

2016.2

juriste

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

Union Internationale des Avocats

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

SPECIAL BUDAPEST CONGRESS



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



LexisNexis®
GLOBAL LEGAL SOLUTIONS PREMIER SPONSOR



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



Extract of ERA's event programme 2016

Annual Conference on European Family Law
Trier, 22-23 September 2016 • Languages: English, German

Annual Conference on European Company Law and Corporate Governance
Trier, 22-23 September 2016 • Language: English

Annual Conference on European Consumer Law
Trier, 13-14 October 2016 • Languages: English, French, German

Annual Conference on EU Criminal Justice
Trier, 20-21 October 2016 • Language: English

Annual Conference on European Asylum Law
Trier, 20-21 October 2016 • Languages: English, German

Annual Conference on Trade Marks and Designs in Europe
Trier, 20-21 October 2016 • Language: English

Annual Conference on European Copyright Law
Trier, 17-18 November 2016 • Languages: English, German

Annual Conference on European State Aid Law
Trier, 24-25 November 2016 • Languages: English, French, German

Annual Conference on Financial Supervision in the EU
Brussels, 1-2 December 2016 • Language: English



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



www.era.int



Sommaire Table of contents Indice

Thème principal des illustrations : ■ Main Theme of Illustrations: ■ Tema principal de las ilustraciones: Budapest

Éditorial ■ 2

Éditorial 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 ■ 10

Doing Business in India 11 L'avocat et le numérique 13 Current Trends in Start-Ups and Crowd Financing in Vienna, Austria 15 22^e Forum mondial des centres de médiation à Luxembourg 16 Avoiding Pitfalls when Trading with Europe 18 The UIA in Munich 20 L'UIA au Luxembourg 21 Nace el Foro de Abogados Latinoamericanos de la UIA 23

Droits de l'Homme et de la Défense ■ Human Rights and Protection of Lawyers ■ Derechos Humanos y de la Defensa ■ 32

Coupables par omission 33 Fighting for Human Rights in China 38 6th World Congress against the Death Penalty 40 The Modern Slavery Act 2015 - Light Touch, Heavy Impact for Businesses? 43

La Profession d'Avocat ■ The Legal Profession ■ La Abogacía ■ 46

La modération a bien meilleur goût ! 47 L'avocat *compliance* en entreprise 51

Pratique du Droit ■ Legal Practice ■ Ejercicio de la Abogacía ■ 52

And They Lived Happily Ever After? How to Put the Brexit Vote into Effect – The EU Institutional Framework 53 La lettre de confirmation adressée par les avocats aux auditeurs d'une entreprise 57 The Crossroads of Conflict 61 La Commission européenne présente un ambitieux projet de réforme de la directive détachement des travailleurs 63 Le recouvrement de la créance en Belgique : la procédure extra-judiciaire apportera-t-elle l'efficacité souhaitée ? 66 Recognition of Same Sex Couples in Italy 70 The Apple Unlock Case: Reconciling Security with Privacy 72



Editorial





Éditorial du Président

I Jean-Jacques UETTWILLER

Nous avons coutume de dire et de défendre que les avocats sont les gardiens de l'Etat de droit et des droits fondamentaux. Il est cependant frappant de constater que tous les textes normatifs qui définissent les droits fondamentaux les plus importants, depuis la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 jusqu'aux textes les plus récents comme la charte européenne des droits fondamentaux, ne font aucune mention de l'avocat et de son rôle. Le droit à l'accès à un juge indépendant et à un procès équitable qui figurent dans tous ces textes n'accordent aucune place aux défenseurs.

Est-il envisageable de garantir ces droits fondamentaux sans garantir d'abord le droit à un avocat ? Et sans que l'indépendance de cet avocat soit assurée ?

Le seul document international qui mette l'accent sur le rôle de l'avocat est l'acte intitulé « Principes de base relatifs au rôle du Barreau » ((les « Principes » adoptés par le huitième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants à la Havane du 27 août au 7 septembre 1990), dont j'extraits les considérants les plus significatifs à cet égard : « *Attendu que la protection adéquate des libertés fondamentales et des droits de l'homme, qu'ils soient économiques, sociaux et culturels ou civils et politiques, dont toute personne doit pouvoir jouir, exige que chacun ait effectivement accès à des services juridiques fournis par des avocats indépendants* » et « *en protégeant les droits de leurs clients et en promouvant la cause de la justice, les avocats doivent chercher à faire respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnues par le droit national et international et agissent à tout moment librement et avec diligence...* ».

Si les « Principes » font ainsi clairement le lien entre le droit fondamental reconnu et le rôle de l'avocat pour le faire appliquer, ils ne sont pas pour autant appliqués par tous les pays qui les ont votés, et les récentes actions de certains Etats le démontrent à l'évidence.

Heureusement, les juges du plus haut niveau sont plus vigilants et pour prendre deux exemples, la CEDH juge que « le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat ... figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable » (*CEDH 13 octobre 2009 Dayanan c/ Turquie*) et le conseil constitutionnel français a affirmé la pleine valeur constitutionnelle des droits de la défense et du rôle de l'avocat dans ses décisions du 2 décembre 1976 et des 19/20 janvier 1981.

Il faut saluer aussi des initiatives telles qu'un récent amendement à la Constitution bulgare pour ouvrir l'accès à tous à la Cour constitutionnelle via le Conseil suprême des avocats.

La question qui est ainsi posée du rôle de l'avocat n'est pas une anecdote et elle doit se conjuguer avec la tendance très lourde à la dérégulation que nous constatons actuellement. Partout dans le monde, avec plus ou moins d'intensité, l'indépendance de l'avocat et son statut sont critiqués et jugés à l'aune des coûts par rapport à des professionnels non ou moins réglementés.

Qu'il s'agisse de la consultation lancée par la commission européenne auprès des Etats membres pour apprécier la pertinence de ces réglementations ou de la création sous l'égide du greffier de la Cour pénale internationale d'une prétendue « Association du Barreau de la Cour pénale internationale », contre l'avis des principales organisations professionnelles, l'indépendance de l'avocat dérange et bien des efforts sont faits pour la brider.

Seule une réaction concertée et permanente de la profession peut mettre obstacle à cette évolution. Il ne s'agit pas ici de protéger l'avocat mais son client. Pour que force soit à la loi et non pas que la force fasse la loi, il faut que toute personne puisse bénéficier d'un procès équitable. Pour que ce droit soit garanti, cette personne doit avoir accès aux conseils d'un avocat indépendant et à un juge indépendant.

L'indépendance des juges est aussi un sujet qui dérange et auquel, dans bien des Etats, le gouvernement s'attaque d'une façon plus ou moins directe. Les nominations de hauts magistrats sont une des façons les plus répandues actuellement. Les nominations de magistrats de la cour constitutionnelle en Pologne ont soulevé beaucoup d'inquiétude. La loi en cours de débat devant le parlement turc pour démettre de leurs fonctions plus de 600 hauts magistrats afin de les remplacer dans des conditions telles que la Cour constitutionnelle ne puisse intervenir peut être un dangereux exemple.

Défendre les droits humains implique aussi bien de veiller à intervenir au soutien de la défense mais aussi de veiller à l'indépendance des magistrats. L'UIA, à la demande du Barreau turc, a ainsi protesté vivement auprès du président de la République turque et du premier ministre et agit pour que les autres organisations professionnelles se joignent à ces protestations.

Votre bien dévoué confrère.

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

President's Editorial

I Jean-Jacques UETTILLER

We often claim that lawyers are the guardians of the Rule of Law and fundamental rights. However, what is striking is that none of the legal texts that define the most important fundamental rights, from the 1789 French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen to more recent texts, such as the European Charter of Fundamental Rights, mention lawyers and their role. The right to access to an independent judge and to a fair trial contained in these texts grants defenders no place of their own.

Is it possible to guarantee these fundamental rights without first guaranteeing the right to a lawyer? And without ensuring the independence of the lawyer concerned?

The only international document that lays an emphasis on the role of lawyers is the Act entitled "Basic Principles on the Role of Lawyers" (the "Principles" adopted by the Eighth United Nations Congress on Crime Prevention and the Treatment of Offenders in Havana, held from August 27 to September 7, 1990), from which I have extracted the most significant provisions in this regard: *"Whereas adequate protection of the human rights and fundamental freedoms to which all persons are entitled, be they economic, social and cultural, or civil and political, requires that all persons have effective access to legal services provided by an independent legal profession" and "in protecting the rights of their clients and in promoting the cause of justice, shall seek to uphold human rights and fundamental freedoms recognized by national and international law and shall at all times act freely and diligently..."*

While the Principles so clearly constitute the link between recognised fundamental rights and the role of lawyers in enforcing them, they are nonetheless not being applied by all of the countries that voted for them, as clearly demonstrated by the actions taken recently by some States.

Fortunately, judges at the highest level are more vigilant: to take two examples, the ECHR held that "the right of every accused

to be effectively defended by a lawyer... constitutes one of the fundamental elements of a fair trial" (*ECHR Oct. 13, 2009 Dayanan vs. Turkey*) and the French Constitutional Council asserted the full constitutional value of defence rights and the role of counsel in its decisions of December 2, 1976 and January 19/20, 1981.

Initiatives such as a recent amendment to the Bulgarian Constitution to open access to the Constitutional Court for all, through the Supreme Council of Lawyers, must also be commended.

The question raised about the role of lawyers is thus not an anecdote – it has to be seen in combination with the very strong current trend towards deregulation. All over the world, with varying intensity, the independence of lawyers and their status are being criticized, judged and viewed through the prism of costs as compared to those of unregulated or less regulated professionals.

Whether in the case of the consultation of Member States initiated by the European Commission to assess the relevance of these regulations, or in the case of the establishment of the so-called "International Criminal Court Bar Association" under the Registrar of the International Criminal Court, against the advice of major professional organisations, the independence of lawyers is seen as disturbing and many efforts are being made to curb it.

Only a concerted and continued response by the profession can hinder this development. The aim here is not to protect lawyers, but their clients. To ensure power to the law rather than allow power to make the law, everyone should be able to receive a fair trial. For this right to be guaranteed, everyone must have access to the advice of independent counsel and to an independent judge.

The independence of judges is also a disturbing subject – one that governments

tackle more or less directly in a number of countries. Senior judicial appointments are one of the most common ways of doing so currently. Judicial appointments to the constitutional court in Poland have raised considerable concern. In addition, a bill of law is currently being debated in the Turkish parliament to remove over 600 senior judges from their posts in order to replace them, under circumstances that would prevent the Constitutional Court from intervening, which can be a particularly dangerous example.

Defending human rights involves both ensuring that we intervene in support of the defence, as well as ensuring the independence of judges. At the request of the Turkish Bar Association, UIA has strongly voiced its protests to the President and the Prime Minister of the Turkish Republic and is taking actions to ensure that other professional organisations join this effort.

Your most devoted colleague,

Jean-Jacques UETTILLER
President of the UIA
jj@uggc.com

Editorial del Presidente

I Jean-Jacques UETTWILLER

Solemos decir y defender que los abogados son los guardianes del Estado de derecho y de los derechos fundamentales. Sin embargo, resulta sorprendente observar que todos los textos normativos que definen los derechos fundamentales más importantes, desde la Declaración francesa de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789 hasta los textos más recientes como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no mencionan al abogado ni su función. El derecho al acceso a un juez independiente y a un proceso justo que figuran en todos estos textos no otorgan ningún lugar a los defensores.

¿Se pueden garantizar estos derechos fundamentales sin garantizar primero el derecho a un abogado? ¿Y sin que se garantice la independencia del abogado?

El único documento internacional que hace hincapié en el papel del abogado es el titulado «Principios básicos sobre la función de los abogados» (los «Principios» aprobados por el octavo congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990), cuyos considerandos más significativos al respecto extraigo a continuación: «*Considerando que la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente*» y «*los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia*».

Si bien los Principios establecen claramente la relación entre el derecho fundamental reconocido y la función del abogado para hacer que se aplique, no todos los países que los votaron los aplican, y las acciones recientes de determinados Estados lo demuestran claramente.

Afortunadamente, los jueces del más alto nivel tienen más cuidado y, por tomar dos ejemplos, el TEDH considera que «el derecho de todo acusado a ser, efectivamente, defendido por un abogado... figura entre los elementos fundamentales del proceso justo» (TEDH, 13 de octubre de 2009 *Dayanan c/ Turquía*) y el Consejo constitucional francés afirmó el pleno valor constitucional de los derechos de la defensa y de la función del abogado en sus sentencias de 2 de diciembre de 1976 y de 19 y 20 de enero de 1981.

Así pues, hay que aplaudir iniciativas tales como la reciente modificación de la Constitución búlgara por la que se da acceso a todos al Tribunal Constitucional a través de la asistencia suprema de los abogados.

Así pues, la cuestión que se plantea del papel del abogado no es anecdótica y debe considerarse junto con la grave tendencia a la desregulación que constatamos en la actualidad. En todo el mundo, con mayor o menor intensidad, la independencia del abogado y su condición son criticados y juzgados a la luz de los costes que suponen unos profesionales que están poco o nada regulados.

Ya se trate de la consulta lanzada por la Comisión Europea a los Estados miembros para apreciar la pertinencia de estas reglamentaciones o de la creación bajo la égida del secretario judicial del Tribunal Penal Internacional de una pretendida «Asociación de Abogados del Tribunal Penal Internacional», en contra de la recomendación de las principales organizaciones profesionales, la independencia del abogado molesta y se hacen muchos esfuerzos para refrenarla.

Lo único que puede impedir que esto siga adelante es una reacción organizada y permanente de la abogacía. No se trata de proteger al abogado sino a su cliente. Para que la ley haga la fuerza y no que la fuerza haga la ley, es necesario que todas

las personas puedan beneficiarse de un proceso justo. Para que este derecho esté garantizado, las personas deben tener acceso a la asistencia de un abogado independiente y a un juez independiente.

La independencia de los jueces es también un tema que molesta y que, en muchos Estados, los gobiernos afrontan más o menos directamente. Los nombramientos de los altos magistrados son una de las formas más extendidas actualmente. Los nombramientos de magistrados del tribunal constitucional de Polonia han suscitado gran preocupación. La ley que está siendo debatida ante el parlamento turco para cesar a fin de 600 altos magistrados con el fin de sustituirlos de tal modo que el Tribunal Constitucional no pueda intervenir puede ser un ejemplo peligroso.

Defender los derechos humanos implica también preocuparse por intervenir en apoyo de la defensa, pero también preocuparse por la independencia de los magistrados. La UIA, a petición del Colegio de Abogados turco, ha protestado enérgicamente ante el presidente de la República de Turquía y del primer ministro y está intentando que las demás organizaciones profesionales se unan a estas protestas.

