest. Thus, a lawyer may request an advance waiver from a client if:

1- the lawyer reasonably believes that the lawyer will be able to provide competent and diligent representation to each affected client;

2- the representation is not prohibited by law;

3- the representation does not involve the assertion of a claim by one client against another client represented by the lawyer in the same litigation or other proceeding before a tribunal; and

4 - each affected client gives informed consent, confirmed in writing.

Despite the clear benefits to attorneys and possible benefits to clients, advance waivers can pose professional and ethical concerns. Critics believe advance waivers are an attack on the traditional notions of confidentiality and loyalty running through the attorney-client relationship. Since trust is the hallmark of the client-lawyer relationship, this can be problematic. Some potential clients find the thought of advance conflicts so disturbing that they will refuse to enter an attorney-client relationship with a firm that suggests one.

Advance waivers also increase the agency risk that clients face. The more frequently advance waivers are used, the more lawyers will encounter conflicts in which both clients have signed waivers. In the absence of regulation of such situations, law firms

are likely to choose the representation that will maximize their economic interests, regardless of the impact on the clients.

Advance waivers can cause serious tension between clients and their attorneys. A relationship in which the client fears betrayal from his attorney is not good for either party and contrasts with the idea that an attorney is the client's fiduciary. Whether mistrust associated with advance waivers can be mitigated through regulation is unclear. However, the fact that an attorney must inform a client before engaging in representation of an adverse party is helpful and may ease tensions.

VI ■ More Recent Challenges Wrought By Business Practices in the Practice of Law: Multidisciplinary Practice and Non-Lawyer CEOs

Multidisciplinary practice (MDP) and non-lawyer CEOs combine business and law under one roof. These practices illustrate the encroachment of business on the practice of law today. Both MDPs and non-lawyer officers provide more diverse client services, and both can be regulated to ensure attorneys and others comply with ethical and professional standards.

A ■ Multidisciplinary Practice

The American legal profession has resisted MDP for quite some time. With increased economic pressures, this could change. In fact, Paul D. Paton is confident MDP will come to America. He asserts that the profession "will have to squarely address not whether, but how, alternative business structures like the multidisciplinary practice will be part of the American regulatory landscape in the future."

The debate surrounding MDPs has been longstanding. In 1981, the ABA House of Delegates rejected a proposal that the Model Rules should permit MDPs. In 2000, the ABA House of Delegates again rejected an MDP proposal and passed House Resolution 10F. In that resolution, the House disbanded the Commission on

Multidisciplinary Practice and stated that MDPs conflict with core values of the legal profession, including:

- a - the lawyer's duty of undivided loyalty to the client;
- b - the lawyer's duty competently to exercise independent legal judgment for the benefit of the client;
- c - the lawyer's duty to hold client confidences inviolate;
- d - the lawyer's duty to avoid conflicts of interest with the client;
- e - the lawyer's duty to help maintain a single profession of law with responsibilities as a representative of clients, an officer of the legal system, and a public citizen having special responsibility for the quality of justice; and
- f - the lawyer's duty to promote access to justice.

Many of these concerns may be avoidable. For example, one multidisciplinary firm, the Boston Law Collective, is careful to avoid ethical issues. Each professional unit has its own client files, and professionals do not share confidential information with one another without advance permission from the client. The attorneys also screen for conflicts of interest and do not share legal fees with non-lawyers. In short, it seems that at an individual firm level, ethical issues can be avoided.

Additionally, to preserve the profession and its ethics on the larger scale, the ABA could permit MDP through the Model Rules and impose appropriate regulations. For example, non-lawyer professionals could agree to be bound to the Model Rules as if they were lawyers themselves, and lawyers could be charged with ensuring their compliance.

By not permitting MDPs, the ABA could interfere with self-regulation and make American competition with overseas markets more difficult. Paul D. Paton argues, "allowing MDP is not only in the economic self-interest of the bar (and its clients) but also may be unavoidable: overseas experiences suggest

that refusal to open up the domestic market for legal services to non-lawyers might cost the legal profession its ability to self-regulate." In both Australia and England, there was substantial liberalization of MDPs, not by the profession's choice, but rather, imposed by the government together with an end to self-regulation.

Overall, it seems MDPs may well help more than they will hurt. MDPs in America could increase some competition with foreign attorneys and provide superior services to clients.

B ■ Non-Lawyer CEOs

In the changing economy, some firms have hired non-lawyer CEOs to get an edge. As one big firm attorney noted, "in this new world," firms need "professional managers with real business management skill sets". Other benefits include allowing lawyer partners to focus on revenue-generating work. However, many fear this practice challenges a lawyer's professionalism and independence.

Hiring non-lawyer CEOs implicates ABA Model Rule 5.4, which is designed to protect the lawyer's professional independence, in three ways. The rule prohibits sharing legal fees with non-lawyers, "form[ing] a partnership with a non-lawyer if any of the activities of the partnership consist of the practice of law", and practicing with a for-profit legal organization if:

- 1 - a non-lawyer owns any interest therein...
- 2 - a non-lawyer is a corporate director or officer thereof or occupies the position of similar responsibility in any form of association other than a corporation; or
- 3 - a non-lawyer has the right to direct or control the professional judgment of a lawyer.

Non-lawyer CEOs of law firms may challenge aspects of professionalism. Problems could arise, for example, if a non-lawyer CEO or other non-lawyer officer receives a bonus contingent upon the firm's achieving a specified level of profit. According to a Texas Bar ethics committee, the problem lies in the contingency and specificity: specified bonuses cannot be tied to revenue

quotas. One issue with such an arrangement is the risk [non-lawyers] will compromise... traditional values because the push will be about making more money, not doing what is truly right. This could compromise a lawyer's "obligations with respect to training, bar involvement, pro bono, and so forth."

Some bar associations do, however, permit this practice. In the District of Columbia, a lawyer is permitted to practice in an organization where a non-lawyer has "*a financial interest... or managerial authority*" if certain conditions are met. The organization's "*sole purpose*" must be to provide legal services, the non-lawyer owners or managers must abide by the Rules of Professional Conduct, lawyers with a financial stake or managerial role must "*be responsible for the non-lawyer participants*," and all of these conditions must be "*set forth in writing*."

The goal of this rule is to "*permit non-lawyer professionals to work with lawyers in the delivery of legal services without being relegated to the role of an employee.*" This appears to be beneficial to both attorneys and clients, as the rule allows professionals to assist achieving in the lawyers' and clients' ultimate goals. The D.C. rule's comments provide the following examples:

[T]he rule permits economists to work in a firm with antitrust or public utility practitioners, psychologists or psychiatric social workers to work with family law practitioners to assist in counseling clients, non-lawyer lobbyists to work with lawyers who perform legislative services, certified public accountants to work in conjunction with tax lawyers or others who use accountants' services in performing legal services, and professional managers to serve as office managers, executive directors, or in similar positions.

The D.C. solution to this non-lawyer-manager-issue seems preferable to banning non-lawyer CEOs altogether. The D.C. rules ensure that firms act professionally and ethically, at the same time enhancing services available to clients. The D.C. standard also allows professionals trained in business to assist with the management of the firm, so lawyers can focus on their legal work with less distraction from business concerns.

VII . Conclusion

As we have seen, lawyers face many challenges today, not least from having increasingly to balance business concerns with the everyday practice of their profession. In the past, lawyers have adapted well to changes brought on by business concerns once believed to be threatening, such as advertising and contingent fees. The case can be made that, overall, the profession itself and the public gained from these new business-oriented practices.

Among more recent business practices and concerns encroaching on the practice of law, we have looked briefly at alternative litigation financing, advanced conflict waivers, multi-disciplinary practice and non-lawyer CEOs. While each of these practices carry with them the potential to disrupt important professional values – the attorney/client relationship, confidentiality, control of case strategy, client loyalty, fee sharing and the like – if properly regulated and used correctly, these practices have the potential to enhance the profession.

Murray S. LEVIN
Counsellor to the President
Pepper Hamilton, LLP
Philadelphia, PA, United States
levinm@pepperlaw.com

Note: An expanded version of this article with endnotes can be found online at www.uianet.org



L'équipe du Juriste International vous invite à devenir rédacteur !

Faites-nous parvenir vos propositions d'articles en français, anglais ou espagnol sur les sujets qui vous intéressent en matière de droits de l'Homme, de pratique générale du droit ou sur la profession d'avocat.

Juriste International invites you to become an author!

Send us your proposed articles in English, French or Spanish on a subject of your choice in the fields of human rights, substantive legal issues or the legal profession.

El equipo del Juriste International le invita a redactar un artículo!

Envíenos sus proposiciones de artículos en español, francés o inglés sobre la temática que le interesa en el ámbito de los derechos humanos, de la práctica general del derecho o relativo a la profesión de abogado.

Informations

Union Internationale des Avocats

25, rue du Jour
75001 Paris - France

Anne-Marie Villain
avillain@uianet.org
Tel : + 33 1 44 88 55 66
Fax : + 33 1 44 88 55 77



El devenir del secreto profesional

I Héctor DÍAZ-BASTIEN LÓPEZ

El secreto, que en la expresión práctica de muchos oficios es denominado secreto profesional, ha venido ocupando un espacio importante en la sociedad. Y sin embargo, en la actualidad está seriamente combatido por los poderes fácticos y legales en aras, aparentemente, de la seguridad. Seguridad que no ha mejorado sustancialmente frente a la pérdida de esa confidencialidad. El individuo ha ido renunciando a ella sin mucha lucha ni conciencia de ese privilegio que ostenta(ba). A mi entender, la causa de esa declinación no es tanto el temor y el deseo de sacrificio por tener más protección, sino el surgimiento de un distinto tipo de sociedad: la sociedad participativa.

El individuo y su pequeña esfera de privacidad, protegidos por el secreto cuando era necesario, están viendo configurarse, consciente o inconscientemente, otro tipo de sociedad. Existe otro Renacimiento, uno que implica un cambio total de estructuras y valores, que hacen que el secreto – y, sobrevidiadamente, el secreto profesional – dejen de tener razón de ser.

En esa evolución, cuyo alcance aún desconocemos, la sociedad está configurando como valor primario y medio de vida la participación o, mejor dicho, la coparticipación. Se impone el uso de los bienes de modo conjunto y sustitutivo, de manera que, el mismo bien sea utilizado por varios. Acontece ahora que hay automóviles en muchas ciudades que se usan y se dejan, pasándolos a utilizar otros. Se viaja y la casa de uno se usa por otros mientras está vacía, yendo el viajero a su vez a la vivienda de otro. Los espacios

laborales y las herramientas se utilizan por turnos de modo que el ciclo productivo sea continuo. Las comunicaciones como Twitter y Whatsapp, participando de todo a nuestros conocidos, pasan a hacer transparente nuestra intimidad. Este tipo de propiedad compartida, que está naciendo y siendo popularizada raudamente, implica a la vez que el secreto, como adjetivo y característica del individuo, se esté desvaneciendo. Se pierde en la noche, de modo sutil, sin hacer ruido. Sin la conciencia de saber que, sin secreto, sin secreto profesional, no podemos vivir en libertad.

se observa esa misma preocupación. En alemán, por ejemplo, la palabra “Geheimnis” encuentra su raíz en “Heim”, casa, para significar que es algo que pertenece a la esfera privada.

Y aunque nació el secreto en el ámbito de lo más personal, se extendió rápidamente, por su relevancia y utilidad, al campo de lo externo, lo político. Cuando el individuo empezó a tener relevancia frente a la comunidad, el secreto se convirtió en un complemento exclusivo y determinante, porque envolvía y protegía rabiosamente la naturaleza del fiero individualismo. Muy pronto se cambió la configuración de las

Lo que parece que va palideciendo es la consideración del secreto como piedra angular del sano desarrollo del individuo, y también del sistema democrático.

El secreto, desde tiempos arcanos, ha sido parte consustancial del individuo. Toda persona tiene sus secretos y los vive con la intensidad correspondiente a las distintas etapas de su vida. El secreto es una protección de ilusiones y esperanzas, de ambiciones y conquistas, de odios y aversiones. Es, en suma, el elemento que permite ayudar a la fragua de nuestra personalidad, haciendo que se exterioricen deseos y pasiones sólo en el momento en que estos ya están maduros.

De hecho, por ello, etimológicamente, la palabra en las lenguas romances proviene del latín “secretum”, y significa originalmente “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”. También en las lenguas germánicas

votaciones asamblearias a mano alzada para hacerlas secretas en los parlamentos, y también se volvieron secretos el conocimiento de las actividades mercantiles en los gremios y la planificación estratégica comercial.

Este concepto se convierte en uno de los pilares del sistema democrático, ya que gracias a ese secreto se da protección y reconocimiento a la libertad y a la igualdad, al permitir la confidencialidad protegida de creencias atávicas y científicas que la persona tiene.

Las distintas esferas en las que el ser desarrolla su existencia han tratado y tratan de ajustar algún modo de cohabitación

entre el secreto y la comunidad. El ámbito político, el religioso, el mercantil e incluso el familiar establecen normas para restringir esa autonomía del secreto y someterlo a la comunidad o, más bien ahora, a la sociedad compartida. Por esto es sólo natural que la evolución del secreto se haya visto sometida a muchas intervenciones de los poderes temporales que toman la forma de regulaciones para el control tanto de la aplicación como de la existencia misma del secreto.

Lo que parece que va palideciendo es la consideración del secreto como piedra angular del sano desarrollo del individuo, y también del sistema democrático. A lo largo de su evolución, el secreto había llegado a constituirse en categoría abstracta, autónoma, con una existencia independiente de la persona que lo originó, de manera que incluso la persona que creaba la idea a amparar por el secreto dejaba de ser dueña de éste. El secreto profesional, en su vertiente más protegida, no podía ser levantado ni siquiera por la persona a la cual "pertenecía" el secreto, consignándose la persona recipiendaria del mismo en evaluadora última de si la ocasión merecía finalmente el levantamiento.

Debemos, dado que implica avances antes impensables para la calidad de vida de los ciudadanos, recibir esta tendencia a vivir en una sociedad participativa (que ya no es tanto tendencia como realidad efectiva) con los brazos abiertos. Pero debemos también, y al mismo tiempo, salvaguardar la conciencia de que el secreto, y, en particular, el secreto profesional, es tan intrínseco y necesario a nuestra profesión como lo es a la persona.

Héctor DÍAZ-BASTIEN LÓPEZ
Presidente de Honor de la UIA
DBT Abogados
Madrid, España
hdiaz-bastien@dbtlex.com

Call for Host Firms



Become a Host Firm in our Junior Lawyers International Traineeship Programme (JLITP)

What is it?

The JLITP is a platform that gives the opportunity to UIA members to publish their traineeship announcement and to be put in contact with Junior Lawyers.

What are the benefits for the law firm?

Hosting a trainee with a foreign background, specific skills, and knowledge, facilitating international contacts and building a foundation for future professional contacts through him/her.

Information

To become a host firm, please contact:

Union Internationale des Avocats
25, rue du Jour
75001 Paris - France

Marie-Pierre Liénard
mplienard@uianet.org
Tel : + 33 1 44 88 55 66
Fax : + 33 1 44 88 55 77



L'avenir de la profession d'avocat : prévenir ou guérir

I Michel FORGES

« J'ai 55 ans, je suis un avocat passionné depuis 1982. En quoi puis-je vous être utile ? »

C'est par ces mots que je me suis adressé à plusieurs groupes d'avocats, pour la plupart âgés de moins de 35 ans.

Les lignes qui suivent rendent compte des réflexions que j'ai enregistrées.

You nous dites que l'heure est grave, mais nous le savions déjà

Cessons d'enfoncer des portes ouvertes. Les périls qui menacent la profession d'avocat, et le thème « évoluons si nous ne voulons pas disparaître » semblent aujourd'hui bien identifiés, grâce à de très nombreuses études et à de multiples observatoires de la profession.

La nécessaire évolution de la profession d'avocat est à l'image du réchauffement climatique : tout le monde en parle, et un consensus de plus en plus large existe quant aux causes des difficultés.

Il ne s'agit plus d'alarmer les avocats d'aujourd'hui pour susciter la peur de demain, même s'il reste primordial d'identifier les causes pour mieux réagir, certes dans notre intérêt mais aussi dans l'intérêt de nos clients et de la société toute entière.

Les valeurs traditionnelles, l'indépendance, le secret professionnel, la loyauté et la

délicatesse sont menacées. La paupérisation gagne du terrain.

Oui, nous le savons, nous ne pouvons pas l'ignorer, nous nous trouvons face à un défi : innover, nous transformer, ou périr.

Les causes du péril sont internes et externes

Des causes externes à la profession d'avocat, qui tiennent à l'évolution de la société ou des technologies, à la mondialisation ou à l'ubérisation des services, à la perte de sens des formes traditionnelles de la justice ou de l'enseignement commandent des remises en question.

Mais ce sont des causes internes qui sont surtout dénoncées par les plus jeunes. Confrontés à un stage qui fait la part belle à la transmission des traditions, nos jeunes confrères sont les premiers à constater ce paradoxe : tout en déclamant un discours du type « innover ou mourir », les plus anciens d'entre nous décrient la plupart des innovations qui, à défaut de constituer d'évidents progrès, sont dans l'air du temps : que de réticences à propos du coworking, des pépinières ou de la multidisciplinarité !

Il n'y a pas une solution innovante qui suscite l'enthousiasme, et le « programme » des plus audacieux est... lourd, conventionnel, d'un autre âge.

Pourquoi ne pas faire le pari de sauvegarder la quintessence des valeurs ?

Reconnaitre les dangers – ils sont réels – est une chose, mais les éviter à tout prix en est une autre.

Nos jeunes confrères ne peuvent comprendre la résistance à l'innovation, ce conservatisme de mauvais aloi, qui pourrait conduire à rejeter des « *alternatives business structures* » (ABS) voire, la seule virtualisation des cabinets ou la dématérialisation, même si celles-ci constituent une réponse adéquate aux besoins d'une clientèle déterminée, à charge de déterminer les garde-fous nécessaires.

Tous les avocats peuvent comprendre que l'indépendance serait mise à mal, si la multidisciplinarité était autorisée sans prévention des conflits d'intérêts qu'elle peut générer. De même, il saute aux yeux que la dignité et le démarchage ne font pas toujours bon ménage ; ou que les prises de participations extérieures dans le capital des sociétés d'avocats ne sont pas sans risques.

Le serment moderne (c'est la formule française rédigée par Rober Badinter), « *Je jure comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* », peut-il garder son sens face aux inévitables évolutions de la profession ?

Quelles sont les pistes qui doivent être suivies pour gagner ce pari ?
Les lignes qui suivent n'énoncent pas « la »

solution, mais des perspectives, à la manière du fin stratège qui a dix plans et qui utilise le onzième.

Voilà ce que croit un avocat confiant en l'avenir.

Préférer les actes qui consacrent les valeurs aux valeurs elles-mêmes

Les jeunes frères ont raison de rejeter les discours traditionnels centrés sur les valeurs abstraites du métier : l'indépendance sur papier, ce n'est pas l'indépendance, et la déontologie n'existe pas pour elle-même : les valeurs doivent se traduire en comportements et en actes.

Et l'avocat ne se reconnaît pas plus à sa fierté qu'à ses souliers cirés : c'est son âme et ses tripes qui le caractérisent. Il s'impose par son écoute, son empathie. Sans ces traits de caractère, sans ces valeurs en action, qu'offrirait-il de plus qu'un robot ?

Nos clients sont avides de conseils et d'avis. Les relations humaines sont au cœur de la profession, elles sont le meilleur rempart contre l'automatisation.

Préserver la diversité

Entreprise jouissant de la liberté d'entreprendre, l'avocat doit pouvoir travailler dans la structure de son choix.

Tout modèle imposé, qui voudrait que seules auraient des chances de survivre des structures à envergure mondiale, pluridisciplinaires ou multi-spécialisées est à proscrire.

Nul ne songe à mettre en cause l'excellence des services donnés par les grandes structures et les avocats performants qui y travaillent : c'est la défense d'un modèle unique qui est en cause, là où la diversité donne les plus grandes chances de répondre adéquatement aux multiples exigences de la clientèle.

Cette diversité, il faut se donner les moyens de la préserver et de l'encourager : mutualisation des moyens matériels, mise à disposition d'espaces communs et de plateformes de consultations et de références, recherche

de solutions concrètes pour le financement des jeunes avocats se mettant à leur compte.