Un cordial saludo de su compañero,

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

CAEN-NORMANDIE
Memorial
CITÉ DE L'HISTOIRE POUR LA PAIX

LES CONCOURS DE PLAIDOIRIES POUR LES DROITS DE L'HOMME

27 - 28 et 29 JANVIER 2017 AU MÉMORIAL DE CAEN

www.memorial-plaidoires.fr

avocats
à la Cour d'appel



UJA



CAEN
Normandie



Message du rédacteur en chef

■ Nicole VAN CROMBRUGHE

Voici le monde occidental à nouveau frappé par des attentats meurtriers : en quelques mois Paris, Bruxelles, Nice, Würzburg. A chaque fois, de nouvelles victimes innocentes. Cette violence meurtrière capable de transformer d'innocents outils de travail en armes de destruction suscite nombre de questions, à commencer par celle de la réaction à y opposer. Comment réagir ? Aujourd'hui le citoyen incrimine l'État, incapable, selon lui, d'assurer sa protection. Demain, il remettra sans doute aussi en cause la justice dont la réponse, inscrite dans les limites de l'État de droit et des droits fondamentaux, lui paraîtra toujours insuffisante. Dans ce contexte, la déclaration du 6^e Congrès mondial contre la peine de mort, publiée dans nos colonnes, prend une importance et une résonance toutes particulières. Il en va de même de l'article que Kenneth Cloke consacre aux qualités d'écoute, de créativité et d'empathie qu'il nous appartient de développer si nous voulons être en mesure de mettre fin à l'utilisation de la violence comme mode de résolution des conflits. Notre rôle, à nous avocats, sera crucial et primordial pour que puissent être évités et, le cas échéant, dénoncés les excès auxquels le « tout sécuritaire » serait susceptible de conduire si nous n'y prenons garde. Dans ce cadre, vous lirez avec intérêt les considérations consacrées par Francis Gervais à un récent arrêt de la Cour suprême du Canada, à notre liberté d'expression mais aussi à la modération dont il convient de faire preuve lorsque nous en faisons usage.

Le monde change. C'est notamment ce qu'ont récemment expérimenté les membres de l'Union européenne dont l'univers vient de connaître une sérieuse secousse. Nul doute que le vote des Britanniques en faveur du *Brexit* n'agite encore longtemps notre espace commun, créant attentes ou inquiétudes suivant le camp auquel on appartient. Quelle sera l'évolution de l'Union européenne déjà secouée par la crise de la dette et, il faut bien le dire, empêtrée dans les visions divergentes de ses composantes devant

la crise migratoire ? Le *Brexit* sera-t-il un cran d'arrêt ou la source d'une remise en question salutaire ? Koen Platteau aborde certaines de nos interrogations dans son article consacré à la mise en œuvre du *Brexit*. Il sera suivi, dans une autre édition, d'une seconde contribution qui traitera d'autres aspects de cette importante problématique. Quoi qu'il en soit, à la lecture des avancées en cours au sein de l'Union européenne en matière de détachement des travailleurs dont l'article de Pascal Petrel se fait l'écho, il est clair qu'il serait regrettable que le *Brexit* marque la fin des efforts consentis en vue de la création d'une Europe réellement unie.

Dans notre édition précédente, il était question de la possible uberisation de notre profession et des défis auxquelles les nouvelles technologies la confrontent. Nous ne croyions pas si bien dire puisque paraissait, il y a peu, la nouvelle officielle de l'engagement de notre premier « confrère », fruit de la robotique et dénommé Ross, par un cabinet américain traitant des affaires de faillite. Nul doute que d'autres « engagements » de ce type seront annoncés prochainement.

Parallèlement, notre profession tente de mettre en place les conditions de sa pérennité et développe de nouveaux champs de compétence, comme le domaine de la *compliance*, ce qui n'est pas sans poser certaines questions en termes de déontologie ainsi que le rappelle l'article de Jean-Pierre Buyle. Notre congrès de Budapest consacrera également une partie importante de ses travaux à la *compliance* puisqu'un de ses thèmes principaux traite de cette question, le second étant dédié à une autre problématique majeure de notre monde de plus en plus numérique, celle de la confidentialité et de la protection des données personnelles.

Une large part de ce numéro est également consacrée à la vie de l'UIA, passionnante et diverse au cours des derniers mois. Séminaires et formations se sont multipliés,

occasions uniques de rencontres et de créations de ponts entre cultures et opinions. Ils ont à chaque fois suscité l'enthousiasme des participants mais aussi celui des orateurs et formateurs, ainsi qu'en témoignent les comptes rendus que nous publions. Il ne fait nul doute que le congrès de Budapest qui se tiendra dans une des plus belles villes européennes, la « perle du Danube », sera l'apothéose d'une année particulièrement riche en événements pour l'UIA.

Nicole VAN CROMBRUGHE
Rédacteur en Chef – Juriste International
Nicole.vancrom@lvplaw.be

Message from the Chief Editor

■ Nicole VAN CROMBRUGGHE

The Western world has once again been struck by deadly attacks – in Paris, Brussels, Nice and Würzburg, over just a few months. Each time, there were new innocent victims. This deadly violence that can transform innocent working tools into weapons of destruction raises many questions, starting with one about the response needed to oppose it. How should we react? Today, citizens are blaming the State, which they say is unable to ensure their protection. Tomorrow, they will probably also call the justice system into question, whose response – based on the Rule of Law and fundamental rights – they will always view as insufficient. In this context, the declaration of the 6th World Congress against the Death Penalty, published in our columns, is an important one with a particular resonance. The same holds true of the article Kenneth Cloke has devoted to the skills of listening, creativity and empathy that we need to develop if we want to be able to put an end to the use of violence as a means of conflict resolution. Our role, as lawyers, will be crucial and essential, so that the risks of an excessively securitized approach can be avoided and, if necessary, denounced. In this context, you will find it interesting to read Francis Gervais' reflections on a recent judgment of the Supreme Court of Canada about our freedom of expression, but also about the restraint that is needed when we exercise it.

The world is changing. That is what European Union members recently experienced when their world was so severely jolted. There is no doubt that the British vote in favour of Brexit will continue to cause an upheaval in our common area, creating expectations or concerns, depending on the camp to which one belongs. How will the European Union evolve, distressed as it already is by the debt crisis and, it must be said, mired in the divergent views of its component entities about the migration crisis? Will Brexit turn out to be a cut-off point from the European Union or the source of a salutary

fresh round of questioning? Koen Platteau addresses some of these questions in his article on the implementation of Brexit. It will be followed, in another issue, by a second contribution dealing with other aspects of this important subject. In any case, if you read about the advances being made within the European Union on the secondment of workers, echoed in Pascal Petrel's article, it is clear that it would be regrettable if Brexit marks the end of efforts to create a truly united Europe.

Our previous issue broached the possible "Uberisation" of our profession and the challenges it faces due to new technologies. We did not know then how right we were, since an official announcement was made recently about the engagement by a US firm handling bankruptcy cases of our first robotic "colleague", Ross. No doubt other "engagements" of this type will be announced shortly!

Meanwhile, our profession is trying to create conditions for its survival and is developing new areas of competence, such as that of compliance. However, this area, too, raises certain ethical questions, as recalled in Jean-Pierre Buyle's article. Our Budapest Congress will also devote a significant part of its work to compliance, since it comprises one of our two main themes, along with another major problem facing our increasingly digital world – that of privacy and the protection of personal data.

Much of this issue of the *Juriste* is devoted to the life of the UIA, which has been exciting and diverse in recent months. Seminars and training programs have expanded in number, offering unique opportunities to meet and build bridges between cultures and opinions. Each and every time, they have aroused enthusiasm among their participants, but also among their speakers and trainers, as evidenced by the reports we have published. There is no doubt that the Budapest Congress, which is going to be held in one of Europe's

most beautiful cities, the "Pearl of the Danube", will be the culmination of a particularly eventful year for the UIA.

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

Mensaje del Redactor Jefe

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

El mundo occidental se ve de nuevo azotado por unos atentados asesinos: en pocos meses París, Bruselas, Niza y Wurzburg. Y cada vez hay nuevas víctimas inocentes. Esta violencia asesina capaz de transformar unas inocentes herramientas de trabajo en armas de destrucción suscita un montón de preguntas, empezando por cuál es la reacción adecuada. ¿Cómo podemos reaccionar? Hoy en día el ciudadano culpa al Estado, incapaz, en su opinión, de garantizar su protección. Mañana pondrá seguramente también en duda la justicia, cuya respuesta, que se enmarca dentro de los límites del Estado de derecho y de sus derechos fundamentales, le parecerá aún insuficiente. En este contexto, la declaración del 6º Congreso Contra la pena de Muerte publicada en nuestras columnas adquiere una importancia y una resonancia muy especiales. Lo mismo sucede con el artículo que Kenneth Cloke dedica a las cualidades de escucha, creatividad y empatía que hemos de desarrollar si queremos ser capaces de poner fin a la utilización de la violencia como forma de resolver conflictos. Nuestro papel, como abogados, será crucial y primordial para que se puedan evitar y, cuando proceda, denunciar los excesos a los que podría conducir ese "celo por la seguridad" si no tenemos cuidado. En este sentido, leerán con interés las consideraciones dedicadas por Francis Gervais a una reciente orden del Tribunal Supremo de Canadá, a nuestra libertad de expresión, pero también a la moderación de la que conviene hacer gala cuando aparece.

El mundo cambia. Es lo que han notado últimamente los miembros de la Unión Europea cuyo universo acaba de recibir una grave sacudida. Nadie duda que la votación de los británicos a favor del *Brexit* agitará todavía durante mucho tiempo nuestro espacio común, creando expectativas o preocupaciones según de qué lado esté cada uno. ¿Cómo evolucionará una Unión Europea sacudida ya por la crisis de la deuda y —reconozcámoslo— enredada en las visiones divergentes de sus componentes ante la crisis migratoria? ¿El *Brexit* supondrá

un engatillamiento o el origen de un cuestionamiento saludable? Koen Platteau aborda algunos de nuestros interrogantes en su artículo dedicado a la aplicación del *Brexit*. Irá seguido, en otra edición, de una segunda contribución que tratará otros aspectos de esta problemática importante. Sea como fuere, al leer los avances que se están produciendo en la Unión Europea en cuestión de desplazamiento de trabajadores sobre los que trata el artículo de Pascal Petrel, está claro que sería lamentable que el *Brexit* marcara el final de los esfuerzos realizados para la creación de una Europa realmente unida.

En nuestra edición anterior, hablábamos de la posible "uberización" de nuestra profesión y de los retos a los que la enfrentan las nuevas tecnologías. No nos imaginábamos hasta qué punto estábamos en lo cierto, pues hace poco se publicaba la noticia oficial de la contratación de nuestro primer "compañero", fruto de la robótica, llamado Ross, por un despacho americano que trata asuntos concursales. Es indudable que pronto se anunciarán más "contrataciones" de este tipo.

Paralelamente, nuestra profesión está tratando de establecer las condiciones de su perennidad y desarrollando nuevos ámbitos de competencia, tales como la *compliance*, lo cual no deja de plantear algunas cuestiones sobre deontología, tal como recuerda el artículo de Jean-Pierre Buyle. Nuestro congreso de Budapest dedicará también una parte importante de sus trabajos a la *compliance*, ya que uno de sus temas principales trata sobre este tema; el segundo está dedicado a otro problema importante de nuestro mundo cada vez más digitalizado: el de la confidencialidad y la protección de datos personales.

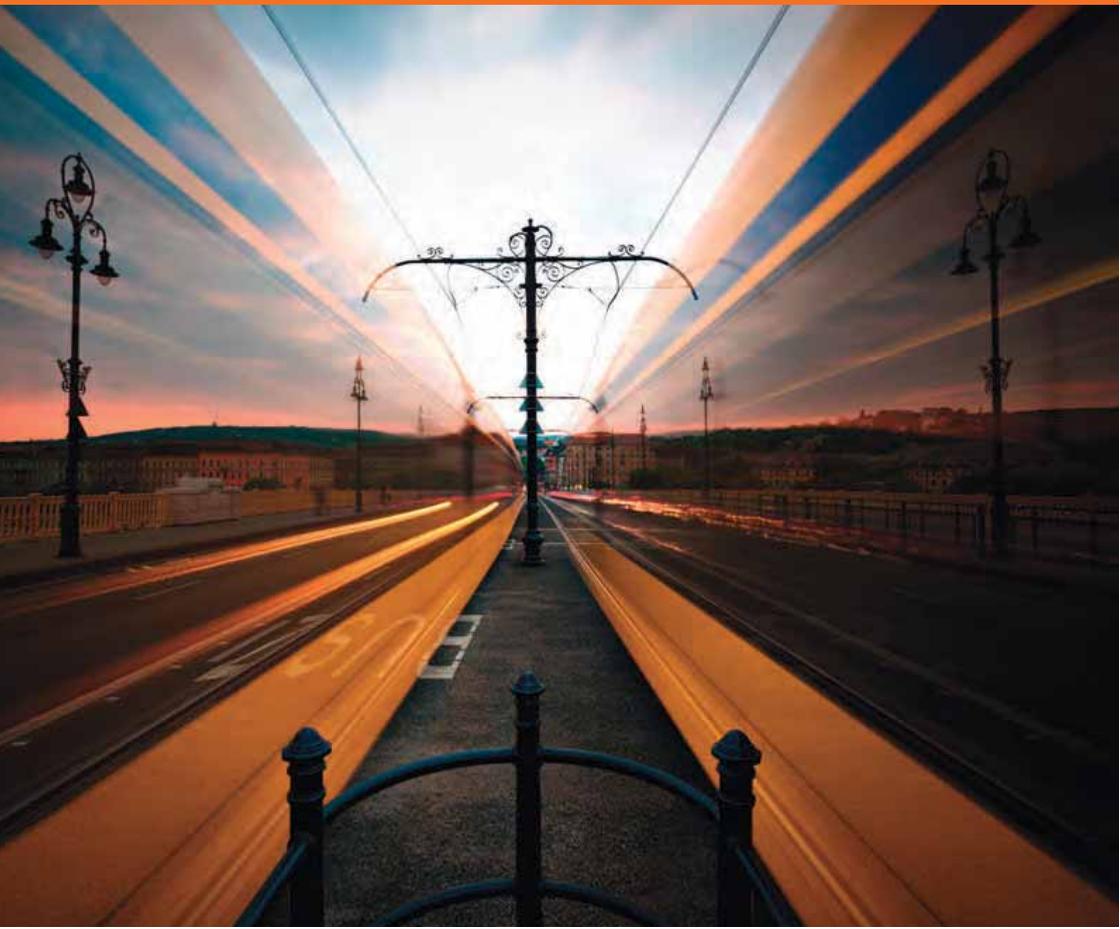
Gran parte de este número está también dedicada a la vida de la UIA, apasionante y diversa durante los últimos meses. Se han multiplicado los seminarios y las formaciones, que brindan ocasiones únicas de encuentro y creación de puentes entre

culturas y opiniones. Siempre han suscitado el entusiasmo de los participantes, pero también el de los ponentes y formadores, tal como demuestran los informes que publicamos. No cabe duda de que el Congreso de Budapest, que se celebrará en una de las ciudades más bellas de Europa, la «perla del Danubio», será la apoteosis de un año especialmente rico en eventos para la UIA.

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



Actualités de l'UIA
UIA News
Novedades de la UIA





Doing Business in India

I Amal Kumar GANGULI

The UIA-India Chapter, in collaboration with the UIA, hosted an international seminar on March 5-6, 2016, on the theme *"Doing Business in India"*. The seminar was well received by the over 100 delegates in attendance over the two days of the seminar. Not only did the Indian delegates benefit from hearing various perspectives from around the globe on the topics discussed at the seminar, but the participants from abroad also attested to have gained insight into the thinking among the Indian legal industry on various issues.