La recherche de la diversité rend souhaitable, par exemple, l'utilisation de « pépinières » ou de services communs, la recherche de solutions permettant de réduire les obligations de comparution aux audiences à des fins administratives – remplacables par un échange d'e-mails – ou l'obtention d'un accès direct aux multiples fichiers (register national, fichier des saisies, futur fichier des sûretés, etc.) pour lesquels les avocats n'ont curieusement reçu, jusqu'à présent, que des accès complexes ou limités.

Enfin, c'est aussi au nom de la diversité que les avocats qui se consacrent à l'aide juridique, loin de former une catégorie à part, doivent garder leur place au sein du barreau et jouir de revenus décents.

Toujours améliorer la formation et rendre possible la spécialisation

Pour faire face à la concurrence, la recherche du plus haut niveau de compétence s'impose, en parfaite connaissance des besoins et des critiques des universités, des milieux professionnels et de la magistrature : ne cessons pas de dialoguer avec ces interlocuteurs privilégiés, que nous devons rencontrer le plus souvent possible, dans un climat de confiance mutuelle.

Avons-nous le droit de critiquer la formation des nouveaux juristes si nous ne rencontrons pas les responsables des programmes d'enseignement ? Pourquoi ne mettons-nous pas à profit les stages de pratique juridique et autres programmes d'échanges qui nous mettent à contribution pour renforcer ce dialogue nécessaire ?

De même, qui n'a jamais vu les bienfaits d'un passage, aussi bref soit-il, aux côtés du juge et les inévitables désagréments qui se produisent quand les deux mondes s'ignorent ?

Quant au stage, il doit, plus que jamais, être une école dont les maîtres – les patrons – doivent être encadrés, valorisés et soutenus.

Enfin, il est temps de faire passer la formation continue à une vitesse supérieure et d'en faire une passerelle sérieuse pour la spécialisation.

Éviter la fragmentation

Une réflexion s'impose dans le même temps, quant à la fragmentation de la profession qui conduit à ce que seuls les avocats justifiant de formations spécifiques – des « avocats attestés » – puissent accomplir certaines missions.

Était-il souhaitable que seuls les avocats ayant suivi une formation spécifique puissent signer les pourvois en cassation en matière pénale ? Est-il souhaitable que, demain, seuls les avocats ayant suivi une formation *ad hoc* puissent se présenter devant le Conseil d'État, le tribunal de la famille ou le juge des saisies ?

Le double mouvement, qui tend d'une part à étendre infiniment le périmètre de la profession (l'avocat-syndic, l'avocat-administrateur, l'avocat-agent de spectacle, etc.) et d'autre part à fragmenter celle-ci (le curateur, le médiateur de dettes, le médiateur agréé, etc.) n'est pas d'une évidente cohérence.

Mettre en lumière notre capacité à prévenir et à résoudre les conflits

L'avocat jouit d'une expertise qui en fait le spécialiste de la prévention des conflits (« *un avocat, c'est quelqu'un qu'il faut voir avant pour éviter les ennuis après* » – l'acte d'avocat peut y contribuer) et de la résolution des conflits.

Ne sommes-nous pas trop souvent associés au contentieux soumis aux tribunaux, alors que nombre d'entre nous sont formés tant pour accompagner les clients en médiation que pour intervenir en qualité de médiateurs et, d'une manière générale pour mettre en œuvre tous les processus alternatifs possibles ?

Associer le plus grand nombre – et les plus jeunes – aux processus de réflexion et de décision

Seule une minorité de confrères trouve le temps de participer aux travaux des ordres, des commissions et des associations internationales, au rang desquelles l'UIA occupe une place de choix : la plupart des avocats forment une majorité silencieuse, et les assemblées générales se déroulent devant un public clairsemé.

Tout se passe comme si le plus grand nombre se réjouissait qu'un petit groupe de passionnés s'agitent et réfléchissent au sort de la profession.

Comment se plaindre, dans ces conditions, du rejet des pratiques innovantes et du maintien de normes déontologiques poussiéreuses ?

Comment justifier notre privilège d'autorégulation si le plus grand nombre accepte que le sort de la profession, de sa discipline, de son indépendance ou de ses valeurs soit remis entre les mains d'une minorité... dans laquelle les moins conservateurs ne se reconnaissent pas toujours ?

Rien n'oblige cependant chaque avocat à briguer une fonction qui l'occuperait à temps plein ou à mi-temps : de nombreuses tâches (participation à des commissions, préparation d'avis, etc.) ne demandent pas qu'on leur consacre un temps exagéré et

les missions des membres du conseil de l'ordre ne les accaparent pas tous de la même manière.

Les avocats de demain doivent être présents à tous les niveaux de pouvoir, pour créer les conditions de la flexibilité, savoir s'adapter au changement, favoriser la résolution créative de problèmes, et maîtriser toutes les facettes technologiques qui permettent le développement de nouvelles formes de collaborations professionnelles.

Ouvrons toutes grandes nos portes aux plus jeunes, aux plus optimistes et à tous ceux qui refusent la cécité volontaire.

Michel FORGES
Faber Inter Law Firm
Bruxelles, Belgique
m.forges@faberinter.be



The Law Firm of Majed M Garoub
www.lawgaroub.com



Majed M. Garoub
Chairman, The Law Firm of Majed M. Garoub
Saudi Arabia

The Law Firm of Majed Garoub is a Saudi law firm based in Jeddah and has an active branch in Riyadh. It was established by Lawyer Majed Garoub in mid 1990s. It is now one of top five in terms of reputation in Saudi Arabia and it provides services to both multinational companies and maintain a high range list of clients.

Besides the law firm, Majed Garoub is the head of The Saudi Law Training Centre SLTC, which succeeded to register more than 10,000 delegates in all its venues throughout.

Mr. Garoub is a member in many international and local legal entities. Moreover, he is the previous President & Current Member of the National Lawyers Committee at the Saudi Council of Chamber and Jeddah Lawyers Committee at the Jeddah Chamber of Commerce.

Majed Garoub has received the Certificate of Appreciation from the Saudi Supreme Judicial Council and awards of the Best Intellectual Property Lawyer in the GCC for the years 2011, 2012 and 2013. He also got the Certificate of the Best Legal Negotiator from the American University in Paris in the Year 1994 and has been awarded an unprecedented certificate of appreciation from the Saudi supreme council of justice. Moreover, Majed Garoub has been awarded the Chevalier de l'Ordre National du Merite in 2014 by the French government.



Pratique du Droit
Legal Practice
Ejercicio de la Abogacía



EU measures and international organizations to combat money-laundering and terrorist financing

I Barbara BANDIERA

Les menaces liées au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme sont en constante évolution, ce qui nécessite des mises à jour régulières des règles. En réponse à cela, l'UE a adopté la quatrième directive sur le blanchiment et le règlement (UE) 2015/847 sur les informations accompagnant les virements de fonds, publiés au Journal Officiel de l'Union européenne le 5 juin à 2015.

Le 2 décembre 2015, la Commission européenne a adopté un ensemble de mesures visant à renforcer la lutte contre le terrorisme et le trafic illégal d'armes à feu et d'explosifs, qui s'inscrivent dans le programme européen en matière de sécurité adopté en avril 2015.

Preliminary remarks and definitions

Money laundering and terrorist financing are international problems and the effort to fight against them should be global.

In particular:

■ “money laundering” is the conversion of the proceeds of criminal activity into apparently clean funds, usually via the financial system. This is done by disguising the sources of the money, changing its form, or moving the funds to a place where they are less likely to attract attention. “Criminal activity” includes fraud, corruption, drug dealing and other serious crimes;

- “terrorist financing” is the provision or collection of funds, by any means, directly or indirectly, with the intention or in the knowledge that they would be used in order to carry out terrorist offences.

The international community has made the fight against money laundering and terrorist financing a priority.

On September 14, 2015, Min Zhu, Deputy Managing Director of the International Monetary Fund (IMF), specified that the aforesaid phenomena “*are financial crimes with economic effects. They can threaten the stability of a country's financial sector or its external stability more generally. Effective anti-money laundering and combating the financing of terrorism regimes are essential to protect the integrity of markets and of the global financial framework as they help mitigate the factors that facilitate financial abuse. Action to prevent and combat money laundering and terrorist financing thus responds not only to a moral imperative, but also to an economic need*”.

New EU anti-money laundering rules. The FATF and the Egmont Group

On February 5, 2013, the European Commission adopted two proposals to reinforce the EU's existing rules on anti-money laundering and fund transfers. The package included:

- a proposal for a directive on the prevention of the use of the financial system for the

purposes of money laundering and terrorist financing;

- a proposal for a regulation on information accompanying transfers of funds to secure “due traceability” of these transfers.

The threats associated with money laundering and terrorist financing are constantly evolving, which requires regular updates of the rules.

On June 5, 2015, the Directive (EU) 2015/849 concerning the new rules to help fight money laundering and terrorist financing in the EU, so-called Fourth EU Anti-Money Laundering Directive (AMLD), and the Regulation (EU) 2015/847 on information accompanying transfers of funds (AMLR) were published in the Official Journal of the European Union.

The AMLD was adopted in the EU to update and improve the EU's existing Third Anti-Money Laundering Directive (Directive 2005/60/EC), with the aim of further strengthening the EU's defences against money laundering and terrorist financing and of ensuring the soundness, integrity and stability of the financial system. The main objectives of the AMLD are:

- to safeguard the interests of society from criminality and terrorist acts;
- to contribute to financial stability by protecting the soundness, proper functioning and integrity of the financial system;
- to safeguard the economic prosperity of the European Union by ensuring an efficient business environment;
- to strengthen the internal market by reducing complexity across borders.

The AMLD fully takes into account the Recommendations ("International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation") adopted on February 16, 2012, and updated in 2013 and 2015, by the Financial Action Task Force (FATF)¹, the independent inter-governmental body established in 1989 by the Ministers of its Member jurisdictions, initially to examine and develop measures to combat money laundering. The FATF expanded its mandate to incorporate efforts to combat:

- terrorist financing (2001) and
- the financing of proliferation of weapons of mass destruction² (2008), in addition to money laundering.

The objectives of the FATF are to set standards and promote effective implementation of legal, regulatory and operational measures for combating money laundering, terrorist financing and other related threats to the integrity of the international financial system. The FATF is therefore a "policy-making body" which works to generate the necessary political will to bring about national legislative and regulatory reforms in these areas.

The FATF monitors the progress of its members in implementing necessary measures, reviews money laundering and terrorist financing techniques and counter-measures, and promotes the adoption and implementation of appropriate measures globally. In collaboration with other international stakeholders, the FATF works to identify national-level vulnerabilities with the aim of protecting the international financial system from misuse.

With regard to the beneficial ownership information, under Article 30 of the AMLD, Member States shall ensure that the aforementioned information is:

- held in a central register in each Member State, for example a commercial register, companies register or a public register;
- adequate, accurate and current;
- accessible in all cases to: (a) competent authorities and Financial Intelligence Units (FIUs), without any restriction; (b) obliged entities, within the framework of customer due diligence; (c) any person or organisation that can demonstrate a legitimate interest. Member States shall require that obliged

entities do not rely exclusively on the central register to fulfil their customer due diligence requirements.

The AMLD strengthens the cooperation between the different national FIUs whose tasks are to receive, analyse and disseminate to competent authorities reports about suspicions of money laundering or terrorist financing. As explicitly mentioned in recitals 54 and 56 of the AMLD, "taking into account the transnational nature of money laundering and terrorist financing, coordination and cooperation between FIUs are extremely important" and "improving the exchange of information between FIUs within the Union is particularly important in addressing the transnational character of money laundering and terrorist financing". Under Articles 52 and 53 of the AMLD, Member States shall ensure that FIUs:

- cooperate with each other to the greatest extent possible, regardless of their organisational status;
- exchange, spontaneously or upon request, any information that may be relevant for the processing or analysis of information by the FIU related to money laundering or terrorist financing and the natural or legal person involved, even if the type of predicate offences that may be involved is not identified at the time of the exchange.

With reference to the FIUs, it has to be remembered that, recognizing the importance of international cooperation in the fight against money laundering and financing of terrorism, a group of FIUs met at the Egmont Arenberg Palace in Brussels (Belgium) and decided to establish an informal network of FIUs for the stimulation of international cooperation. Now known as the Egmont Group of Financial Intelligence Units, Egmont Group FIUs meet regularly to find ways to promote the development of FIUs and to cooperate, especially in the areas of information exchange, training and the sharing of expertise.

The Egmont Group has evolved over the years and is currently (2016) comprised of 151 member FIUs. The 2012 FATF Recommendations expect that FIUs apply for membership with the Egmont Group, therefore, the Egmont network of FIUs is expected to grow even further in the coming years.

The goal of the Egmont Group is to provide a forum for FIUs around the world to improve cooperation in the fight against money laundering and the financing of terrorism and to foster the implementation of domestic programs in this field.

Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with AMLD by June 26, 2017.

As regards the AMLR, its purpose is to update and revise the existing Regulation (EC) No 1781/2006 in ways which improve traceability of payments and ensure that the EU framework remains fully compliant with the FATF Recommendations.

The AMLR:

- lays down rules on the information on payers and payees, accompanying transfers of funds, in any currency, for the purposes of preventing, detecting and investigating money laundering and terrorist financing, where at least one of the payment service providers involved in the transfer of funds is established in the Union;
- shall apply from June 26, 2017.

Both the AMLD and the AMLR provide for a more targeted and focussed risk-based approach and foresee a reinforcement of the sanctioning powers of the competent authorities.

Anti-money laundering and Single Supervisory Mechanism (SSM)

The prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering is not one of the tasks of the European Central Bank (ECB). As explicitly mentioned in recitals 28 and 29 of the Council Regulation (EU) No 1024/2013 conferring specific tasks on the ECB concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, so-called SSM Regulation, the ECB should cooperate, as appropriate, fully with the national authorities responsible for the prevention of money laundering.

Moreover, in the Letter from Danièle Nouy, Chair of the Supervisory Board, to several Members of the European Parliament,

on competences with regard to money laundering dated November 6, 2015, it is specified that “*although not specifically tasked with its prevention, the ECB takes evidence of money laundering into account when taking supervisory measures with regard to corresponding risk or governance issues, e.g. a potential confiscation of assets, criminal procedures against staff members of supervised institutions and fines. Evidence of money laundering is also relevant for the ECB’s fit and proper assessment of bank managers*”.

Implementing the European Agenda on Security. The foreign terrorist fighters. The United Nations and the Council of Europe

The atrocious terrorist attacks in Paris on November 13, 2015 showed once more that Europe needs to scale up its common response to terrorism and take concrete actions to combat illegal trafficking of firearms and explosives and terrorism.

On December 2, 2015, the European Commission adopted a package of measures to step up the fight against illegal trafficking of firearms and explosives and terrorism. The package, that is part of the European Security Agenda adopted in April 2015, includes two main elements:

- an Action Plan to step up the fight against criminals and terrorists accessing and using weapons and explosives through a reinforced control of illicit possession and import to the EU;
- a proposal for a directive on combating terrorism (Proposal for a directive), which will strengthen the EU's arsenal in preventing terrorist attacks by criminalising preparatory acts such as training and travel abroad for terrorist purposes as well as aiding or abetting, inciting and attempting terrorist acts.

The Proposal for a directive introduces a comprehensive definition of the crime of terrorist financing, covering the provision of funds that are used to commit terrorist offences and offences related to terrorist groups or terrorist activities.

The criminalisation of terrorist financing includes the provision of funds for the planning or execution of a terrorist attack,

the provision of funds necessary to recruit, train or spread terrorist propaganda and of funds to maintain the activities of a terrorist group.

With reference to the following question “What problem is the proposed Directive on terrorism addressing?”, it has to be highlighted that, as indicated in the document “*Implementing the European Agenda on Security – New measures to combat terrorism and illicit trafficking of firearms and use of explosives*” published by the European Commission on December 2, 2015, EU Member States are faced with an increasing number of EU nationals who travel abroad for the purposes of terrorism. While the phenomenon of so-called “foreign terrorist fighters” is not new, the scale of people travelling to conflict zones, in particular to Syria and Iraq, to fight or train with terrorist groups is unprecedented.

The latest Europol EU Terrorism Situation and Trend report states that the current scale of the phenomenon is growing: by late 2014, over 3,000 persons had departed from the EU to conflict areas, and this is estimated to have now reached 5,000. The number of returnees is also reported to have increased in several Member States.

While foreign terrorist fighters constitute the primary source of concern, the threat posed by home-grown terrorists, radicalised lone attackers and “frustrated” terrorist travellers (for example those who could not leave following seizure of their passport) should not be underestimated.

The cross border dimension of the terrorist threat is not limited to travel to conflict areas. Terrorists use evasive techniques to avoid raising suspicion: they circulate within the EU and may transit through countries other than their country of residence/nationality with a view to circumvent controls and surveillance. Recent attacks perpetrated in the EU demonstrate that terrorists travel to other Member States to carry out attacks or for logistical reasons (e.g. funding, procurement of weapons).

Furthermore, terrorist groups have demonstrated advanced skills in the use of the Internet and new communication

technologies to disseminate propaganda, interact with potential recruits, share knowledge, plan and coordinate operations.

As written in the “Concept note” published on the occasion of the “Special meeting of the Counter-Terrorism Committee with Member States and relevant international and regional organizations on “*Preventing Terrorists from Exploiting the Internet and Social Media to Recruit Terrorists and Incite to Terrorist Acts, while Respecting Human Rights and Fundamental Freedoms*” (New York, December 17, 2015), terrorist groups have proved in recent years that they are particularly adept at utilizing the Internet and social media to facilitate their activities, including incitement to commit a terrorist act, radicalization to violence, recruitment, training, planning, collection of information, communication, preparation, financing and execution of attacks. In addition to Al-Qaida, one terrorist entity that has benefited significantly from information and communication technology is the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL), also known as Daesh. ISIL and its supporters exploit the Internet as a means to broadcast their ideology and has made effective use of the vast reach and rapidly evolving communications environment provided by social media applications, which also serve as a highly effective tool for ISIL recruiters, who have succeeded in attracting a global pool of around 25,000 foreign fighters from over 100 States.

Besides, the Proposal for a directive overhauls the EU's existing legal framework on the criminalisation of offences linked to terrorist activities (the Council framework decision 2002/475/JHA and amending decision 2008/919/JHA). It implements into EU law international obligations, such as the provisions of the:

- United Nations Security Council Resolution 2178(2014) on foreign terrorist fighters (the United Nations is an international organization founded in 1945 that, among other things, combat money laundering, terrorist financing and proliferation of weapons of mass destruction);

- the recently adopted Additional Protocol to the Council of Europe

Convention on the Prevention of terrorism (the Council of Europe) is pursuing a comprehensive approach against money laundering and the financing of terrorism by setting standards in the form of Conventions and recommendations, by monitoring compliance not only with Council of Europe standards but also those of the FATF and other relevant international instruments, and by supporting their implementation through technical cooperation projects. The aforesaid Additional Protocol will make a number of acts, including taking part in an association or group for the purpose of terrorism, receiving terrorist training, travelling abroad for the purposes of terrorism and financing or organising travel for this purpose, a criminal offence. The Protocol also provides for a network of 24-hour-a-day national contact points facilitating the rapid exchange of information. The EU signed the Additional Protocol as well as the Convention on October 22, 2015);

- the FATF Recommendations on terrorist financing.

The Moneyval, the World Bank and the IMF

In addition to the organizations illustrated above, among the most important international bodies in combating money laundering and terrorism financing, there are the Moneyval, the World Bank and the IMF.

The Moneyval was established in 1997 and is a permanent monitoring body of the Council of Europe entrusted with the task of assessing compliance with the principal international standards to counter money laundering and the financing of terrorism and the effectiveness of their implementation, as well as with the task of making recommendations to national authorities in respect of necessary improvements to their systems. Through a dynamic process of mutual evaluations, peer review and regular follow-up of its reports, Moneyval aims to improve the capacities of national authorities to fight money laundering and the financing of terrorism more effectively. The World Bank and the IMF have identical goals with regard to anti-money laundering and combating the financing of terrorism and work jointly in all of their efforts to achieve those goals.