Opening Ceremony

The Opening Ceremony, held at 10:00 am on March 5, 2016 was graced by the Chief Guest, Hon'ble Mr. Justice Dipak Misra, Senior Judge of the Supreme Court of India along with Mr. E.M.S. Natchiappan, Member of Parliament, Chairman of the Parliamentary Committee on Law, personnel and public grievances and President of the Indian Society of International Law, who was the guest of honor. After a short cultural programme, wherein artists musically invoked the blessings of the Saraswati, the Indian goddess of knowledge and learning, Mr. A. K. Ganguli, President, UIA-India, gave the opening address. Welcoming one and all to the seminar, Mr. Ganguli enlightened the gathering on the history, activities and the goals of the UIA and the relevance, importance and scope of the theme of the seminar, i.e. *"Doing Business in India"* in light of the country's bright economic prospects. He also gave a brief outline of the topics of discussion in the various panels and introduced the speakers.

Speaking next, the Chief Guest Hon'ble Mr. Justice Dipak Misra explained the need for simple and straightforward commercial drafting and the practices that young advocates may learn. He commended Mr. Ganguli and his team for putting together the seminar and wished the seminar every success.

Mr. Jorge Marti Moreno spoke of the role of the UIA and the various activities it

undertakes. He highlighted the role of the UIA in affording protection to lawyers and the prominent role played by the UIA as a consultative body to the United Nations, the European Union and the European Court of Human Rights on various legal issues, including human rights issues.

Mr. E.M.S. Natchiappan, reiterating the need for the sharing of ideas, expressed his support to the seminar and underscored the role of government in promoting international business in India and the protections offered to all investors. Mr. Praveen H. Parekh, relied upon his immense experience and spoke of the benefits to the bar from the seminar. In his talk, Mr. Prashant Kumar, President of Lawasia, conveyed to international investors that India ought to be seen as a long term investment and not as a hot money destination. Hon'ble Mr. Justice Vikramajit Sen, former judge of the Supreme Court of India, Mr. Amarjit Singh Chandhok, Former Additional Solicitor General of India, also graced the occasion.

Panel Discussion on "Doing Business in India"

The opening ceremony was followed by a panel discussion on the theme of the seminar, *"Doing Business in India"*. The panel was chaired by the ever insightful Cyril Shroff, Managing Partner of Cyril Amarchand Mangaldas, one of India's top tier law firms, and featured speakers from across the globe. Mr. Jorge Marti Moreno, Managing Partner at the Valencia office of Uria Mendenez, spoke on negotiating a mergers and acquisitions deal with European companies, highlighting certain issues such as price determination mechanisms and anti-trust concerns. Mr. Matthieu Pouchepadass, Partner at Brendin Prat, gave input on some issues faced by his clients, who were conglomerates with large operations in India. Mr. Rainer Krause, Partner at the Düsseldorf Office of Hengeler Mueller, spoke on common features in Shareholders Agreements. Mr. Cyril Shroff provided

insights on the role to be played by the judiciary and bureaucracy to help bring certainty and efficiency in India's business environment.

Technical Session on Infrastructure

The technical session on infrastructure was chaired by Hon'ble Mr. Justice Ajay Tripathi, judge of the Patna High Court, who introduced the session by highlighting the importance given to infrastructure to the Government of India. Mr. Deepak Amitabh, Chief Managing Director of PTC India Ltd. a public sector company, operating in the field of power trading, gave an overview of the power sector in India. Mr. M.G. Ramachandran, Advocate, provided a different view of the power sector where he highlighted the beneficial effects of the Electricity Act, 2003, and the various government schemes to promote power consumption and also threw light upon the problems faced by the distribution companies. Mr. Vasanth Rajashekar, partner at Seth Dua and Associates, spoke of the new defence procurement policy promulgated by the Government of India and the new outlook for Defence Production under the Make in India program. Ms. Preeti Malhotra, Executive Director of the Smart Global Group, spoke on the various programs undertaken by the Government of India in the infrastructure sector. Mr. Rakesh Kaul, Senior Vice President of Srei Infrastructure Finance Ltd., spoke on various aspects of urban planning.

Technical Session on E-commerce

E-commerce is currently seen as a booming industry in India, and the seminar participants looked forward to the session on E-commerce. Their high expectations were more than met by the discussion of the panel chaired by Hon'ble Mr. Justice Ravindra Bhat judge of the Delhi High Court. Justice Bhat opened the discussion by

recounting the tremendous change brought about by technology and the possibilities that have opened up for the retail sector. Mr. Pawan Duggal, Advocate, spoke on the pitfalls of e-commerce, by enumerating the various risks of data theft and other legal issues faced by both vendors and buyers in the e-commerce ecosystem. Mr. Rahul Chadha, Managing partner, Chadha and Co. spoke on the legal implications of contracts initiated through electronic media, which form the very basis of e-commerce. The perspective of the e-commerce industry was provided by Mr. Mohammed Mujitaba, who in a witty presentation aptly described the aspirations and fears of e-commerce businesses.

Technical Session on Telecom

Telecom is a high visibility area in India today with issues related to telecom ruling the headlines in both the politics and economy sections of the news. The session was chaired by Mr. Shailendra Mishra, member of the Telecom Regulatory Authority of India, who opened the session with a few words on the role of the regulator. Mr. Atul Dua, Senior Partner of Seth, Dua, and Associates, gave a presentation on FDI and licensing in the telecom sector in India wherein he traced the history of government policy in this regard. Mr. Gaurav Malhotra, Associate Vice President – Legal at Vodafone India provided the industry perspective and spoke about how the industry is complying with government policy on some of the latest contentious issues such as net neutrality. Mr. T.V. Ramachandran, President of the Broadband India Forum and Chairman of Telecoms Council of European Business Group, India added zest to the discussion by strongly contesting the existing government policy on net neutrality, by contending that “the internet was not built to treat data neutrally”. His arguments were countered by Mr. Ramji Srinivasan, Senior Advocate, who also spoke on the legal aspects of spectrum allocation in India.

Technical Session on Anti-Dumping

The session on anti-dumping was chaired by Hon'ble Dr. Justice S. Muralidhar, Judge, Delhi High Court. Mr. Ajay Bhalla, the Additional Secretary and Designated Authority, who provided an overview

of the anti-dumping mechanism in India. Mr. Krishnan Venugopal, Senior Advocate, speaking on the working of the anti-dumping duty mechanism as seen from the perspective of an advocate practising in the area, sounded a note of caution by giving examples as to how the anti-dumping mechanism is misused by some industries based in India and the effect of provisional quotas. Justice Muralidhar raised questions about the role of Indian importers in anti-dumping proceedings. S. Seetharaman, partner at Lakshmikumaran and Sridharan, was particularly insightful on two counts. He succinctly highlighted the difference between the methods of calculation of countervailing duty followed in Europe and in India on the one hand and in America on the other. He also provided statistics on the strength and workload of the anti-dumping agencies in various countries, showing the immense workload shouldered by the Indian Anti-Dumping Agency. The session, touching upon an esoteric area of law practice in India, was well received by the seminar participants.

Opening of the Legal Profession in India

The topic of discussion of the first session on the second day of the seminar, March 6, was the contentious subject, “Opening of the legal profession in India”. The session introduced by Ms. Mamta Tiwari, Secretary General, UIA-India Chapter, and chaired by Mr. Lalit Bhasin, President of the Society of Indian Law Firms, featured contrasting views. Mr. Bhasin gave a broad introduction to the legal market in India and explained how a very small segment of the Indian Bar practises in the same areas as the foreign lawyers who would want to provide legal services in India. Mr. Bhasin raised concerns of the Indian legal fraternity by mentioning that the cloistered regulatory environment, which has restricted the growth of the Indian legal market, would prevent any fair competition with foreign law firms and hence it was necessary that the opening of the legal profession in India be undertaken in a piecemeal manner. He also provided his opinions on the judgments of the High Courts of Bombay and Madras on the issue of foreign lawyers practicing in India. Mr. Francis Xavier, of Rajah and Tann, described the staggered opening of the legal sector in Singapore and also mentioned the

experience of other jurisdictions in Asia. Mr. Ashok Parija, Former Chairman of the Bar Council of India, spoke on the stance taken by the regulatory body for lawyers in India. Mr. Nenad Janicevic enlightened the seminar on the experience of Eastern Europe. Ms. Mamta Tiwari spoke of the expectations of Indian lawyers and provided valuable insights into the thinking on this issue within law firms. Mr. Ganesh Chandru, Partner at Lakshmikumaran and Sridharan, former Counsel and Assistant Registrar at Singapore International Arbitration Center, spoke of the unique experience of Singapore with regard to arbitration and suggested that India too could be developed as an Arbitration Destination. Mr. Jim Robinson spoke of the experience in his home country, Australia. Mr. A. K. Ganguli also weighed in on the topic and said that the Madras and Bombay High Court judgments permit a limited role for foreign lawyers in India and that the same is acceptable.

Key Takeaways from the Seminar

This international seminar was important, not just due to the high level of participation, but also due to the impact it has had on the attendees. For several delegates who were attending a UIA event for the first time, it was an excellent introduction to the activities of the UIA. The event piqued the interest of many people in attending seminars with high quality discussions on relevant themes and there was widespread enthusiasm among the attendees for more such events in the future.

Amal Kumar GANGULI
*President of the UIA India-Chapter
UIA Co-Director of National and Regional
Activities
Supreme Court of India
New Delhi, India
akg@ganguli.org*



L'avocat et le numérique

I Alain GROSJEAN



Les 8 et 9 avril 2016 a eu lieu à Casablanca, un séminaire UIA sur « *L'avocat et le numérique* », en collaboration avec l'Ordre des avocats de Casablanca.

Ce séminaire a réuni de nombreux intervenants parmi lesquels, des avocats, des universitaires, des chercheurs, mais aussi des professionnels, notamment des représentants de Microsoft et de Pythagoria. Le séminaire a été clôturé par une brillante allocution du Président du Conseil des barreaux européens (CCBE), M. Michel Benichou. L'enjeu de ce séminaire était de réaliser un instantané des évolutions actuelles et futures en matière numérique et de le confronter aux devoirs et valeurs de la profession d'avocat. Ce séminaire qui s'inscrit dans une riche actualité numérique a été couronné de succès avec plus de 500 inscriptions.

Notre société est actuellement bouleversée par une révolution numérique sans précédent. Certains affirment qu'il s'agit d'une évolution « aussi importante dans l'histoire de l'humanité que la maîtrise du feu, l'invention de l'écriture ou la découverte de l'énergie¹ ». L'« ubérisation » de la société est en marche et la profession d'avocat n'est pas épargnée.

Le secret professionnel fragilisé

Le secret professionnel est d'intérêt public, il est l'application d'un principe général du droit qui veut que toute personne trouve un confident qui gardera le secret absolu sur les révélations qui lui sont confiées. L'avocat ne pourrait accomplir sa mission

sans la garantie que les confidences de son client demeurent inviolables.

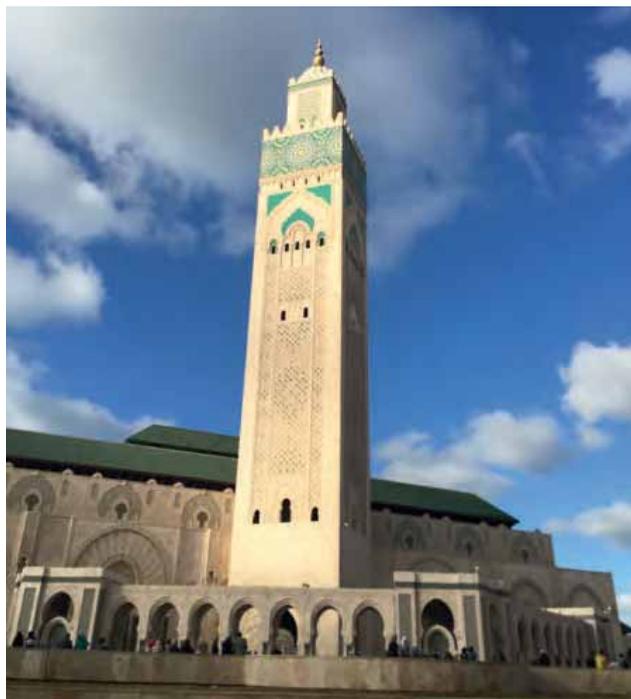
Or, le secret professionnel est l'une des valeurs les plus menacées par la révolution numérique. Face aux services d'espionnage étatique, au piratage numérique, au profilage effectué par les grands acteurs privés du net, à l'externalisation des services (« *outsourcing* »), au *cloud computing* et au développement des réseaux sociaux, la maîtrise du secret professionnel n'a jamais été aussi précaire.

L'avocat doit rester performant et savoir utiliser ces outils qui sont devenus

incontournables tout en prenant toutes les mesures nécessaires pour préserver son secret professionnel.

L'émergence de nouvelles plateformes juridiques

De plus, la profession d'avocat doit faire face à l'émergence de nouvelles plateformes juridiques qui concurrencent l'activité de l'avocat. La véritable valeur ajoutée de l'avocat face à ces nouvelles plateformes repose sur le conseil individualisé et spécialisé, difficilement modélisable mais aussi sur les valeurs d'indépendance et de secret professionnel inhérentes à la



profession. Il est donc nécessaire de mettre en avant la valeur ajoutée des avocats.

Pour faire face à cette tendance irréversible, les barreaux pourraient créer eux-mêmes des plateformes ou s'y associer, afin de mieux maîtriser le contenu juridique en ligne. Cependant, l'adaptation du monde judiciaire à l'ère numérique représente un véritable coût financier. Les barreaux nationaux ou étrangers pourraient mutualiser leurs moyens et compétences pour créer de telles plateformes communes.

L'adaptation des études d'avocats à l'ère du numérique

Les études d'avocats doivent elles aussi revoir leur stratégie et s'intéresser davantage aux classes moyennes, trop longtemps délaissées par la profession. En effet, certaines études d'avocats ou sites comparatifs proposent désormais des prestations juridiques standardisées, des forfaits en ligne moyennant un coût clairement défini à l'avance. Elles jouent ainsi la carte de la transparence et de l'attractivité des prix.

Le Barreau de New York a, quant à lui, autorisé la présence de cabinets d'avocats sur des sites comme « Groupon », le site de

commerce électronique basé sur le concept d'achat groupé, mais à condition que les règles déontologiques soient respectées.

Par conséquent, il incombe à la profession d'avocat de s'adapter à ces évolutions en se repositionnant sur le net.

En outre, les avocats recourent de plus en plus aux réseaux sociaux à des fins de marketing. Certes, les réseaux sociaux représentent une « vitrine » pour bon nombre d'avocats mais ils sont aussi source de dangers, la frontière entre vie privée et vie professionnelle étant parfois ténue. Les enjeux de ce nouveau marché du droit 2.0 résident non seulement dans la nécessaire adaptation de la profession d'avocat, mais aussi dans la difficile maîtrise des données personnelles dans cette ère dématérialisée.

L'intelligence artificielle au service de la profession d'avocat

L'intelligence artificielle était elle aussi au centre du débat. Les nouvelles technologies laissent entrevoir le développement de systèmes intelligents capables d'exploiter des données juridiques. Par exemple, en matière de dommage corporel ou de licenciement, à partir de l'exploitation de décisions judiciaires, il est possible d'évaluer avec une précision

satisfaisante ce que le justiciable pourrait obtenir en justice et ainsi évaluer l'intérêt d'un procès. D'autre part, le domaine de la rédaction d'actes juridiques est également touché par l'intelligence artificielle².

On estime que dans dix ans, l'intelligence artificielle remplacera le travail des jeunes avocats. L'intelligence artificielle peut permettre aux avocats de réaliser des économies de temps et d'argent mais aussi d'améliorer la qualité de leurs prestations. Elle doit cependant être maîtrisée et ne pas supplanter l'humain.

La profession d'avocat doit s'adapter à ces changements tout en préservant ses valeurs essentielles.

Alain GROISJEAN
Secrétaire Général Adjoint de l'UIA
Bonn & Schmitt
Luxembourg, Luxembourg
agrosjean@bonnschmitt.net

1 *Le secret professionnel face aux menaces liées aux nouvelles technologies de communication, mythe ou réalité ?*, Gérard Sabatier, Dalloz avocats 2014, p. 103.

2 *Avocats et ordres du 21^e siècle*, ouvrage collectif de la conférence des bâtonniers, sous la direction de Jean-Luc Forget et Marie-Anne Frison-Roche, Dalloz, 2014.

Donnez-nous votre email !

Gardez le contact avec l'UIA

- > recevez nos communications
- > suivez l'actualité de nos commissions scientifiques
- > communiquez avec les avocats membres de l'UIA

Envoyez votre adresse email à
uiacentre@uianet.org
ou complétez votre profil dans votre espace personnel sur
www.uianet.org





Current Trends in Start-Ups and Crowd Financing in Vienna, Austria

■ Michael MEYENBURG

Start-ups are the new darlings of the digitalized economy. They need advice and get support from many different sources. Young entrepreneurs match their ideas with different “players”: “incubators,” “accelerators,” “business angels,” venture capitalists, financial institutions, agencies, crowd financiers, and other “advisors”.

What is the role for external lawyers advising institutional investors? How can they draft their fee models to charge at least some “billable hours” to start-ups for their advice, or is “*pro bono*” work the only feasible option?

What are the consequences of newly enacted crowd financing laws, such as the recent Austrian law on crowd financing?

How can one effectively represent a crowd financier given the heavy legal requirements for financial institutions in different member countries of the EU and abroad?

These were some of the questions that were heavily discussed during the first UJA seminar on “*Current Trends in Start-Ups and Crowd Financing*” held earlier this year in Vienna, Austria.

The answers to these questions are manifold and also vary on a case by case basis.

This topic is relevant for many lawyers working in corporate, administrative, IT and IP sectors, but also in employment, tax and related fields.

What should advisors and start-uppers avoid? Some answers include:

- Not discussing/agreeing on terms with co-founders and investors;
- Not choosing the appropriate legal form;
- Not properly investigating the brand/core retaining IP as well protecting it;
- Not complying with commercial and employment standard documentation, including a proper website; and of course
- Not retaining legal counsel and not including a budget for such advice.

What do start-uppers and “incubators” expect from each other?

Start-uppers are looking for a pool of tech founders and are eager to work with “local” capital. Organizing a variety of events, creating attractions for motivated start-up champions, providing access to good universities, local press and marketing, and providing lodging and facilities to any association that helps initiate start-up movements is welcomed.

Although almost all countries have their own start-up scenes, “Silicon Valley” remains the great start-up idol. Vibrant start-up communities can also be found in former Eastern European countries like Slovakia. A simple joint-stock company, effective as of January 2017, was recently tailor-made for start-ups and venture capital enterprises.

One should also not underestimate the funds that may be available to start-ups; for example, important “subsidy programs” like “double equity” might be obtainable for start-ups in Austria through economic chambers, local authorities and the federal AWS.

A completely new approach to financing start-ups was recently enabled by the Austrian crowd financing law. It seems to be one of the first laws specifically enacted to improve the legal landscape of crowd financing platforms. Nevertheless, the legal requirements for crowd investing institutions and platforms, working “cross border” to fulfil the respective “national” legal requirements in each of the EU member states, still seem problematic. A renewed European volition for the free movement of capital and investments in this area remains evasive.

Opinions differed on whether start-up lawyers should be paid for their services or whether lawyers should help start-ups *pro bono* alongside their regular work. One should nevertheless not forget that lawyers are service providers, and that

ethical constraints should also be taken into consideration when drafting fee models in certain cases. It seems to be advisable to establish clear development phases with the client beforehand. Even so, start-up lawyers are advised to “forget about getting rich.”

We would like to thank all of the excellent speakers who came from all over Europe for this conference, particularly from the start-up scene, advising institutions and the Vienna Bar Association, which provided rooms for the event.

Further thanks go to Michael Rohregger, Vice-President of the Vienna Bar Council and a *pro bono* start-up lawyer himself, as well as Thomas Kulnigg, partner of Schönherr Rechtsanwälte, who was responsible for the major part of our wonderful scientific programme.

For all those interested in this very fascinating subject, note that we will meet on the first day of the Budapest Congress for a small get-together.

Michael MEYENBURG
Dr. Michael Meyenburg Rechtsanwalt
Vienna, Austria
michael@meyenburg.at



22^e Forum mondial des centres de médiation

■ Fabienne VAN DER VLEUGEL

La médiation au travers du Forum

Le 22^e Forum mondial des centres de médiation organisé à Luxembourg les 22 et 23 avril 2016 a été couronné d'un grand succès. Plus de 100 participants venant de 24 pays différents représentant les 5 continents ont eu l'occasion de se rencontrer et d'échanger à propos du développement de la médiation.

Monsieur le Premier Ministre Xavier Bettel nous a fait l'honneur de nous accueillir dans son pays, le Grand-Duché de Luxembourg, avec un discours inaugural qui restera dans les mémoires. Monsieur Xavier Bettel a vanté les mérites et les avantages de la médiation, outil performant tant en droit des affaires que dans la vie en société, de façon générale. Il a ponctué son discours de plusieurs anecdotes en indiquant dans quelles circonstances il a pu, lui aussi, faire appel à la médiation pour qu'une solution négociée et avantageuse pour toutes les parties concernées puisse être définie.

Les travaux qui ont suivi au cours des diverses sessions organisées pendant ces deux jours ont été d'un intérêt fort pratique pour l'ensemble des participants médiateurs – novices et expérimentés – du Forum.

Depuis sa création en 2001 par la commission médiation et prévention des conflits de l'UIA, le Forum mondial des centres de médiation connaît un succès croissant. Dans le respect des assises forgées par ses anciens co-présidents, Thierry Garby et Colin J. Wall, qui en ont assuré la renommée mondiale, chaque Forum est organisé avec la même dynamique, autour d'une idée clé : échange franc et transparent à propos des pratiques efficaces en matière de médiation, pour assurer le développement des expériences de chacun et participer à l'amélioration des connaissances par l'échange d'idées.

Ce 22^e Forum mondial des centres de médiation était, cette année, empreint d'une

très intense connotation, particulièrement pour les médiateurs qui participent régulièrement au forum depuis son origine, puisqu'il était entièrement dédié à Colin J. Wall (†) qui nous a quittés le 16 juillet 2015 (*Juriste International* 2015-3, p. 23). Un livre résumant les interventions du Forum est d'ailleurs en cours de rédaction en guise d'hommage.

Chacun des thèmes traités a déclenché des débats qui ont conduit l'ensemble des participants à réagir aux diverses questions posées. La première session « Médiation et gestion efficace des conflits en entreprise » conduite par Dr. Jan Kayser, Secrétaire général du CMCC (Luxembourg), a permis à des orateurs expérimentés de faire valoir l'intérêt des outils de la médiation dans le cadre des négociations commerciales, pour les réunions d'équipe et les litiges familiaux. Ainsi, Alex Brenninkmeijer, Membre de la Cour des comptes européenne, a sensibilisé l'auditoire sur l'utilité du bon usage des termes précis, leur impact sur la communication notamment dans le cadre des négociations impliquant des acteurs de nationalité et culture différentes. Nicole Descamps et Stéphanie Vautier, médiatrices spécialisées dans les litiges familiaux, ont explicité des exemples concrets et Alain Grosjean (Luxembourg) a rappelé les principes de base de la médiation.

La session organisée par Georges Hanot, Directeur des affaires et partenaire fondateur de Cons-Sent (Belgique), sur le thème « Médiation dans le secteur de la construction », a suscité de multiples questions et réactions. Il est vrai qu'avoir l'opportunité d'entendre Claude Amar (Président de l'IFCM), Jacques Wolter (Président du CMCC), et Raphaël van der Vleugel (Directeur Général de CODIC Luxembourg), nous présenter leurs idées concrètes pour apporter des solutions pratiques négociées, moins coûteuses, et plus adaptées aux litiges dans le domaine de la construction est fort enrichissant.

Zoe Giannopoulou, en charge de l'Institut de Formation en Médiation de Thessalonique (Grèce), a organisé la session consacrée

à la « Médiation commerciale portant sur litiges impliquant des membres d'une même famille ». Et c'est avec beaucoup d'intérêt que l'auditoire a écouté successivement Rahim Shamiji (Royaume-Uni), Mona Hanna (Liban) et Jason Meek (États-Unis) faire part de leurs expériences respectives dans la gestion des litiges complexes impliquant des membres d'une même famille ou d'une même communauté. Dans un tel cadre, la médiation s'avère particulièrement adaptée et requiert une perspicacité non modérée de la part du médiateur qui doit faire preuve d'un état d'esprit ouvert, d'une patience éclairée en distinguant les aspects privés, professionnels, culturels, et en aidant les parties médiées à pouvoir les gérer comme il se doit.

Le sujet qui a suivi, traité par Helena de Backer (Bruxelles), avec Ross W. Stoddard (États-Unis) et François Kremer (Luxembourg) a suscité de larges débats : Qu'en est-il de la confidentialité en médiation ? De multiples exemples concrets ont pu être décantés et analysés, les points de vue échangés avec les participants se sont multipliés et différenciés, démontrant par là que la confidentialité en médiation suscite encore et toujours des débats. Les suggestions et les cas pratiques exposés par les uns et les autres, en toute simplicité, ont permis sans aucun doute de peaufiner l'expérience des participants et, en toutes circonstances, de leur donner des idées pour adapter le traitement qu'ils peuvent accorder aux situations semblables qui pourraient se présenter à eux. Et c'est bien là, encore, le but du Forum : apprendre à s'adapter, se perfectionner par la pratique et l'expérience.

Il a ensuite été bien agréable d'entendre Thierry Garby, Président émérite du forum, rappeler, sur un ton humoristique, et sur la base d'un « jeu », certaines règles essentielles qu'il convient de respecter dans la gestion de toute médiation. Ne pas vouloir à tout prix modifier ce qui ne peut l'être, mais réussir à identifier, par l'analyse de la situation, la connaissance des

parties médiées et la prise en compte de leurs sentiments et de leur personnalité, sur quels points et aspects le médiateur peut éventuellement agir pour permettre le déclenchement d'une solution qui appartient aux parties.

La première journée du Forum a été couronnée avec la signature de la Charte de la Médiation par plusieurs entreprises luxembourgeoises et ce, en présence de Monsieur Félix Braz, Ministre de la Justice du Grand-Duché de Luxembourg. Ceci démontre une nouvelle fois l'engagement fort que sont prêtes à prendre les entreprises dès lors qu'elles ont compris que la médiation constitue un système de management de conflit adapté à leurs exigences et besoins. Le Forum, c'est aussi cela : permettre aux chefs d'entreprises de diverses nationalités de comparer leur système de gestion de litiges, de rencontrer les experts médiateurs pour réaliser combien les méthodes alternatives de résolution de conflits peuvent s'avérer rentables pour leurs entreprises, comment insérer cette technique de résolution de litige dans leur fonctionnement interne et par quel biais informer et éduquer leur département contentieux à cette pratique.

La première session de samedi matin, consacrée aux « Litiges de droit de travail » et organisée par Peggy Lansbach O'Moore (États-Unis), nous a conduits à rencontrer, via skype, F. Peter Phillips, Business Conflict Management (US) qui nous a résumé l'expérience de grandes sociétés américaines mettant en place des systèmes permettant d'anticiper, d'identifier et de résoudre des litiges impliquant des travailleurs, par la mise en place de processus consensuels tels que la médiation. Cesary Rgula (Belgique) a développé les liens entre la médiation et les multiples aspects des conflits liés au licenciement. Quant à Dr. Renate Dendorfer-Ditges, elle a détaillé d'une façon instructive le modèle allemand comportant des éléments de médiation et d'arbitrage permettant la résolution des conflits affectant les relations syndicat, direction et comité d'entreprise.

C'est avec beaucoup d'intérêt que nous avons écouté ensuite Christopher Miers (Royaume-Uni), Heather Douglas (Hong Kong) et Jeff Abrams (États-Unis) nous sensibiliser de façon détaillée et fort

documentée sur « L'exécution des accords de médiation » et sur les développements de cette matière dans leurs pays respectifs. Ce sujet soulève toujours de multiples interrogations diverses et variées, dans tous les pays concernés par la médiation, aussi bien pour les accords à dimension nationale qu'internationale. Les deux principaux instruments juridiques internationaux relatifs à la médiation, la Directive de l'Union européenne et la loi UNCITRAL sur la médiation commerciale internationale, ne prévoient pas de conditions uniformes pour l'exécution des accords de médiation. Le Groupe de Travail II d'UNCITRAL étudie une solution pouvant être apportée par l'adoption d'un texte équivalent à la Convention de New York sur les sentences arbitrales.

Le Forum a pris fin le samedi après-midi avec la traditionnelle session *Mining the Minds* (Explorer les ressources), fort appréciée par l'auditoire, et qui génère toujours, à chaque Forum, des discussions enrichissantes, sur tous les sujets pour lesquels les participants souhaitent avoir un éclairage pratique. Ces débats sont systématiquement générateurs d'idées améliorant et peaufinant nos pratiques de médiateurs.

Ceux qui le souhaitaient ont pu profiter du dimanche et de la visite guidée organisée par Monsieur Guy Arendt, Secrétaire d'État à la Culture du Luxembourg.

Bref, un Forum réussi, alliant l'enrichissement intellectuel au développement de son réseau professionnel, dans un cadre agréable et sympathique. Nous vous donnons rendez-vous au prochain Forum organisé en Pologne, du 26 au 29 janvier 2017.