In April 2001, the two Boards of Executive Directors of the World Bank and the IMF recognized that money laundering is a problem of global concern that affects major financial markets and smaller ones. Taking into account that money laundering has potentially devastating economic, political and social consequences for countries that are in the process of developing domestic economies and building strong financial institutions, the World Bank recognized that money laundering can impose important costs upon developing countries. The IMF recognized that money laundering has a full range of macroeconomic consequences, including unpredictable changes in money demand, risks to the soundness of financial institutions and financial systems, and increased volatility on international capital flows and exchange rates due to unanticipated cross border transfers.

Following the events of September 11, 2001, the World Bank and IMF Boards of Executive Directors adopted action plans to enhance efforts for anti-money laundering and combating the financing of terrorism.

Barbara BANDIERA
Studio Legale RCC
Milan, Italy
barbara.bandiera@rclex.com

1 On January 15, 2014, the Basel Committee on Banking Supervision issued a set of guidelines ("Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism") to describe how banks should include the management of risks related to money laundering and financing of terrorism within their overall risk management framework.

These guidelines are consistent with the FATF Recommendations and supplement their goals and objectives. The risk management guidelines published on January 15, 2014 include cross-references to FATF standards to help banks comply with national requirements based on those standards.

2 "Proliferation financing" refers to the act of providing funds or financial services which are used, in whole or in part, for the manufacture, acquisition, possession, development, export, trans-shipment, brokering, transport, transfer, stockpiling or use of nuclear, chemical or biological weapons and their means of delivery and related materials (including both technologies and dual use goods used for non-legitimate purposes), in contravention of national laws or, where applicable, international obligations.



UIA EVENTS

*All information provided on this calendar is subject to change.
Please refer to the UIA Website www.uianet.org for additional details.*

SAMSUN – TURKEY

May 20-21, 2016

- Legal Solutions to the Refugee and Migration Crisis

PARIS – FRANCE

May 30-31, 2016

- ★ Training course in English
- Mediation Advocacy: Skills and Strategies for Legal Representatives in Mediation

TOKYO – JAPAN

May 30-31, 2016

- Avoiding Pitfalls when Trading in Europe: Important Differences between European and Japanese Laws

HONG KONG – CHINA

June 2, 2016

- Avoiding Pitfalls when Trading in Europe: Important Differences between European and Hong Kong Laws

MARBELLA – SPAIN

June 3-4, 2016

- Intellectual Property in the Entertainment Industry

VERONA – ITALY

June 10, 2016

- Import – Export of Food Products: Recurrent Problems

LONDON – UNITED KINGDOM

June 17, 2016

- Countering the Biggest Risks to Business

and more events at
www.uianet.org



En Europe, le mandat d'arrêt fait maintenant la Loi

I Maxime DELHOMME

Le moteur de la construction de l'Europe peut être vu comme une grande machine d'unification par le droit avec un double système judiciaire : d'un côté, à Luxembourg, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dont le nombre de juges va d'ailleurs progressivement doubler à l'horizon 2019, qui contrôle essentiellement des questions matérielles, commerciales, et de l'autre, à Strasbourg, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui traite les questions touchant aux personnes.

Créer des normes qui, après les frontières, font tomber les barrières non tarifaires est une chose, mais les limites de l'exercice européen apparaissent avec la tentative de formaliser un droit uniforme pour tous, et plus particulièrement en matière pénale, domaine de souveraineté s'il en est.

Ainsi porte-t-elle bien son nom la « clause de frein » du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 qui permet à chaque membre de ne pas se voir imposer ce qui « porterait atteinte aux principes fondamentaux de son système de justice pénale »¹.

C'est à ce titre qu'il faut rappeler que le pénal, c'est d'abord définir ce qui est interdit et que l'interdit doit être compréhensible par le citoyen. Chacun l'énonce avec ses mots, dans sa langue, et sa culture. Et puis, en vertu du principe de la légalité des délits, cet interdit doit émaner de ses représentants parlementaires nationaux, les seuls à qui le citoyen ait donné le pouvoir de le lui imposer.

C'est une évidence que chaque pays membre reste sous le contrôle de son législateur mais l'Europe est aussi une réalité de la vie de tous aujourd'hui.

Cela met les gouvernements en porte-à-faux car si les délinquants peuvent jouer en sautant des frontières qui n'existent plus physiquement, le sentiment populaire sera celui qu'il y a une impunité des criminels et cela, tout le monde sait qu'il n'y a rien de plus dangereux pour les gouvernements qui montrent toujours beaucoup d'énergie à essayer de s'en prémunir.

Ne pouvant unifier le droit pénal et ne pouvant heurter la souveraineté de chacun de leurs peuples, ils vont laisser aux instances communautaires le soin de parvenir à l'objectif par rebond.

Là où cela prend une tournure plus brutale qu'à l'habitude c'est que ce ne sont pas des citoyens qui font valoir leurs droits d'un état à l'autre mais des autorités répressives auxquelles il est donné la possibilité d'émettre des demandes de coopération jusqu'à l'arrestation de ceux qu'elles veulent.

Ainsi, au-delà des coopérations purement policières forgées au fil du temps, qui visent principalement à obtenir des renseignements, c'est donc l'instauration du mandat d'arrêt européen qui modifie maintenant significativement l'existence des citoyens de l'Union.

Sont en effet écartées les procédures ancestrales d'extradition, parce qu'elles sont longues car complexes du fait des recherches de correspondance des droits

La nécessité de poursuites effectives est compréhensible et c'est donc par le biais de la procédure que les membres devront harmoniser leur droit substantiel.

Le biais utilisé pour ainsi faire une intégration totale sans affronter les complexités de chaque parlement va être très simple : déclarer qu'ils ont tous déjà parfaitement légiféré.

C'est l'utilisation du principe classique de reconnaissance mutuelle mais il s'agit ici de reconnaître la validité de l'ensemble du domaine pénal², tant procédural que substantiel de chaque pays vis-à-vis des autres et non plus simplement des diplômes ou d'autres qualifications personnelles.

prétendument violés et de la crédibilité des atteintes qui leur auraient été portées.

Et surtout, il s'agit toujours, à la fin du processus, d'une décision de nature politique dont le pouvoir exécutif épargnait ses nationaux.

L'Europe ne supporte plus ces délais et ces atermoiements. Il s'agit maintenant, nous dit-on, d'agir promptement et sans faux fuyants. Le mandat d'arrêt applicable dans l'Union ne passe plus que par le canal judiciaire³ et ne

doit être refusé principalement qu'en cas de minorité au-dessous de 13 ans ou si les faits ont déjà fait l'objet de poursuites dans l'état requis, ce qui donc, dans le cas contraire, implique que l'on ne peut pas refuser par principe de remettre un national.

Pour avoir une chance de ne pas être transféré, il ne reste alors plus comme possibilité que de démontrer que la poursuite serait animée par des motifs de discrimination de toute nature, origine ethnique, de race, de politique, d'orientation ou d'identité sexuelle entre autres, c'est-à-dire pour résumer, de mauvaises intentions.

L'exigence de principe d'une incrimination dans les deux pays est ici contournée par l'établissement d'une liste d'une trentaine d'intitulés de tout ce qui est réputé incriminable dans tous les pays de l'Union, sans que les crimes et délits n'y soient précisément définis

Autrement dit, la seule limite pour considérer qu'un pays plus ou moins voisin ne serait pas digne d'être servi dans sa demande d'arrestation et de transfert de celui dont ses autorités de poursuite estime qu'il est suspect serait de démontrer, dans son cas, une violation quasi certaine des règles érigées par la CEDH.

Mais puisque dans l'Union il a été dit par la reconnaissance mutuelle que tous avaient un suffisamment bon système, comment alors plaider qu'un des membres serait si défaillant au regard des droits de l'homme ?

Dire qu'il y a une violation des droits de l'homme chez le voisin serait si vexatoire et si susceptible du même blocage en retour qu'il est évident que l'argument sera si difficilement admis que le détenu qui résisterait à acquiescer à son transfert ne fera qu'attendre plus longtemps celui-ci en détention.

Cette détention dans le but de « servir » le mandat n'est d'ailleurs pas un sujet anodin et il suffit de prendre un exemple concret auquel nous serons facilement sensibles puisqu'il fut vécu par l'une de nos consœurs.

Inscrite au barreau de Paris, elle visita un de ses clients détenu en Belgique à peu près au

moment où celui-ci préparait, avec des aides extérieures, une évasion d'une particulière violence.

Le fait que notre consœur ait un nom indiquant une origine géographique proche de celle de son client a pu jouer dans l'imagination qu'elle avait peut-être été sa complice.

Toujours est-il qu'en vertu d'un mandat d'arrêt émis par un juge belge elle fut arrêtée et détenue pendant les 15 jours nécessaires à la procédure de transfert alors qu'elle avait accepté celui-ci sous la seule réserve du principe de spécialité, qui veut que le mandat ne puisse être ultérieurement étendu à d'autres faits.

Le juge requérant la relâche immédiatement après sa comparution mais cette détention intermédiaire pose évidemment question. Normalement, celui qui est arrêté peut faire valoir ses droits dans un délai court devant un juge qui peut décider qu'il y a ou non des raisons de prolonger la détention. Principe assez connu de l'*Habeas Corpus*. Ici, c'est le juge lointain, par sa décision initiale de délivrer mandat, qui est à l'aveugle le maître d'un jeu de pions.

Chacun comprendra ce qu'il peut y avoir de choquant pour la personne qu'il suffisait peut-être tout simplement de convoquer.

De fait, il est à conseiller de ne pas mépriser les convocations d'un service d'enquête étranger car ses pouvoirs coercitifs sont impressionnants.

La nécessité de poursuites effectives est compréhensible et c'est donc par le biais de la procédure que les membres devront harmoniser leur droit substantiel.

C'est la méthode européenne et elle l'énonce clairement.

Lorsque la recommandation initiale pour mettre en œuvre le procédé du mandat d'arrêt européen a dit qu'il serait une « pierre angulaire » de l'intégration, c'était bien consacrer l'effet de levier de l'action policière mettant en suspension toute critique des systèmes nationaux laissés dans leurs états respectifs.

Dans un premier temps, il n'est touché à rien mais par un habile contournement les coutumes des uns et des autres sont fondues dans un creuset unique sous le seul chapitre de la CEDH.

C'est un vieil adage que la procédure précède le droit.

Qui pouvait imaginer, il y a encore quelques années, et cela n'est qu'un exemple récent, que la France remettrait, sans que cela choque plus que cela, une de ses concitoyennes basque à l'État espagnol ?

Est-ce à dire que ni les uns ni les autres n'avons plus de crainte à être jugés dans l'inconfort d'un pays étranger ?

En tous cas, en droit maintenant, nous ne pouvons plus prétendre avoir cette crainte.

Que ce passage en force n'ait finalement provoqué aucun rejet de l'opinion publique peut faire croire à l'acceptation de l'intégration européenne, mais il faudra quand même un jour oser aborder en commun les questions de fond.

Maxime DELHOMME
Directeur des Relations
avec les Concours Internationaux de l'UIA
SCP Delhomme
Paris, France
maxime@delhomme-avocats.fr

1 Art. 82 et 83 du TFUE.

2 Art. 82, § 1 TFUE : « 1. La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires (...) ».

3 Le mandat d'arrêt européen est issu de la décision cadre 2002/584/JAI, du 13 juin 2002. Cette date a de l'importance : il est en effet important de souligner que la décision cadre a été approuvée lors du Conseil européen de Laeken, en décembre 2001, c'est à dire trois mois après les attentats du 11 septembre. Aux termes de l'article 1 de cette décision-cadre, il est défini comme « une décision judiciaire émise par un Etat membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre Etat membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté ».



La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y en concepto de capacidad jurídica

I María BOADA DESCALZO

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) entró en vigor el 3 de mayo de 2008, alcanzando, según UN Enable, el mayor número de firmantes de la historia a una convención de la ONU en su primer día¹. Según indica su artículo I, su propósito es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”, indicando que éstas “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Si bien esta convención no es la única que regula los derechos que en ella se mencionan y no es la primera vez que el tema de la discapacidad se trata a nivel internacional, todos coinciden en su consideración como un gran logro que tendrá un impacto – más o menos relevante – en casi el 15% de la población mundial, afectándonos a todos un día u otro². Ello sin duda tuvo que ver con la alta contribución de las ONGs, las asociaciones y las propias personas con discapacidad desde el primer momento en el proceso de negociación y redacción, proporcionando una experiencia de primera mano, reflejando las necesidades y visiones de este grupo de personas.

Como puntos característicos podemos mencionar, además de la participación de la sociedad civil, la buena acogida de la CDPD

por muchos países y el hecho de que sea un instrumento vinculante para los Estados Parte, a diferencia de los instrumentos de soft law existentes hasta ahora.

Asimismo, la CDPD aporta una definición (o “no definición”) de “discapacidad”, que no es cerrada y afirma su condición evolutiva. La CDPD no examina la “discapacidad”

como uno de sus pilares. Como veremos, su pleno reconocimiento y aplicación en la forma prevista en la CDPD también dejará su huella en la legislación nacional, requiriendo en muchos casos profundos cambios legales y la inversión en medios materiales y humanos para cumplir con los requisitos en ella establecidos.

De hecho, muchos de los abusos a las personas con discapacidad están relacionados con la privación de activos o su uso sin su autorización real.

en su artículo 2 – “definiciones” – sino en el preámbulo: “e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Esta referencia se repite en el artículo I, que establece el propósito de la CDPD, especificando las deficiencias, que pueden ser “físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”.

En cuanto a la implementación de la CDPD, al igual que en otros convenios internacionales básicos de derechos humanos, se establece un Comité y una Conferencia de los Estados Parte que tendrá en cuenta cualquier asunto en relación con su aplicación y se reunirá regularmente (artículos 34 y 40).

Respecto de los derechos previstos en la CDPD, uno de los más significativos es la autonomía, siendo considerado por muchos

Igual reconocimiento como persona ante la ley: “Independientes pero no solos”³

Dada su importancia, se transcribe literalmente a continuación el artículo 12 de la CDPD – igual reconocimiento como persona ante la ley –:

“I ■ Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2 ■ Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3 ■ Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4 ■ Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5 ■ Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

Respecto de la capacidad jurídica, punto clave, de la lectura del artículo 12.2, junto con el 12.3, puede desprenderse que sólo existe “una” capacidad, una capacidad jurídica, que comprende la capacidad de ser sujeto de derechos y deberes, y también de ejercerlos. Para aquellos Estados Parte que diferencian entre la capacidad jurídica y capacidad de obrar, ello implica un cambio, ya que en general todos los sistemas de protección previstos están condicionados y son proporcionales a la capacidad de obrar.

Los referidos artículos 12 prevén que no todas las personas con discapacidad pueden tomar o expresar decisiones por sí mismos y ejercer su capacidad jurídica – pero no porque carezcan de ella –. Los Estados Parte les proporcionarán la ayuda necesaria, y deberán tomar las medidas apropiadas para que puedan acceder a este apoyo el cual, según afirma el Comité en los párrafos

16 a 19 y 27 de su comentario general que veremos, “es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”, variará de una persona a otra y deberá, y, entre otros, debe estar exento de discriminación.

Teniendo en cuenta la situación particular de las personas con discapacidad y el hecho de que están expuestas a abusos, el artículo prevé salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica. Deberán ser siempre proporcionales y adaptadas al caso, respetuosas con la persona, su voluntad y autonomía, lo más cortas posible, controlables y revisables.

Por último, el párrafo 5 del artículo da importancia a los bienes personales, a la propiedad, y al acceso y mantenimiento de los mismos, al ser recursos para una vida de calidad, independiente y autónoma. De hecho, muchos de los abusos a las personas con discapacidad están relacionados con la privación de activos o su uso sin su autorización real.

Interpretación del artículo 12 de la CDPD

El contenido del artículo 12 de la CDPD no ha estado exento de discusión al no quedar claro si los mecanismos de toma de decisiones sustitutivos tienen que ser eliminados para siempre y si la capacidad jurídica incluye intrínsecamente la capacidad de obrar. Ello se debe a las diferentes concepciones presentes en los sistemas jurídicos de los Estados Parte dada la separación habitual entre capacidad jurídica – presente en todo caso – y capacidad de obrar – que puede ser modulada o limitada, por las autoridades públicas, bajo ciertas circunstancias –. Asimismo, a partir de una interpretación literal del artículo, no está claro si se permite – como última opción – un régimen de toma de decisiones sustitutivo. De hecho, el artículo 12 ya creó debate en las negociaciones de la CDPD y varios Estados Partes hicieron reservas o declaraciones interpretativas.

El Comité de la CDPD, que puede adoptar, por consenso, comentarios o recomendaciones, emitió un borrador de su primer comentario general el 24 de

noviembre de 2013, algunos años después de la entrada en vigor de la CDPD y después de recibir informes de los Estados Parte, centrándose, precisamente, en el artículo 12: su significado debía clarificarse dada su importancia y el hecho de que aquél consideraba que se había producido un malentendido por parte de los Estados Parte en cuanto a su ámbito de aplicación.

Varios Estados Parte y entidades presentaron sus puntos de vista al Comité con respecto del referido borrador, emitiendo el Comité, posteriormente, su comentario general definitivo n° 1 (2014) sobre el artículo 12⁴.

Además de abordar en primer lugar cada uno de los párrafos del artículo 12, el Comité especifica el significado de la capacidad jurídica, y su vínculo necesario a la capacidad de obrar. Los párrafos 13, 14 y 15 del documento revelan la posición del Comité cuyos comentarios, a pesar de no tener carácter vinculante, tienen un impacto interpretativo nada despreciable.

El párrafo 14, que transcribimos literalmente a continuación, es esencial ya que describe la capacidad jurídica y deja clara su naturaleza:

“14 ■ La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas.

La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano.

Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse. El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación. [Énfasis añadido]

El párrafo 14 es completamente nuevo, no existiendo en el primer borrador. Entendemos que debido a algunas duras críticas de los Estados Parte y, para evitar dudas, el Comité prefirió dedicar un párrafo entero a ello, eliminando zonas grises, considerando que la capacidad jurídica y capacidad de obrar son un tandem necesario e inseparable y estando la capacidad de obrar dentro de la capacidad jurídica. Considerar un enfoque distinto, implicaría tratar a las personas con discapacidad diferente debido a esta situación, discriminándolos, una de las principales actitudes prohibidas por la CDPD.

Aquellos que critican esta visión – como Dinamarca o Francia – apuntan al hecho de que en casos extremos – personas en un estado vegetativo permanente o con demencia avanzada –, no se puede aportar apoyo alguno y que en algunos de los instrumentos de soft law anteriores a la CDPD, como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971, no se hacía la referida distinción y se reconocía la posibilidad de toma de decisiones sustitutiva. Sin embargo, no todas las posiciones estuvieron en contra del parecer del Comité – como las de Inclusión International o la World Federation of the Deaf³.

Es preciso tener en cuenta, respecto de los derechos previstos en la CDPD, que gran parte de ellos implican la libertad del individuo para hacer o no hacer algo, tal y como se indica en el párrafo 31 del comentario: “[e]l reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención [...]. El no reconocimiento de la

personalidad jurídica de la persona compromete notablemente su capacidad de reivindicar, ejercer y hacer cumplir esos derechos y muchos otros derechos establecidos en la Convención”. Si tenemos en cuenta que la capacidad de obrar, que se incluye en la capacidad jurídica, no puede ser modulada de acuerdo con la gravedad de la discapacidad, estamos reconociendo que todo el mundo, con discapacidad o no pueden ejercitar todos sus derechos, independientemente de su naturaleza.

Tras el análisis del comentario no hay duda de la posición del Comité sobre el alcance y las implicaciones de la capacidad jurídica y cómo llevar a cabo su ejercicio. En cuanto a los próximos pasos a seguir, esta conceptualización de la capacidad jurídica implica no sólo la eliminación del sistema actual de los regímenes de toma de decisiones sustitutivos, sino también el establecimiento de un sistema de apoyo y control para llevar a cabo todo el cambio. Será preciso ver cómo se acaba incorporando la CDPD realmente en los ordenamientos jurídicos y cómo se materializa, interpreta y traslada a los casos concretos.

El Comité no es ajeno a este reto y prevé implícitamente en el párrafo 10 de su comentario en su comentario que el artículo 12 traerá debate y necesitará aclaraciones posteriores.