Fabienne VAN DER VLEUGEL

Présidente du Forum mondial des centres de médiation de l'UIA
VDV Avocats
Serris, France
fabienne@vdivocats.com

1 Le programme complet du forum est publié sur le site internet de l'UIA, avec le nom de chacun des intervenants <http://www.uianet.org/fr/programme/forum/3494?>

Call for articles

juriste

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 relativa 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



Avoiding Pitfalls when Trading with Europe

Important Differences between European and Japanese Laws

■ Christoph OERTEL

For Japan as well as for Hong Kong, Europe was, is and will remain one of the most important markets for doing business. The Euro value of exports from these two countries to Europe runs in the billions. For Hong Kong in particular, Europe is the second largest market, behind China and even ahead of the USA. It is therefore important that lawyers know (i) how European law can affect their client's economic targets when trading with Europe and (ii) the differences between European law and the respective domestic law.

In order to spread such knowledge among colleagues in Japan and Hong Kong, the UIA in the leading hands of UIA Deputy Director of Seminars Ignacio Corbera Dale (Garriques, London, UK) and Stephen Sidkin, UIA Co-Director of Communications (Fox Williams LLP, London, United Kingdom), and in close co-operation with both the Tokyo Bar Association (TBA) and the Law Society of Hong Kong (LSHK), organised three seminars in the Far East on "Avoiding the Pitfalls when trading with Europe".

Organised so as to take place within the same week, these seminars fit in with the UIA's increased efforts to develop its activities in the Far East. The UIA focus on these increased efforts began with the annual congress in Macao held in 2013. A part of this strategy is to organise one or ideally two seminars per year in the Far East to promote the UIA's activities and membership in this area.

In Tokyo the seminars were organised on May 30-31, for two different audiences. The first day was created for local colleagues, offering the opportunity for them to familiarize themselves with this truly international matter. The second day seminar focused on in-house counsels.

The seminar tour then moved on to the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China,

where it continued on June 2. The speakers at the seminar were Nicole van Crombrugge, Enrica Senini, David Pinet, Nathalie Sinavong, Horst Becker, Stephen Sidkin and Christoph Oertel.

The topic of the seminar was a well-chosen one. "Avoiding the Pitfalls when trading with Europe" intended to examine important legal issues when trading with Europe and to raise awareness of the differences existing between European rules and the laws of each of Japan or Hong Kong. To this end, the participants were not only provided with an overview of important European agency and distribution law legislation, these rules were also commented on by local colleagues raising awareness for the differences and the similarities of the different laws.

The first segment of the seminar programme was dedicated to the critical issues in setting up a distribution network in Europe. Before going into details, different options when organizing a distribution network in Europe were presented: What are the pros and cons of using agents, distributors, franchisees, subsidiaries or joint ventures? This was followed by a reflection on what European distributors think about the core issues of up-to-date distribution contracts: exclusivity, reservation of rights, house accounts and minimum purchase requirements and ultimately, the governing law and jurisdiction. What was considered most interesting was a comment in Hong Kong from local counsel opposing the European structures in favour of options available in Hong Kong and in the People's Republic of China when organizing a distribution network.

The seminar then dealt with the particular case of selective distribution. After introducing the audience to the specifics of this type of distribution contract, their major drawbacks were discussed, particularly the complexities to be faced

with in European competition law. The Hong Kong seminar was then followed by a brief and straight-forward introduction to Hong Kong's new competition law, which went into effect at the beginning of 2016.

The third part of the seminar was dedicated to the topics of the current rules on agency law on the European level and (contract) termination. The European law in this area is complicated and contains rules which one would neither necessarily nor intuitively consider. However, the most sensitive issue of these contracts is indeed their termination and the associated costs that ensue. A local Tokyo participant offered very interesting remarks on the difficulties of termination disputes involving Japanese principals. The parties would only rarely consent to a written contract but rather rely on verbal agreements and, in turn, on trust and good faith.

The series ended on the topic of consumer protection and the ever growing online sales channels. The audience was presented with an introduction on the extensive consumer rights that are expected and enjoyed in Europe. This was followed by a report on the latest developments in Europe's legal cauldron regarding data protection and the planned regulation of social marketing in the European consumer pool. The question of costs of this extensive consumer protection for European businesses and the effect it will have on their ability to compete with companies from outside Europe was raised by the local Japanese commentator.

Aside from the informative program, the group also enjoyed a series of prestigious social events organised by the local partners. In Tokyo, the participants were hosted by the Tokyo Bar Association and the unwavering efforts of the President of the UIA Japanese National Committee, Yoshihisa Hayakawa, and his team. In Hong

Kong, the UIA speakers were welcomed by the Law Society of Hong Kong and Mr. Fred Kan, Regional Secretary for Asia.

The entire seminar event was a great success for the UIA and its goal in bringing the world's lawyers together. The support of the TBA and the LSHK helped publicize the UIA in the Far East so it can successfully compete with the other lawyer's associations active in this region. Although there still is work to be done, we are confident that these seminars were greatly successful in promoting the UIA's ideas and UIA membership in this part of the world. Moreover, these seminars are extraordinary opportunities for local and

overseas lawyers to meet and to expand their professional network. International networks are indispensable in generating future business opportunities. We will continue with these efforts. We hope that the success of this seminar will encourage UIA and all interested lawyers to follow-up on this great experience in the Far East.

Christoph OERTEL
 Member of the UIA Contract Commission
 Brödermann Jahn RA GmbH
 Hamburg, Germany
 christoph.oertel@german-law.com

Nouveautés pour votre profession

COMPARATIVE HANDBOOK: ROBOTIC TECHNOLOGIES LAW
 Sous la direction de Alain Bensoussan et Jérémy Bensoussan
 Préface de Bruno Bonnell et Mady Delvaux-Stehes
 > Collection : Lexing - Technologies avancées & Droit
 Larcier - Édition 2016 - 392 pages - 150,00 €

JOURNAL EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME / EUROPEAN JOURNAL OF HUMAN RIGHTS
 Rédacteur en chef : Olivier De Schutter
 > Larcier - 5 numéros par an - Environ 450 pages par an
 Abonnement 2016 : 170,00 €

Commandez en ligne !
 Les frais de port sont gratuits pour la France et le Benelux
 www.larcier.com
 Les références de nos distributeurs sont consultables sur notre site

larcier
 Marque de Larcier group
 www.larciergroup.com



The UIA in Munich

Drafting Effective International Contracts

■ Horst BECKER



Selling products and services is of key importance to almost every business. These sales and promotion activities often require the deployment of agents, distributors or other distribution intermediaries – not only on a national level, but also internationally, often even more so. By growing into cross-border markets, more companies than ever before face new challenges when negotiating and drafting international contracts. Even within a common market, such as the European Union, laws differ from country to country. Business and trade is growing, but so is the complexity of international contracts!

For several years now, the Contract Law Commission of the UIA and the UIA Commission on International Sale of Goods have jointly organised these workshop-seminars. In Ljubljana, Athens and Rome, they have consistently attracted a high number of local lawyers, thus promoting UIA membership and stimulating a fruitful discussion among all participants.

This seminar in Munich will focus on international sales and international agency and distributorship contracts. We will analyze the basic issues of cross-border contracts with reference to three types of contracts more commonly used by those who approach a foreign market (sales, commercial agency, distributorship), and will concurrently focus on the drafting of the clauses most commonly used in such contracts. Thus, the seminar not only aims at providing and deepening theoretical knowledge, but also at giving participants the chance to exchange ideas and experiences on concrete issues regarding contract drafting.

The first part of the seminar, which covers issues of international sales, will include a practical introduction to the CISG (Convention on International Sale of Goods), discuss the use of general conditions of sale or purchase, discuss hot topics on clauses of delivery, and analyse claims for non-conformity of the goods in

detail. This segment will be complemented by a session on choosing the right Incoterm. The second part of the seminar will be on dispute resolution in international matters of sale and distribution. Issues regarding the choice of law and choice of jurisdiction or arbitration will also be addressed. The third part of the seminar will focus on issues of international distribution. After an introduction to the organisation of an international distribution network, provisions protecting agents and distributors will be discussed, in particular provisions on goodwill indemnity. Exclusivity and non-compete clauses will also be covered, in addition to EU antitrust rules. A designated session will discuss the hot topic of sales and distribution on the internet.

Participants will receive relevant materials and examples of clauses that will be discussed during the seminar in advance. The seminar's group of highly qualified speakers with extensive practical experience in drafting and negotiating international contracts includes, among others, Fabio Bortolotti, Nicole van Crombrugge, Christine Cimadevilla, Jelena Perovic, Burghard Piltz, Milagros Poal-Manresa and Jean-Paul Vulliety.

The seminar will take place in Munich, a city that often hosts companies active in international trade. The city is world-famous for its football teams and for the Oktoberfest, but also deserves recognition as an elegant and green landscape. The first half of the month of September is one of the best times to visit Munich. The seminar also includes dinner plans on Friday evening in one of Munich's parks, for which it is also well known. An (optional) tour of one of the lakes and/or castles around Munich on Saturday afternoon will also be offered to seminar participants.

Therefore, I invite every member of the UIA to attend this seminar, which will include theoretical and practical training as well as touristic highlights. A group of highly-qualified speakers will give practical

advice to lawyers who already specialise or who wish to specialise in the field of (international) distribution. Lawyers who wish to gain an overview of the domain of international sales and distribution law are also highly welcome.

Horst BECKER
Ariathes Rechtsanwälte
Munich, Germany
becker@ariathes.eu



L'UIA au Luxembourg

Protection des données personnelles dans les services financiers (FinTech), d'assurance et médicaux : nouveau règlement et perspectives

Alain GROSJEAN



A special seminar on data protection in Financial Technology (FinTech), Insurance and Medical Services, organised by the UIA, will take place in the European Court of Justice (ECJ) on September 30 and October 1, 2016.

This prestigious European institution renews its confidence in the UIA by granting access to its premises for the second time for such an event. The ECJ is the judicial organ of the European Union which counts 28 members and more than 500 millions of citizens.

Lawyers, professionals from large groups, lecturers, researchers, and regulation authorities in the data protection area will share their opinions on this issue.

La révolution numérique dans les secteurs financier, médical et d'assurances

La révolution numérique et le contexte de la globalisation rendaient nécessaire la réforme de la législation sur la protection des données à caractère personnel. L'innovation technologique offre des opportunités professionnelles infinies et les progrès sont considérables. Ces innovations peuvent cependant présenter un risque potentiel en matière de protection des données personnelles. Cela est encore plus vrai lorsque des données personnelles sensibles ou assimilées sont en jeu comme les données personnelles bancaires, médicales ou d'assurances. Un encadrement plus strict est dès lors nécessaire.

La responsabilité des responsables de traitement : le principe d'accountability

L'Europe se trouve face à un enjeu de taille : l'innovation dans le respect de l'humain. C'est d'ailleurs l'objectif poursuivi par le nouveau règlement européen sur la protection des données voté par le Parlement européen le 14 avril dernier¹.

Le principe d'accountability est au centre de ce nouveau règlement qui tend à responsabiliser de manière significative tous les acteurs économiques, qu'ils soient publics ou privés. Désormais, ils devront mettre en place les mesures appropriées pour garantir la protection des données à caractère personnel et être en mesure de prouver que le traitement de ces données a été effectué en conformité avec le nouveau règlement européen, et ce, dès sa conception².

La Cour de justice de l'Union européenne : gardienne des droits fondamentaux

Par l'arrêt *Digital Rights Ireland* du 8 avril 2014 qui a invalidé une directive européenne contraire à la protection des données personnelles, le célèbre arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014 qui a consacré un droit à l'oubli opposable aux moteurs de recherche et le retentissant arrêt *Schrems* du 6 octobre 2015 qui a invalidé le « Safe Harbor », la Cour de justice de l'Union européenne se positionne en gardienne des droits fondamentaux. Cette haute institution européenne, pivot de la construction européenne est par conséquent un lieu emblématique et hautement symbolique pour organiser un tel séminaire.

Un programme de séminaire sur trois axes

1. Le secteur financier

Les *FinTech*, entreprises utilisant les innovations technologiques dans les secteurs de la banque et de la finance nécessitent de repenser le schéma traditionnel de ces métiers. Ces services sont multiples, il s'agit du financement d'entreprise, du crédit aux entreprises, du paiement en ligne, de la gestion de portefeuilles, des services bancaires en ligne, etc. Le *Big Data*, l'analyse prédictive, la gestion des risques et la mobilité concurrencent les activités traditionnellement dévolues aux banques.

Le séminaire abordera, dans un premier temps, la mutation de ces services financiers

traditionnels. Puis des experts parleront des nouveaux modes de paiement et de sécurisation tels que le paiement sans contact, sur *smartphone*, la monnaie virtuelle ou encore la technologie *blockchain*³. Il sera ensuite question de la cybersécurité et de la protection des données. Enfin, d'autres intervenants partageront leur réflexion sur l'intelligence artificielle et les services financiers ainsi que sur la méthode d'analyse automatisée.

2. Le secteur des assurances

La protection des données personnelles dans le secteur des assurances sera également abordée lors de ce séminaire. En effet, l'utilisation des données personnelles massives permet aux assureurs de mieux cibler leurs clients et de tarifier un produit d'assurance selon des critères plus pertinents mais aussi d'enrichir leurs offres de produits. Certains assureurs proposent notamment d'adapter leurs tarifs d'assurance automobile à la façon dont les assurés conduisent (*Pay how you drive*). Le recours aux nouvelles technologies permet ainsi d'individualiser l'assurance mais cela ne va pas sans poser de délicates questions en termes de protection des données personnelles.

3. Le secteur médical, le Big Data et la robotique

Enfin, le secteur médical bénéficie lui aussi d'évolutions technologiques spectaculaires. L'usage du *Big Data* ou des objets connectés dans la santé va s'imposer et aura un impact très important sur le système de santé en général. Là encore, le recours à ces nouveaux moyens technologiques permettra de fournir au patient un diagnostic et un suivi personnalisés et automatisés. Par ailleurs, l'agrégation des données médicales, leur analyse massive amélioreront considérablement les domaines de la recherche et de la prévention médicales. L'analyse de ces données ne sera plus une simple coïncidence mais une analyse prédictive permettant d'éviter certaines maladies.

Lors du séminaire, un professeur d'université présentera la *silver economy*

dédiée à l'avancée en âge de nos sociétés. Il s'agit d'une véritable économie transversale porteuse de croissance et d'emploi dans les secteurs des loisirs, transports, alimentation, sécurité, santé, domicile, assurances, etc. Tous ces marchés sont en train de s'adapter au vieillissement de la population et au bien vieillir. À ce sujet, une démonstration sera réalisée avec un robot humanoïde destiné à assister les personnes âgées vivant chez elles.

Les perspectives américaines et le transfert des données outre-atlantique

Dans une économie globalisée où les données massives circulent en un temps éclair d'un continent à un autre, les législations n'ont plus de frontières. Le nouveau règlement européen a, d'ailleurs, pour objectif d'unifier la législation dans les 28 États membres. Dans ce contexte, il est particulièrement intéressant d'analyser comment peuvent se confronter les législations européenne et américaine. À ce titre, des orateurs interviendront pour réfléchir aux perspectives américaines et notamment aux conséquences de l'arrêt *Schrems* précité.

Le défi des autorités de régulation

En outre, des membres d'autorités de régulation telles que la CNIL en France ou la CNPD au Luxembourg, viendront de toute l'Europe pour nous expliquer comment ils encadrent au quotidien les innovations technologiques dans les secteurs financiers, d'assurance et médicaux.