Maria BOADA DESCALZO
Roca Junyent
Barcelona, España
boada@rocajunyent.com

I UN Enable es “la página Web oficial de la Secretaría de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (SCDPD) en la División de Política Social y Desarrollo (DPSD) del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (DAES), en la Secretaría de las Naciones Unidas”. (Texto original en inglés. Traducción libre de la autora). <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=17>

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en

Último acceso el 8 de marzo de 2016.

El texto original de la CDPD: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

2 Organización Mundial de la Salud. Discapacidad y salud. Nota descriptiva N°352. Revisada en diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/es/>

Informe mundial sobre la discapacidad. 2011, Página 3.

Disponible en:

http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/

international.org/wp-content/uploads/2014/06/Independent-But-Not-Alone.pdf

4 A los efectos del presente trabajo se mencionarán únicamente los puntos más relevantes del comentario definitivo, debiendo omitir, algunas menciones muy interesantes.

El borrador del comentario general está disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>

El comentario general definitivo al que hacemos referencia en el presente artículo está disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>

5 Las posiciones de los diferentes estados u organizaciones están disponibles en:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>



La trazabilidad como categoría jurídica

I Urquiola DE PALACIO

En un mundo cada día más globalizado, en el que el consumidor pierde el contacto directo con la producción de los productos que consume y el operador económico llega también a perder el contacto con el producto en cuya cadena de valor añadido interviene, los potenciales riesgos que los productos pueden comportar para la salud y seguridad del consumidor, la propiedad intelectual e industrial, la seguridad ciudadana y de los estados, y la recaudación de impuestos y tributos, dibujan la necesidad de establecer sistemas que permitan la trazabilidad de los productos.

una amplia variedad de contenidos y de significados que dificultan su funcionalidad en el campo del derecho. Lo único claro e inmediatamente perceptible es que la trazabilidad sería una cualidad que permite el control de un bien desde el inicio de su producción hasta su consumo.

Más allá de esta intuición se abre un mundo en que los métodos, las técnicas y los instrumentos que configuran las soluciones de trazabilidad son absolutamente heterogéneos; y la introducción de exigencias de esta naturaleza en distintos sectores está dando lugar a regulaciones

la medida en el sector en que se establece, para adecuar las exigencias que se requieran de los sistemas de trazabilidad a dichos objetivos.

En este sentido, nos encontramos ante situaciones absolutamente heterogéneas. En efecto, nada tiene que ver, por ejemplo, una regulación como la alimentaria – sector pionero en requerirla – en el que sólo se impone el cumplimiento de unos objetivos genéricos, con el fin de rastrear cualquier alimento, pienso, producto animal o sustancia que vaya a ser utilizado para el consumo, a través de todas las etapas de producción, procesamiento y distribución¹; con las regulaciones que se están desarrollando en relación a sectores como el de los medicamentos, o de los productos del tabaco, en cuyos sectores además de pretender la transparencia en los procesos de elaboración, distribución y venta, se establecen estrictos requerimientos de autenticación del producto y se pretende imponer un control externo al operador.

En el sector alimentario, la trazabilidad y la introducción de la posibilidad de recuperación de un producto son importantes, porque permiten a sus empresas responder rápidamente ante incidentes de seguridad o calidad alimentaria [...].

El término de trazabilidad se acuñó en 1996, para referirse a las soluciones ideadas para responder a las exigencias de los consumidores, ante las crisis sanitarias desencadenadas en Europa por la detección de la variante humana de la encefalopatía espongiforme bovina (o “enfermedad de las vacas locas”).

En este sentido la trazabilidad, como concepto inicialmente acuñado para designar determinados requerimientos de la logística de las empresas, ofrece una engañosa apariencia ya que permite una percepción intuitiva muy inmediata, pero encierra

específicas de ámbito internacional, regional y local de lo más variadas.

Las soluciones de trazabilidad permiten identificar el origen de los componentes del producto y del producto en sí, la historia de los procesos aplicados al producto y la distribución y localización a lo largo de la cadena de suministro; llegando hasta su entrega al consumidor final, con identificación de éste cuando la naturaleza del producto así lo requiere. Asumida esta funcionalidad primigenia, se impone inmediatamente a los reguladores la tarea de definir claramente los objetivos de

En el sector alimentario, la trazabilidad y la introducción de la posibilidad de recuperación de un producto son importantes, porque permiten a sus empresas responder rápidamente ante incidentes de seguridad o calidad alimentaria, garantizando de este modo que se prevenga o minimice la exposición del consumidor al producto afectado. Todas las empresas del sector deben ser capaces de identificar el paso anterior y el paso posterior de la cadena alimentaria (este último no se aplica a las empresas que venden directamente al consumidor final).



Existen requisitos legales que obligan a mantener registros, aplicar información de trazabilidad al producto y/o documentos y proporcionar esta información a la autoridad competente, según sea necesario. Adicionalmente, existe legislación específica por sectores que se aplica a determinados alimentos como frutas y verduras, semillas germinadas, vacuno, pescado, miel, aceite de oliva, organismos genéticamente modificados (OGM) y animales vivos.

En este ámbito, se han desarrollado infinidad de soluciones de trazabilidad adaptadas a los diferentes productos, y son los operadores económicos los responsables de implantar y monitorizar el sistema. En la práctica totalidad de los casos, nada impide que se duplique el etiquetado, nada securiza los códigos haciéndolos inseparables del producto que identifican y nada identifica de forma securizada el propio producto asociado al código. Quizá el futuro evolucione hacia la mejora de los sistemas de trazabilidad existentes en esta dirección, pero debe ser sobre un criterio de “máquina en marcha”.

En cambio, los requerimientos en el ámbito citado de los medicamentos demandan un mayor control, y plantean la ineludible exigencia de un sistema de trazabilidad securizado que no sólo permita la identificación de movimientos de los

productos, su composición y modificaciones, sino que excluya la posibilidad de todo tipo de fraude, falsificación o copia.

Respecto de los medicamentos, las exigencias de trazabilidad han ido evolucionando. La Unión Europea sigue trabajando en los Actos Delegados derivados de la Directiva 2011/62/UE, para cumplir con la previsión de su artículo 54 para que sea implantado un dispositivo de seguridad europeo que permita verificar la autenticidad del medicamento, e identificar envases individuales, así como verificar si el embalaje exterior ha sido manipulado. En el mismo ámbito desarrollan esfuerzos otras Organizaciones como el Consejo de Europa o la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Por su lado, los reguladores también trabajan para introducir y perfeccionar este tipo de exigencias en el sector del tabaco. En el ámbito de la Unión Europea nos encontramos de nuevo con una Directiva – la 2014/40/UE – pendiente de complementar en este punto por los Actos Delegados; y en el ámbito internacional, nos encontramos con el texto del primer Protocolo al Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco – “para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco” – que establece medidas de control de la cadena de suministro y fomenta la cooperación internacional. Este instrumento

internacional se encuentra pendiente de recibir las ratificaciones – e instrumentos de adhesión – suficientes – cuarenta – para entrar en vigor.

Su artículo 8 dibuja un sistema completo de trazabilidad securizada, pues exige que el sistema de identificación sea seguro – inamovible e infalsificable – y que los códigos del sistema de identificación incorporen al menos las especificaciones de origen y destino de cada uno de los productos del tabaco. Además se incorpora otro elemento, que pone de relieve un aspecto esencial del sistema trazabilidad: el de instrumento para reforzar el control público, motivado por la acreditada participación de las tabaqueras en el contrabando de tabaco a escala global en el pasado y por la capacidad de influencia de estas que pudiera pervertir o contaminar el sistema.

El control de las autoridades e instituciones adquiere aquí todo su relieve. Frente a otros sectores industriales en los que se responsabiliza de la trazabilidad a las empresas del sector, este texto prevé que las obligaciones de trazabilidad impuestas se asignan a las Partes y se especifica que “no serán cumplidas por la industria tabacalera ni delegadas en esta”. Además se establece en esta materia que “cada Parte velará porque sus autoridades competentes, al participar en el régimen de seguimiento y localización,

mantengan con la industria tabacalera y quienes representen sus intereses tan solo las relaciones que sean estrictamente necesarias para aplicar el presente artículo”².

Esa variedad de objetivos impone también a los reguladores la obligación de modular específicamente las responsabilidades de los operadores económicos intervenientes en cada proceso. En este sentido, un sistema “abierto” que permita y requiera de la intervención de los operadores económicos, incrementa el riesgo de que el control que la trazabilidad proporciona sea inefectivo, o que no cumpla todos los objetivos para los cuales fue diseñado, pero puede justificarse en un mercado masivo, donde los intereses de la industria y del regulador son coincidentes. Paralelamente, en estos casos, se suele producir una extensión de las responsabilidades jurídicas de los operadores creando un vínculo solidario y una “posición de garantía” de todos ellos frente a los consumidores y la Administración.

Un sistema “cerrado”, donde la trazabilidad se impone y se opera desde fuera de las empresas, sobre todo si dicha trazabilidad es llevada a cabo por la propia Administración, excluye muchos riesgos, al tiempo que asegura una distribución de responsabilidades más clara y mejor determinadas.

Estos retos de los reguladores anticipan los retos a los que ya nos enfrentamos los Abogados y que son crecientes ante la pujante realidad de esta categoría jurídica.

Por ver uno de los aspectos, cada sistema de trazabilidad debe encajar en el sistema de comercio internacional. Esto es fuente de conflicto. Los requerimientos de trazabilidad deben sustentarse en un consenso científico y ser necesarios para proteger bienes esenciales. En caso contrario, se convierten en obstáculos técnicos al comercio contrarios al Convenio GATT. Por ejemplo, se suscitó³ que el sistema de trazabilidad alimentaria europeo, que busca – entre otras cosas – evitar y controlar la introducción de OGM en los productos, constituye una discriminación al no existir consenso científico sobre el carácter perjudicial de los citados OGM, y ser desproporcionada al existir otros medios alternativos con menor impacto en el comercio. La dificultad

de justificar cada sistema de trazabilidad introducido por los reguladores nacionales, regionales o internacionales es una fuente potencial de litigación.