Des points de vue multiples

Bien que différents, les trois secteurs d'activité visés par ce séminaire ont pour vecteur commun de traiter des données particulièrement sensibles ou du moins assimilées. Il appartient donc à ces secteurs de trouver un équilibre entre la nécessaire adaptation aux nouvelles technologies, la recherche de compétitivité, l'amélioration des services et la nécessité de protéger les données personnelles, conformément à la législation en vigueur. Il s'agit plus d'un changement de paradigme que d'une révolution numérique.

Le séminaire, en faisant intervenir des avocats, des professionnels, des juges, des chercheurs et des régulateurs, tentera d'apporter un éclairage à ces évolutions complexes mais passionnantes.

Alain GROSJEAN
Secrétaire Général adjoint de l'UIA
Bonn & Schmitt
Luxembourg, Luxembourg
agrosjean@bonnschmitt.net

1 Règlement du parlement européen et du conseil relatif à la protection des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, approuvé par le vote du 14 avril 2016.

2 En vertu des principes d'*accountability* et de *privacy by design* du nouveau règlement sur la protection des données à caractère personnel.

3 Le *Safe Harbor* permettait aux entreprises américaines qui y avaient adhéré, de recevoir des données venant de l'Union européenne, sans autre formalité.

4 La *blockchain* est une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée, et fonctionnant sans organe central de contrôle.

Placez
votre pub ici

En communiquant
dans le
juriste
vous adressez
votre message
aux professionnels
du droit
du monde entier

Contact

Régis LAURENT
Régie publicitaire
SEEPP S.A.S.
7, rue du Général Clergerie
75116 Paris
Tél. : + 33 1 47 27 50 05
Fax : + 33 1 47 27 53 06
E-mail : seepp@wanadoo.fr

UIA
www.uianet.org



Nace el Foro de Abogados Latinoamericanos de la UIA

■ Eduardo LORENZETTI MARQUES

The UIA Latin American Lawyers' Forum was recently established, and its first meeting will take place in Budapest during the annual Congress. At the inaugural meeting, each of the participating countries will hold a brief presentation on relevant legislative changes and new elements that influence the practice of law in their respective states. Representatives from 13 countries are confirmed: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Mexico, Panama, Paraguay, Peru and Uruguay. This Forum will be an excellent opportunity to meet colleagues from the region and to learn about updates.

América Latina ha sido históricamente asociada con una imagen de subdesarrollo económico, corrupción e inestabilidad política. Pero ¿es ésta la realidad latinoamericana hoy? La región que reúne a una población más grande que la de la Unión Europea (los Latinoamericanos son más de 600 millones) se ha transformado de manera exponencial en las últimas tres décadas, periodo en el cual la democracia se ha consolidado en el continente, siendo, después de Asia, el destino de importantes inversiones extranjeras. Como consecuencia de tal consolidación, tanto la seguridad jurídica en cada país como la inserción internacional latinoamericana han crecido exponencialmente, transformando la región en objeto frecuente e interesante de estudios de juristas internacionales.

En la UIA, los Latinoamericanos tienen una participación demasiado baja. Hay aproximadamente entre un 5% a un 7% de miembros latinoamericanos en nuestra organización. Esta situación se repite en lo tocante a la organización de seminarios, cursos de formación o participación en los órganos directivos. Esta cifra debería ser duplicada para que haya una representación proporcional a nivel mundial o incluso ser cuadruplicada para aproximarse en términos proporcionales a la participación africana, a modo de ejemplo. Si hacemos cálculos en relación al número de abogados, la situación

es mucho más crítica, porque hay más abogados latinoamericanos que africanos o europeos (solo en Brasil, hay casi un millón de abogados, número total aproximativo de abogados en la Unión Europea).

Al pensar en revertir esta situación, en el último congreso de la UIA que se llevó a cabo en Valencia, España, del 28 octubre al 1º noviembre del 2015, al finalizar la reunión de la Comisión Inversiones Extranjeras, un grupo de colegas latinoamericanos se reunió por primera vez de manera organizada para analizar la posibilidad de organizar nuevos seminarios en América Latina, así como para tratar la posibilidad de formar un nuevo grupo dentro de la estructura de la UIA. En seguida, una carta fue enviada al Presidente Jean-Jacques

Si bien estamos en la etapa de la organización de dicha sesión, podemos afirmar que contamos con la confirmación de asistencia de representantes de 13 países, siendo nuestra expectativa contar con la presencia de representantes de 16 países cuando se celebre el 60º Congreso.

Durante la sesión, después de la apertura de los trabajos por los Presidentes de Honor e invitados, se dará la palabra al representante de Argentina, país que deberá atraer mucha atención teniendo en cuenta el reciente cambio de gobierno y la expectativa que genera la posibilidad de haber de nuevo un papel protagonista en el comercio internacional así como también de ser de nuevo un receptor de inversiones extranjeras.

Por lo tanto, la primera sesión del Foro de Abogados Latinoamericanos será una gran oportunidad para conocer a los colegas de la región (...)

Uettwiller, quien aceptó la solicitud de formar el Foro de Abogados Latinoamericanos, el cual se reunirá por primera vez en Budapest, durante el 60º Congreso de la UIA. La primera sesión del Foro de Abogados Latinoamericanos de la UIA, contará con la presidencia de honor de los Expresidentes D. Miguel Loinaz y D. Paulo Lins e Silva, y ha recibido asimismo el apoyo de los Presidentes del Foro de Abogados de Habla Portuguesa y del Foro de Juristas de Lengua Española.

La reunión inaugural del Foro está siendo organizada de forma que un miembro de cada país participante tenga la oportunidad de formular una rápida presentación sobre cambios legislativos relevantes, así como nuevos elementos que influyen sobre la práctica de la abogacía en su país. Cuando un país sea objeto de la presentación, colegas de dicha nacionalidad, presentes en la sala, serán invitados a presentarse, indicando su apellido, ciudad y área de práctica con el fin de facilitar el *networking* entre todos los presentes.

Luego será el tiempo de Bolivia, país gobernado por un régimen de izquierda que promovió nacionalizaciones y cambios en la legislación con el objetivo de proteger sus recursos naturales. El gobierno siente los cambios políticos de la región y los efectos económicos de los bajos precios de la *comodities*. En tal contexto, resultará interesante conocer cuáles son los cambios en curso y las tendencias futuras.

El gigante Brasil será el próximo. De sueño a pesadilla, la sociedad brasileña se enfrenta a una de sus peores crisis en términos históricos. Inflación, desempleo, deuda y déficit público creciente, disminución acentuada del PBI y escándalos de corrupción derrumbaron el gobierno del partido de los trabajadores y ha llevado al poder una nueva clase dirigente que promete sanear las finanzas y atraer inversiones extranjeras.

Chile, el único país de Latinoamérica miembro de la OCDE, se presentará después. País económico y políticamente

estable, Chile siempre es una referencia en estas ocasiones y sin duda podrá añadir su exitosa experiencia en la región, como promover las inversiones extranjeras.

Colombia ha presentado en los últimos años un *booming economy*, ya que datos económicos recientes indicarían que Colombia habría superado Argentina como segunda economía en América del Sur. Este fuerte crecimiento económico ha producido cambios importantes en diversos escenarios que merecen ser conocidos.

Costa Rica, Guatemala, Honduras y Panamá, cuatro países de América Central con dimensiones parecidas, presentarán un cuadro económico, social, político y jurídico menos homogéneo de lo que se pueda imaginar. Mientras Costa Rica es uno de los países más estables política y económicamente de la región, Guatemala y Honduras presentan una historia política más inestable. Un actor cómico ha sido recientemente elegido como Presidente de Guatemala, a través del cual muchos depositarán sus votos de protesta e inconformidad. Honduras está sufriendo la creciente criminalidad asociada al narcotráfico. Finalmente, Panamá será un país que atraerá la atención durante la sesión, tras el reciente escándalo mundialmente conocido como *Panamá papers*.

México, segunda economía de América Latina, muchas veces está en primer lugar como foco de interés en la región. Su fuerte economía, numerosa población y la proximidad con los Estados Unidos hacen que dicho país sea un destino muy atractivo para las inversiones extranjeras y *partner* estratégico de intercambio comercial.

Paraguay, Perú y Uruguay son los últimos tres países que ya confirmaron la participación en el Foro. Aunque el primero y el último sean países que son miembros del Mercosur (Unión Aduanera que reúne Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela), presentan unas situaciones sociales, económicas y jurídicas bastante diferentes. Paraguay tiene una economía fundada en su sector agropecuario y tiene una legislación focalizada en la protección de sus recursos naturales, aunque con ciertos mecanismos estimulantes para las inversiones extranjeras. Uruguay también tiene un sector agropecuario importante,

además de sectores industriales y servicios (incluso financieros) bien desarrollados. La legislación es moderna y muy incentivadora para las inversiones extranjeras. La protección de los derechos humanos y las libertades individuales son considerados como ejemplos a seguir en América Latina. Perú, en los últimos años, ha vivido un periodo de acentuado crecimiento económico, con fuertes aportes de inversiones extranjeras en el sector de minería.

También han sido contactados posibles representantes de Cuba, Ecuador y Venezuela, pero todavía no hemos recibido la confirmación de éstos. Los países arriba citados, son países que despiertan mucho interés y, en el caso específico de Venezuela, también preocupaciones porque hay muchas informaciones sobre restricciones de la libre práctica de la abogacía en este país.

Les pedimos que contacten el autor de este artículo o la UIA en el caso de que supieran de unos colegas disponibles para representar países latinoamericanos todavía no representados en nuestro Foro. Su contribución será importante y bienvenida.

Por lo tanto, la primera sesión del Foro de Abogados Latinoamericanos será una gran oportunidad para conocer a los colegas de la región y el estado actual de la económica, política y, sobre todo, jurídica que atraviesan estos países.

Esperamos que ésta sea la primera de muchas reuniones que servirán como herramienta promocional del interés común de los abogados latinoamericanos, así como también para el fortalecimiento de la UIA en la región.

Eduardo LORENZETTI MARQUES
*Presidente del Foro de Abogados
Latinoamericanos de la UIA
Campedelli e Marques Advogados
São Paulo, Brasil
emarques@advcm.com.br*

Donnez-nous
votre email !

Gardez le contact
avec l'UIA

- > recevez nos communications
- > suivez l'actualité de nos commissions scientifiques
- > communiquez avec les avocats membres de l'UIA

Envoyez votre adresse
email à
uiacentre@uianet.org

ou complétez votre profil
dans votre espace
personnel sur
www.uianet.org



**In 2016,
the UIA celebrates
its 60th Congress
in Budapest.
Come and meet
the World's
Lawyers!
October 28 -
November 1,
2016**

Budapest : la perle du Danube !

Budapest, surnommée la perle du Danube, est la capitale de la Hongrie. Elle est réputée pour la richesse de son patrimoine culturel et architectural mais aussi pour ses sources thermales. Budapest est formée de Buda, la ville historique (rive droite) et de Pest, la ville moderne (rive gauche). À l'occasion de votre séjour en Hongrie, ne manquez de découvrir de nombreux monuments comme l'église Matthias, le Bastion des Pêcheurs, le Parlement, etc.



Bande annonce du congrès de Budapest

À retrouver sur notre chaîne Youtube, UIA - Union Internationale des Avocats, avec les thèmes principaux, un message du Président Jean-Jacques Uettwiller et les messages d'accueil du Comité hongrois et du Président du congrès András Szecskay.



Curieux de savoir comment se passe un congrès UIA ?

Retrouvez également l'ambiance du congrès de Valence qui vous donnera un aperçu de ce qui vous attend à Budapest : sessions de travail, soirées, interviews de participants.



Congress President András SZECKAY with the participation of Judit Budai, Seminar Director.

Why is Budapest the ideal location for an international Congress for lawyers?

Given that the UIA conference welcomes guests from around the world, Budapest is an ideal location because it is in the very centre of Europe. The city is very easily and quickly accessible from anywhere else on our continent, including from large regional international air traffic hubs such as Frankfurt, meaning that visitors from the Americas and other continents can also benefit from quick and easy connecting flights.

In addition, Budapest is perfectly placed to enable short-term visits to other prominent former cities of the Austro-Hungarian Empire, including Vienna, Prague and Bratislava. Think of this region's vast cultural heritage!

Since 2004, when Hungary joined the EU, the two EU directives on the provision of cross-border legal services by lawyers registered in one of the member states have ensured that Hungary can welcome a number of foreign EU legal counsels who are primarily registered with the Budapest Bar Association and who work with both international and independent firms. Consequently, there is certainly an international flavour to our legal community these days, a quality that we are very proud of. We find it equally important to increase and maintain our integration with the global legal community, which is why it will be an absolute pleasure for us to host the UIA Congress in our capital city this coming October.

What do you think of the two main themes of the Congress?

As corporate governance and data protection regulations have multiplied over the last 15 years, the legal profession has had to help clients develop new compliance strategies and keep abreast of legal changes reflecting technological leaps, including the growth of the internet and the advent of big data.

Compliance is certainly more important today than it has ever been for businesses and undertakings operating in any field. Alongside the private sector, governmental bodies and the judiciary are also affected by regulations, and lawyers are responsible for educating and disciplining their clients so that they remain on the right side of the law.

Regarding data protection, this is one of the hottest topics around nowadays as well, especially in light of the different EU and US regulations on the subject. Our collective ability to generate and store data has multiplied greatly in the last five years, especially given the growing influence of the cloud, and how these massive amounts of data are stored and handled from a legal point of view is one of the biggest challenges facing lawyers at this time.

In summary, both topics are very pertinent and should provide conference attendees with some useful food for thought.

Lawyers from around the world will come to Budapest hoping to meet an important delegation of Hungarian lawyers. What are the characteristics of the legal profession in Hungary?

There are nearly 14,000 lawyers in Hungary, a civil law country, and all lawyers must belong to a bar association. Each of the 20 counties in Hungary has its own territorial bar association, including the Budapest Bar Association, and all of these territorial bar associations are members of the Hungarian Bar Association. Most business lawyers practise in Budapest, either in branches of international firms or in independent firms, which enjoy healthy competition with one another, the same as everywhere else on earth! The UIA Congress will offer a very special educational and social opportunity for Hungarian lawyers to meet colleagues from all over the world, to discuss and exchange views and to improve their knowledge about other legal systems. Most law firms in Hungary still operate as independent firms, so the networking opportunities that the Congress will provide will be invaluable.

Lawyers all enjoy rights of higher audience; i.e. all qualified members of a bar association can appear before any of the courts (we do not use the barrister/solicitor distinction). Alongside lawyers, notaries enjoy a prominent position in our jurisdiction, like in other civil law countries, and they are responsible for the execution of a wide variety of legal documentation that lawyers cannot provide.

Budapest is a very attractive city. Which sites would you recommend that participants visit?

Budapest has an extensive World Heritage Site which includes the banks of the Danube, the Buda Castle Quarter (the castle itself, together with the St. Matthias Church and the Fisherman's Bastion), Andrassy Avenue, Heroes' Square and the Millennium Underground Railway, which is the second-oldest metro line in the world. These are all worth a visit, in addition to the Great Market Hall, where you can see the largest and oldest indoor market in Budapest in action.