Descendiendo a cada contrato específico, queda patente en la jurisprudencia internacional sobre compraventa de mercaderías que muchos contratos no resuelven el problema que puede surgir de la ignorancia o el cambio de las normas imperativas del país del comprador o del país de destino de los bienes. Cuando el contrato no prevé los problemas que pueden derivarse de estas regulaciones, el contrato debe ser integrado con las previsiones del Derecho nacional, normalmente el ordenamiento jurídico del país de la parte con mayor poder negociador, que lo ha impuesto. Si no existe una cláusula específica referente a la ley aplicable al contrato, la solución tradicional es la integración del contrato según las reglas del Derecho internacional privado, que remitirán a una ley no siempre fácilmente predecible.

En este contexto, se hace necesaria una minuciosa distribución de riesgos y responsabilidades, pactando expresamente estos y aquellas (así, prever los incumplimientos y cumplimientos defectuosos, los riesgos en aduanas y mercados, los cambios de normativa, etc.); se debe pactar expresamente extender la trazabilidad del proceso seguido al país del vendedor – aunque no sea obligatoria en dicho país – para cumplir las exigencias de trazabilidad en el país del comprador; y es necesario evaluar la validez de todos y cada uno de estos pactos a la luz de la legislación aplicable, que conviene dejar fijada en el contrato.

Me he referido a distintos sectores en los que esta cuestión se suscita, para ver la diversidad de formas en que el regulador las aborda. No son los únicos. Las exigencias de seguridad en diversos ámbitos nos empujan inevitablemente a implementar soluciones de trazabilidad. La variedad de las mismas y la asimetría entre países puede ser un factor de distorsión importante en el comercio internacional y, por ello, cada regulación referida a trazabilidad debiera adoptarse teniendo en cuenta los derechos que se pretenden proteger – ya sea derecho a

la salud y seguridad del consumidor, o la propiedad intelectual e industrial, la seguridad ciudadana y de los estados, o la recaudación de impuestos y tributos, que se identifican como primordiales en prácticamente todos los casos –, procurando su generalización del modo más homogéneo posible. En base a ello se podrá construir un comercio internacional más sencillo basado en la confianza recíproca de los operadores económicos, de éstos en los Estados y organizaciones supranacionales y de los dos últimos entre sí.

Urquiola DE PALACIO

Directora Independencia

de la Profesión de la UIA

Palacio y Asociados, Abogados

Madrid, España

urquiola.palacio@palacioyasociados.com

¹ Reglamento (CE) N° 178/2002 de 28 de enero de 2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

² Protocolo para la Eliminación del Comercio Ilícito de Productos del Tabaco, Artículo 8, epígrafes 12 y 13.

³ Véanse las observaciones ante la Comisión del Codex Alimentarius en 2002. CX/FBT 02/8 febrero de 2002. ftp://ftp.fao.org/codex/Meetings/CCFBT/ccfbt3/bt02_08s.

For the purpose of the article entitled “La trazabilidad como categoría jurídica” SICPA Security Solutions SA authorizes the magazine Jurista International to use the SICPA image showing a smartphone authentication of a SICPA label applied on wine bottle, for public dissemination.



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

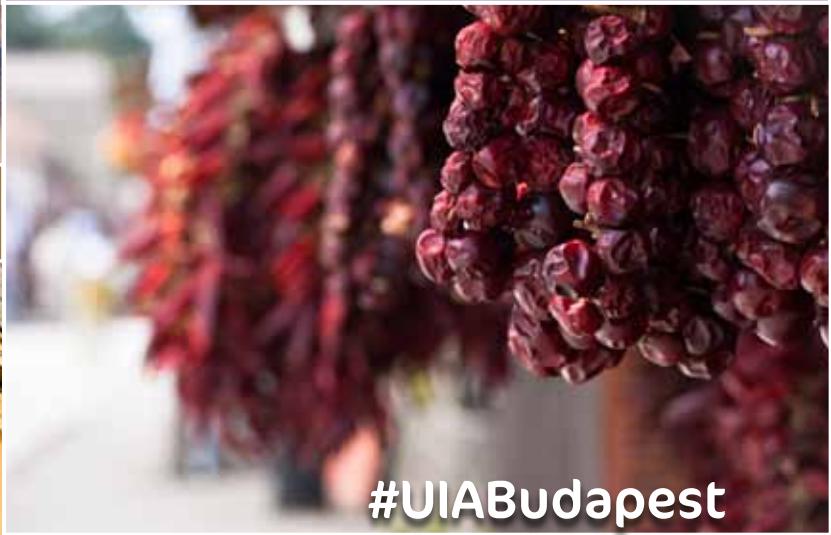
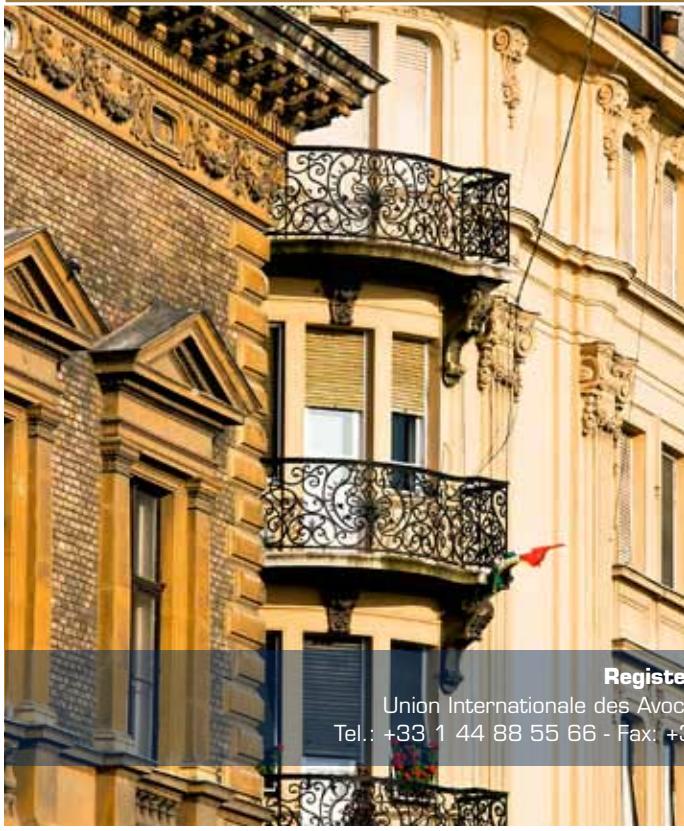


BUDAPEST



60th Congress
October 28
November 1, 2016

SAVE THE DATE



#UIABudapest



Register at: www.uianet.org

Union Internationale des Avocats - 25 rue du Jour - 75001 Paris - France
Tel.: +33 1 44 88 55 66 - Fax: +33 1 44 88 55 77 - Email: uiacentre@uianet.org

PUBLICATION DE L'UIA / UIA PUBLICATION / PUBLICACIÓN DE LA UIA

Directeur de la Publication / Publication Director / Director de la Publicación
Président Jean-Jacques UETTWILLER

Union Internationale des Avocats (UIA)

25, rue du Jour
75001 PARIS (France)
Tel. +33 1 44 88 55 66 - Fax. + 33 1 44 88 55 77
E-mail : uiacentre@uiianet.org
Site Web : www.uiianet.org
ISSN : 0758-2471

ÉQUIPE DE REDACTION / EDITORIAL TEAM / EQUIPO DE REDACCIÓN

Nicole VAN CROMBRUGGHE,
Rédacteur en Chef / Chief Editor / Redactor Jefe

Jerome ROTH,
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

Franco VILLA,
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

Directeurs de rubriques / Section Directors / Directores de sección

Actualités de l'UIA / UIA News / Novedades de la UIA
Paolo LOMBARDI

Droits de l'Homme et de la Défense / Human Rights and Protection of Lawyers /
Derechos Humanos y de la Defensa
Carlos FATÁS MOSQUERA » Martin PRADEL

La Profession d'Avocat / The Legal Profession / La Abogacía
Franco VILLA » Francis GERVAIS

Pratique du Droit / Legal Practice / Ejercicio de la Abogacía
Marc GALLARDO MESEGUER » Gavin LLEWELLYN

Correspondant Afrique / Correspondent for Africa / Correspondiente África
Arthur BALLE

Correspondante Jeunes Avocats / Correspondent for Young Lawyers / Correspondiente Jóvenes Abogados

Elisabeth McGOWAN

Secrétaire de Rédaction / Editorial Assistant / Secretaria de Redacción
Marie-Pierre RICHARD

RÉGIE PUBLICITAIRE / ADVERTISING SALES AGENCY/ AGENCIA DE MEDIOS

SEEP - Régis LAURENT
7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél. : +33 1 47 27 50 05
seep@wanadoo.fr

MAQUETTE ET EDITION / DESIGN AND EDITIONS / MAQUETA Y EDICIÓN

BE TREND - yann.populaire@orange.fr
Tirage - Distribution / Circulation - Distribution / Tirada - Distribución
3000 exemplaires / copies / ejemplares

Crédit photos / Photos credit / Crédito fotos

» © Philippe CHANCEL » PI9 © Milena Perdriel - milena@pcomme.com » P65 © SICPA Security Solutions SA



TRADUCTEURS ET INTERPRÈTES PROFESSIONNELS

SPÉCIALISTES DE LA TRADUCTION **JURIDIQUE ET FINANCIÈRE**

Nos clients :

institutions | notaires | avocats



PROFESSIONAL TRANSLATORS AND INTERPRETERS

SPECIALISTS IN **LEGAL** AND FINANCIAL TRANSLATION

Our clients:

institutions | notaries | lawyers



TRADUCTORES E INTÉRPRETES PROFESIONALES

ESPECIALISTAS EN TRADUCCIÓN **JURÍDICA Y FINANCIERA**

Nuestros clientes:

instituciones | notarios | abogados



TRADUCTION & INTERPRÉTATION

8 RUE RAMEAU | BP 90235 | 78002 VERSAILLES CEDEX | FRANCE | +33 (0)1 39 24 88 55

catherine.granell@cgtraduction.fr | www.societetraduction.fr

SOFTWARE FOR LAWYERS AND LEGAL DEPARTMENTS

CICERO LawPack is specialized in software for lawyers for over 30 years. Because of a very personal approach and the continuous improvement and development of new applications we make your work easier and more efficient.

Benefit from our cloudsolution. All your devices connected and synchronised:



Discover the possibilities of CICERO LawPack

www.cicerosoftware.com
sales@cicerosoftware.com

CICERO
LawPack
®