Alongside traditional sightseeing opportunities, the "ruin bars" in the 7th district are now an extremely fashionable and unique collection of venues for a night out. This district is also home to the Dohány Street Synagogue, the largest synagogue in Europe. If you are a fan of opera, I would definitely recommend visiting our neo-Renaissance opera house located in central Budapest, on Andrassy Avenue, or, if you prefer classical music, catching a show at the recently renovated Liszt Academy of Music, which was founded in 1875.

I would also recommend traditional Hungarian cuisine and tasting some of our excellent local wines and/or palinka, our local spirit traditionally made from a variety of different fruits. Finally, the city has around 80 geothermal springs and the world's largest thermal water cave system, so please do not forget to bring your swimsuits!

And last but not least: please do not limit your stay to the days of the Congress. Do come earlier and stay after the Congress, enjoy Budapest, other cities and the countryside in Hungary! I am sure you will find friends and entertainment in this rich cultural hub.

BUDAPEST 2016

Scientific Programme and Special Sessions

300 speakers

More than 20 working sessions

10 joint sessions

10 special sessions:

- Spanish-Speaking Lawyers' Forum
- Latin American Lawyers' Forum
- Portuguese-Speaking Lawyers' Forum
- Arabic-Speaking Lawyers' Forum
- Hong Kong Bar Association / Shanghai Bar Association
- Forum of Lawyers from Central and Eastern European Countries
- Speed dating for Law Firms
- UIA / ABA
- International Bar Leaders' Senate
- Young Lawyers' Session

Thème Principal 1 : La *compliance*

Enjeux et opportunités pour la profession d'avocat.

L'objectif de ce thème principal est de familiariser les participants avec la *compliance*, ses composantes fondamentales, les enjeux qu'elle comporte, les avantages d'un programme de *compliance*, ses piliers, son intégration au fonctionnement de l'entreprise, les mécanismes d'examen et de rapport ainsi que les procédures d'enquête en cas de problème.

Samedi 29 octobre 2016

9h00 - 12h30 / 14h00 - 17h30

Senado Internacional de los Colegios de Abogados

Es el lugar de encuentro e intercambio entre Decanos, Presidentes de Colegios de Abogados y de organizaciones de abogados para reflexionar y confrontar opiniones sobre temas de actualidad relacionados, en particular, con los valores fundamentales de nuestra profesión.

El tema de este año es: La protección de la confidencialidad del cliente y la divulgación de información para luchar contra el blanqueo de capital: ¿posturas compatibles o totalmente opuestas?

Sábado 29 de octubre de 2016

14:00 - 17:30

Forums

The Congress also includes special forums.

The Latin American Lawyers' Forum is being held for the first time this year as well as the Forum of Lawyers from Central and Eastern European Countries. Both will be accompanied by the Law Firms' Forum, the Spanish-Speaking Lawyers' Forum, the Portuguese-Speaking Lawyers' Forum, and the Arabic-Speaking Lawyers' Forum.

Main Theme 2: Privacy and Data Protection in a Digital World

Towards an International Regulatory Approach for Mass Surveillance and Profiling

The session will, in general, be devoted to the issue of government surveillance of citizens for criminal profiling purposes (public aspect) as well as the corporate use of the personal data of clients/users for commercial profiling purposes (private aspect) in the context of a society where the processing of citizen and consumer data is increasingly prevalent.

Sunday, October 30, 2016

9.00 am - 12.30 pm

Joint sessions

This year, several commissions join efforts to foster debate on hot legal topics facing different areas of the law, such as:

- Art Law / Computer and Telecommunications Law / Fashion Law / Intellectual Property on the theme: 3D printing – the Shape of Things to Come
- Business and Human Rights / Environment Law and Sustainable Development on the theme: Impacts of Climate Change on Human Rights: What solutions are companies offering?
- Contract Law / International Sale of Goods / Privacy and Rights of the Digital Person on the theme: Online Contracts - The Future

Interpretación simultánea

Durante el congreso, algunas sesiones tendrán de una traducción simultánea en español, francés e inglés.

Séera el caso de las ceremonias de apertura y de clausura, de las reuniones oficiales de la UIA, de las sesiones principales y conjuntas en particular.

UIA Women's Cocktail

Saturday, October 29

5.30 pm - 6.30 pm

Women lawyers will have the pleasure to meet Professor Márta Fülöp (Hungarian Academy of Sciences, Budapest, Hungary), who will introduce a gender competition study, and Ouafya Sidhoum (President of the Bouira Bar Association, Algeria), who will give her input on her experience on how women professionals can advance in the business environment in Africa.



Prix Monique Raynaud-Contamine

Le prix Monique Raynaud-Contamine récompense un avocat pour le meilleur rapport présenté lors du congrès annuel de l'UIA en raison de la qualité de son contenu scientifique.

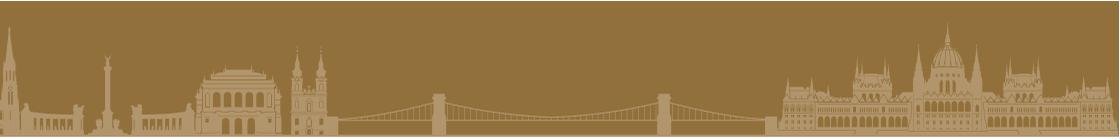
Le gagnant du prix bénéficiera :

- D'une inscription gratuite au congrès de l'UIA de l'année suivante.
- D'une année d'adhésion gratuite à l'UIA pour l'année civile suivant la remise du prix.

Le prix Monique Raynaud-Contamine sera décerné lors de la cérémonie de clôture.

L'un des deux prix est attribué à un jeune avocat.





Assurez-vous d'être en règle avec les formalités d'entrée en Hongrie

■ Si vous êtes ressortissant de l'Union européenne et de Suisse : Pour un séjour de moins de 3 mois, aucun visa n'est obligatoire pour entrer en Hongrie.

■ Si vous n'êtes pas ressortissant de l'Union européenne ou de Suisse : Veuillez consulter le site du Ministère des Affaires Étrangères hongrois (www.konzuliszolgalat.kormany.hu/en) pour vérifier si vous devez ou non être titulaire d'un visa.

Nous vous invitons donc à vous inscrire rapidement afin de bénéficier du tarif préférentiel et afin que nous puissions communiquer le 31 juillet 2016 la liste des participants à l'Ambassade de Hongrie. En cas de refus de visa, il ne sera procédé à aucun remboursement après le 30 septembre 2016.



Useful links:

- www.uianet.org
- www.destinationplus-uia.com
- www.uiabudapest2016.com
- www.konzuliszolgalat.kormany.hu/en

¡Descubra la mini página Web de Budapest!

Para seguir toda la actualidad del congreso, podrá conectarse a través de nuestra mini página Web dedicada al congreso de Budapest. Tendrá la posibilidad de descargar directamente todas las ponencias del congreso, consultar los horarios de las sesiones, etc. www.uiabudapest2016.com



The UIA has three registration fee periods:

- > Until July 31, 2016
- > From August 1 to September 30, 2016
- > And from October 1, 2016 to the closure of registration

The registration fee will increase after each period; to benefit from the preferential rate, register in the congress section at www.uianet.org before July, 31!

Online registration helps you save time. You can also book your accommodation and activities through www.destinationplus-uia.com

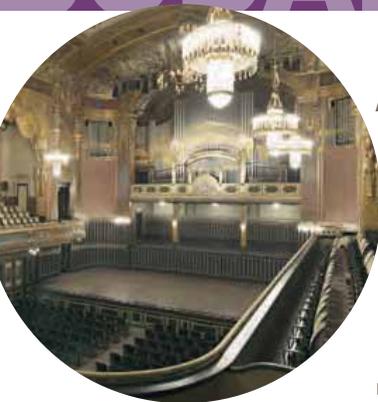


Retrouvez-nous sur Twitter pour toutes les informations relatives au congrès !

Participez aux débats et aux discussions à l'aide du hashtag #UIABudapest ! La communauté UIA vous attend, et compte sur vous pour animer les réseaux avant, pendant et après le congrès.

Vous pouvez aussi avoir accès à toutes les informations sur nos comptes Facebook  et Linked 

BUDAPEST 2016



Actividades sociales del congreso

- Ceremonia de inauguración y cóctel de bienvenida en la Academia de la Música
- Velada informal con cóctel cena en el Várkert Bazar
- Cena de gala en el Pesti Vigadó
- Ceremonia de clausura en el Hotel Marriott Budapest
- Excursión general en Gödöllő

Se han previsto actividades para que disfrute al máximo su estancia en Budapest.

iParticipe al Footing a orillas del Danubio el domingo 30 de octubre y al partido de fútbol contra un equipo de abogados húngaros el lunes 31 de octubre!



Excursión general en Gödöllő y el parque ecuestre Lázár

Situado a 35 km de Budapest, el castillo de Gödöllő fue la residencia de verano de Francisco José I y de la reina Isabel (Sissi) de 1867 a 1916. Podrá visitar el castillo y descubrir numerosas salas amuebladas como en el siglo XIX y admirar las colecciones de porcelanas y armas.

Después, un traslado hacia la granja Lázár está previsto, donde podrá degustar una copa de aguardiente de albaricoque y «pogácsa» (galletas saladas típicas de Hungría). Después de la visita guiada de la granja, asistirá a un espectáculo ecuestre y se servirá un almuerzo típico húngaro.



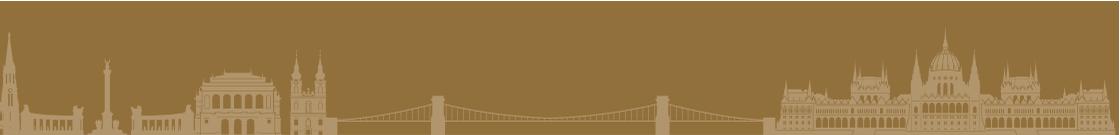
Destination Plus propose de nombreuses activités pour les accompagnants des congressistes !

- > Découverte pédestre du quartier de Pest
- > Découverte pédestre du quartier du château
- > Budapest en musique : Opéra National de Budapest
- > Relaxation et détente aux bains Széchenyi
(Exclusivité UIA : entrée VIP)
- > Cours de cuisine au Grand Marché Couvert
- > Dîner ambiance tzigane

Hébergement :

Cette année, tous les hôtels sélectionnés par l'UIA sont situés à quelques minutes à pied de l'hôtel Marriott, où se tient le congrès. Notre agence partenaire Destination Plus propose des chambres à l'hôtel Marriott, à l'Intercontinental, au Four Seasons et d'autres, que vous pouvez découvrir à la page 45 de notre programme ou sur notre site internet.

Les tarifs que nous vous proposons sont spécialement négociés pour le congrès, et les places sont limitées. C'est pourquoi nous vous conseillons vivement de faire vos réservations dès que possible auprès de Destination Plus, sur leur site internet : www.destinationplus-uia.com



DID YOU KNOW THAT

Budapest est la ville qui compte le plus de sources d'eau chaude au monde ?

The Hungarian Parliament is the third largest parliament in the world?

The Budapest Zoo and Botanical Garden is one of the oldest zoo parks in the world?

La Hongrie accueille le festival de musique et de culture le plus important d'Europe, le Sziget Festival ?

Le pont des Chaînes ou Széchenyi Lánchíd mesure 360 mètres de long et constitue l'emblème de Budapest ?

El cubo de Rubik fue inventado por el húngaro Ernő Rubik?

El segundo metro del mundo fue construido en Budapest?

9 puentes unen Buda y Pest, las 2 partes de la capital a ambos lados del Danubio?

Hungary has 22 wine-producing regions among which the famous Tokaj region, designated as a World Heritage site by Unesco?



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





Coupables par omission

Les jugements Bemba et Habré, illustrations de la responsabilité du supérieur hiérarchique

■ Julie GOFFIN

« On se sentait comme des sous-hommes en les rencontrant, donc il n'y a que la justice... C'est pourquoi, devant les Chambres, ... Habré... Le me sentais plus fort, plus grand en débattant tout ce qu'ils m'ont fait » Souleymane Guengueng, victime et témoin dans le procès d'Hissein Habré.

Le 21 mars 2016, la Chambre de première instance III de la Cour pénale internationale (CPI) déclarait Jean-Pierre Bemba Gombo coupable de meurtre et viol en tant que crimes contre l'humanité et crimes de guerre, et pillage en tant que crime de guerre¹. Les faits dont a été saisie la Chambre se situent entre octobre 2002 et mars 2003, sur le territoire de la République de Centrafrique.

Cette troisième condamnation de la CPI vise un des hommes politiques les plus influents de la République démocratique du Congo. Vice-Président du gouvernement de transition de 2003, Jean-Pierre Bemba était au moment de son arrestation à Bruxelles en 2008, sénateur et président du Mouvement de Libération du Congo (MLC), un des principaux partis d'opposition. Il était également commandant en chef de l'Armée de libération du Congo (ALC). Les faits pour lesquels il a été condamné concernent les crimes perpétrés par le MLC, envoyé sur le territoire centrafricain en soutien au Président Patassé qui avait alors à faire face aux rebelles du Général Bozizé.

La décision du 21 mars 2016 intervient après un délibéré de 16 mois et à l'issue d'un procès de plus de 5 ans au cours duquel ont déposé 77 témoins dont deux victimes ayant participé à la procédure.

Il est à noter que Jean-Pierre Bemba reste par ailleurs en attente de la décision de la Cour dans une procédure pour atteintes à l'administration de la justice – notamment subornation de témoins – et concernant également certains de ses avocats, un de ses proches et un témoin.

Deux mois après la décision de la CPI, la Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises (la « Chambre d'assises ») déclarait Hissein

Habré, président du Tchad de 1982 à 1990, coupable de plusieurs crimes contre l'humanité, crimes de guerre et torture pour des faits commis durant sa présidence (notamment viol, esclavage forcé, homicide volontaire, pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, torture, traitements inhumains, détention illégale et atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental)².

une condamnation concomitante pour commission sur des faits identiques. En cas d'éléments suffisant pour établir une condamnation pour commission ou contribution à la commission, il est exclu de condamner également pour n'avoir pas empêché ou puni cette commission.

La responsabilité du supérieur hiérarchique figure tant dans les statuts des tribunaux

Le jugement Bemba constitue la première condamnation pour viol en tant que crime de guerre et crime contre l'humanité par la CPI.

Résultat inespéré d'une longue traque judiciaire³, le procès de l'ex-Président tchadien devant cette chambre créée au sein des juridictions sénégalaises⁴ a commencé le 20 juillet 2015 et a vu l'audition de 96 victimes témoins et experts, jusqu'à la clôture des débats prononcée le 11 février 2016.

Ces deux décisions ont en commun de retenir à l'égard des condamnés une forme de **responsabilité pénale dite par omission**, la responsabilité du supérieur hiérarchique. Elles constituent par ailleurs des premières en matière de **condamnation de hauts responsables pour viol et violences sexuelles**.

1. La responsabilité par omission du supérieur hiérarchique

Par application de la responsabilité du supérieur hiérarchique, retenue de façon exclusive à toute autre à l'égard de Jean-Pierre Bemba et concomitamment à des modes de commission directe à l'égard d'Hissein Habré, tous deux ont été en tant que commandants militaires tenus responsables pénalement pour les actes de leurs subordonnés.

Cette forme de responsabilité, qui peut intervenir même s'il est prouvé que les supérieurs n'avaient pas connaissance des actes de leurs subordonnés, exclut

pénaux internationaux pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie⁵ que dans le Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone⁶ et le rapport de la Commission internationale d'enquête sur la situation au Darfour au Secrétaire général des Nations Unies⁷. Il lui est reconnu aujourd'hui une valeur coutumière.

Sa présence dans le statut des Chambres Africaines Extraordinaires (CAE) n'a donc rien d'étonnant, en particulier au vu de la position hiérarchique exercée en droit comme en fait par Hissein Habré. L'article 10(4) du Statut des CAE⁸, reproduit d'ailleurs en tous points le principe de la responsabilité hiérarchique telle qu'il figure dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.

La Chambre d'assises retient la responsabilité d'Hissein Habré sur le fondement de cette disposition pour différents crimes de guerre (homicide volontaire, torture, traitements inhumains, détention illégale, et traitements cruels commis en situation de conflit armé international et non international). Les faits constitutifs de ces crimes sont relatifs aux conditions de détention des prisonniers de guerre (et en particulier 150 cadres militaires du GUNT⁹), aux sévices subis en détention par ces prisonniers et aux morts qui s'en sont suivies pour un nombre non négligeable d'entre eux, durant différentes périodes de la présidence du condamné.

La Chambre d'assises retient la présence de l'ensemble des critères nécessaires à la démonstration de la responsabilité du supérieur hiérarchique : elle rappelle qu'Hissein Habré était chef des armées. Elle retient des éléments de preuve qu'il avait le contrôle effectif tant sur les militaires (FANT) que sur les services de sécurité de la DDS. Elle décrit les conditions dans lesquelles les prisonniers étaient détenus et les autorités exerçant le contrôle sur ces détenus. La Chambre énumère une série d'éléments factuels et d'événements dont elle déduit ensuite que l'accusé « savait ou au minimum avait des raisons de savoir, que ses subordonnés avaient commis, commettaient et/ou étaient sur le point de commettre des sévices contre les prisonniers de guerre » (...) ou encore qu'il « savait ou avait des raisons de savoir qu'un grand nombre de prisonniers de guerre étaient sur le point d'être abattus et/ou avaient été abattus par ses subordonnés »¹⁰.

La Chambre fait enfin le constat de l'absence de sanctions suite aux meurtres dont Hissein Habré avait eu connaissance, de l'absence de mesures visant à prévenir de nouveaux homicides et de nouvelles mesures de représailles par les militaires du FANT à l'égard de ces prisonniers.

La Chambre d'assise conclut à l'existence dans le chef d'Hissein Habré de tous les éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique qui savait ou devait savoir que la commission de crimes par ses subordonnés avait eu lieu ou allait avoir lieu et n'a pris aucune mesure pour la sanctionner ou la prévenir.

Concomitamment à l'existence d'une responsabilité pour crime de guerre du fait des actes commis par ses subordonnés, la Chambre d'assises retient à l'égard d'Hissein Habré une condamnation pour commission – comme auteur direct – de différents crimes contre l'humanité, pour le fait d'en avoir ordonné et pour avoir participé à une entreprise criminelle connue ayant résulté en la commission de tels crimes. Les juges siègent à la Chambre d'assises ont manifestement eu la volonté de couvrir le spectre le plus large des modes de responsabilité et de tenir Hissein Habré coupable de tous les crimes dans lesquels il a été impliqué durant la période concernée et à tous les degrés d'implication.

Quel que soit le raisonnement tenu par la Chambre d'assises et même si certains faits auraient du manifestement entraîner une condamnation sur le fondement de la commission directe et non de la responsabilité du supérieur hiérarchique, force est de constater que celle-ci a entendu ne laisser aucune place à l'impunité et tirer toutes les conséquences du statut de chef de l'État et des armées ainsi que de la connaissance directe des crimes commis sur le terrain qu'avait Hissein Habré, chef d'orchestre maîtrisant parfaitement ses instruments de répression.

A la différence de la décision rendue à l'encontre d'Hissein Habré, le jugement de la CPI condamnant Jean-Pierre Bemba se fonde exclusivement sur la responsabilité du supérieur hiérarchique.

Si le Procureur avait initialement retenu un mode de responsabilité individuelle de « co-perpétration » (article 25-3-a du Statut), il fut forcé de revoir sa copie à la demande de la Chambre préliminaire. Le 3 mars 2009, en pleine procédure de confirmation des charges, la Chambre fait application des dispositions du statut lui permettant de solliciter du Procureur la soumission d'une version modifiée du document de notification des charges¹¹. Pour la Chambre préliminaire la preuve tend en effet à établir un mode de responsabilité relevant non pas de l'article 25-3-a mais bien de l'article 28 du Statut de Rome relatif à la « Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques ». Lorsqu'elle confirme les charges le 15 juin 2009, elle retient comme seul mode de responsabilité celui du supérieur hiérarchique¹².

L'article 28 du Statut de Rome pose une définition de ce mode de responsabilité largement plus élaborée que celle des TPI et du Statut des Chambres extraordinaires africaines. Il y figure non plus dans l'article relatif à la « responsabilité pénale individuelle » mais comme une forme de responsabilité à part, *sui generis*¹³.

Outre la distinction entre la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire et celle du supérieur civil, cet article introduit un critère supplémentaire à ceux posés par la règle coutumière¹⁴. Il impose la démonstration d'un lien de causalité entre la commission des crimes et l'existence

d'un manquement à l'exercice du contrôle, manquement qui doit donc avoir contribué à la commission.

Une fois établie

- (1) la fonction de chef militaire et l'existence dans le chef de Jean-Pierre Bemba d'une autorité et d'un contrôle sur les troupes ayant commis les crimes
 - (2) l'élément moral de l'infraction consistant en l'espèce dans le fait de savoir que les crimes étaient commis ou sur le point de l'être
 - (3) l'absence de mesures nécessaires et raisonnable de la part de l'accusé pour empêcher ou sanctionner les crimes¹⁵.
- la Chambre de première instance III (« la Chambre ») se penche sur le lien existant entre la commission des crimes par le MLC et l'absence par l'accusé de contrôle effectif et approprié sur les troupes.

La Chambre passe en revue l'ensemble des mesures qu'il appartient à un responsable militaire de mettre en œuvre vis-à-vis de ses troupes lorsqu'il dispose d'informations relatives à la commission de crimes par celles-ci. Elle note l'absence d'enquête approfondie sur les agissements du MLC, dont Jean-Pierre Bemba était pourtant informé, l'absence de sanction effective et l'absence de toute mesure concrète en vue de prévenir la répétition des crimes, ainsi que le manque de coopération réelle avec les organes internationaux ayant mis à jour les violations graves du droit international humanitaire commises par le MLC.

La Chambre note également l'absence de formation des troupes au droit international humanitaire et à la discipline ainsi que l'absence de mise en place d'un encadrement strict et discipliné des troupes qui soit à même de prévenir et sanctionner les abus.

Elle rejette donc dans son entier la théorie de la défense qui prétendait que Jean-Pierre Bemba n'avait plus la maîtrise de ses troupes une fois celles-ci envoyées en RCA où elles seraient tombées sous commandement de l'armée centrafricaine. Il invoquait n'avoir d'ailleurs pas les moyens de leur donner des ordres depuis le pays voisin (RDC).

Dans la lignée de la Chambre préliminaire¹⁶ la Chambre en déduit : *"In light of the above, the Chamber finds that, had Mr Bemba taken,*

*inter alia, the measures identified above, the crimes would have been prevented or would not have been committed in the circumstances in which they were.*¹⁷

L'article 28 impose donc au Procureur une charge supplémentaire de la preuve par la démonstration d'un lien de causalité, inexistant dans les textes ayant précédé le Statut de Rome. Il n'en reste pas moins que cette preuve ne porte que sur l'existence d'un risque plus élevé de commission des crimes en cas d'omission de l'accusé témoignant d'une absence de contrôle adéquat sur les troupes¹⁸.

2. La condamnation du viol comme une composante des politiques de répression à l'égard de la population civile

Le jugement Bemba constitue la première condamnation pour viol en tant que crime de guerre et crime contre l'humanité par la CPI. Une telle décision était attendue de longue date, notamment par les organisations de défense de victimes qui luttent pour une reconnaissance de l'ampleur du phénomène que constitue l'utilisation du viol comme arme de guerre et de ses conséquences dévastatrices sur des communautés et sociétés entières.

Se fondant sur les dépositions d'une dizaine de témoins, dont une victime participant à la procédure, la Chambre retient la commission d'actes de viol par les troupes du MLC et les qualifie de crimes de guerre et crime contre l'humanité après avoir retenu les éléments contextuels spécifiques à ces crimes.

Il décrit également le viol comme étant partie d'un *modus operandi* suivi par les soldats du MLC durant les opérations 2002-2003 en République centrafricaine : *"Often, multiple perpetrators were involved in the same incidents of murder, rape, or pillaging. This modus operandi was apparent from the earliest days of the 2002-2003 CAR Operation and continued consistently throughout it"*¹⁹. L'existence d'une telle organisation des attaques a conduit la Chambre à constater que la population civile était la cible première des attaques des forces du MLC, et non une cible incidente.

L'usage du viol et des violences sexuelles comme l'outil d'une politique de répression à l'égard de populations civiles transparait

également des conclusions de la Chambre d'assises dans le jugement Habré.

Elle retient un ensemble de faits constitutifs de viols, tant au titre de crimes contre l'humanité, qu'au titre du crime autonome de torture.

La Chambre d'assises ne retiendra pas pour ces crimes la responsabilité d'Hissein Habré comme supérieur hiérarchique mais celle de l'auteur direct (article 10(2) du Statut).

Soulignant l'usage qu'il a fait de sa position d'autorité, elle se dit convaincue que « Hissein Habré a imposé à Khadija Hassan Zidane des rapports sexuels non consentis à trois reprises et un rapport sexuel buccal, lui aussi non consenti, après qu'il lui ait violemment planté un stylo dans le bas-ventre et les jambes »²⁰. Elle le condamne en conséquence pour viol comme acte sous-jacent de crime contre l'humanité (article 6(a) du Statut), torture comme acte sous-jacent de crime contre l'humanité (l'article 6(g) du Statut et pour le crime autonome de torture (article 8 du Statut) »²¹.

Soulignant, en outre, le caractère continu de la commission durant la période du « règne » de Hissein Habré et son implication, à des degrés divers, dans cette commission, la Chambre d'assises a retenu à son encontre une peine d'emprisonnement à perpétuité.

La Chambre de première instance III de la CPI a quant à elle limité à 18 ans la peine d'emprisonnement applicable à Jean-Pierre Bemba²³. Il est intéressant de noter que les dispositions des deux juridictions relatives à la peine sont identiques, le Statut des CAE reprenant mot pour mot l'article 77 du Statut de la CPI.

La décision de la CPI constitue, pour les motifs évoqués ci-dessus, une étape importante dans le jugement des hauts dignitaires coupables des crimes les plus graves du droit international. Il n'en reste pas moins que la CPI dispose d'une compétence complémentaire à celle des juridictions nationales. La décision rendue par la Chambre d'assises n'est donc pas seulement satisfaisante au niveau des

Le procès Habré a convaincu les plus sceptiques de l'intérêt d'une procédure à laquelle les victimes puissent avoir accès [...]

La Chambre d'assises ne s'arrête pas là, condamnant également Hissein Habré de crime contre l'humanité pour avoir participé à une entreprise criminelle commune ayant entraîné la commission de viols et d'esclavage sexuel.

Ce sont donc non seulement des comportements individuels qui sont condamnés mais aussi toute la politique de répression mise en place dans laquelle « Hissein Habré a créé et maintenu un environnement d'impunité totale à l'échelle du Tchad, propice à la commission de nouveaux crimes »²².

Les conclusions des deux juridictions se rejoignent quant à un certain nombre d'éléments propres au statut et à la position exercée par chacun des condamnés : connaissance des crimes commis par leurs subordonnés, connaissance de la gravité et de l'ampleur de ces crimes et impunité totale octroyée aux troupes.

principes (application de la compétence universelle). Elle représente aussi la meilleure illustration de l'importance et de l'urgence qu'il y a à mettre en œuvre le principe de complémentarité, à activer la compétence universelle partout où les volontés politiques y sont ouvertes et à se battre pour sa reconnaissance là où les réticences s'expriment.

Le procès Habré a convaincu les plus sceptiques de l'intérêt d'une procédure à laquelle les victimes puissent avoir accès, dans un contexte qui leur est familier et à une distance raisonnable du lieu du crime.

Le procès qui se tient à La Haye relèvent d'une abstraction parfois totale pour les centaines ou les milliers de victimes admises à participer à la procédure. Si les rencontres, trop peu nombreuses, avec leurs avocats éclaircissent leur compréhension de la procédure et leur rôle dans celle-

ci, elles ne disposent néanmoins d'aucun moyen d'appréhender de façon directe ce processus qui se déroule de l'autre côté du monde et dont la longueur constitue en soi un élément d'incompréhension.

Le jugement Bemba a été largement salué par la communauté internationale et les victimes en Centrafrique. L'ampleur et la portée de la satisfaction exprimée par les victimes au lendemain de la décision Habré finit toutefois de convaincre de la nécessité de poursuivre l'expérience en développant des mécanismes de poursuite nationaux. Ils sont souhaités par le Bureau du Procureur de la CPI qui développe la 'complémentarité active' comme un aspect essentiel de son mandat. Le succès de celle-ci aura des répercussions positives sur la légitimité de la CPI elle-même.



La tâche reste néanmoins ardue. La Présidente de la Commission de l'Union africaine, Nkosazana Dlamini-Zuma, s'est félicitée du verdict Habré, indiquant que « le jugement des CAE, un mécanisme de l'Union africaine, est significatif en ce qu'il renforce le principe de l'UA de solutions africaines aux problèmes africains ». La réflexion paraît d'autant plus logique dans un contexte de mise en cause par de nombreux membres de l'UA de la légitimité de la CPI.

L'affirmation selon laquelle il s'agit de la démonstration que « l'UA ne tolère pas l'impunité et les violations des droits de l'homme » doit par contre être testée à la lumière de l'adoption par cette même organisation en 2014, dans le Procotole de Malabo, d'une disposition relative à l'immunité pour les chefs d'État et hauts responsables devant la future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme. Il s'agit d'un très mauvais signe donné par les états signataires. Les initiatives individuelles

peuvent toutefois donner plus d'espoir. En Centrafrique, le gouvernement de transition a adopté une loi portant création d'une Cour Pénale Spéciale au sein du système judiciaire national, compétente pour juger les auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité commis sur le territoire de la Centrafrique depuis le 1^{er} janvier 2003. Reste à trouver les moyens d'obtenir le soutien technique et financier nécessaires à la mise en œuvre de cette juridiction et à s'assurer que toutes les mesures sont prises, à tous les stades de la procédure, pour que celle-ci se déroule dans le plein respect des droits de la défense et des victimes.

Nul doute que le procès Habré a porté « un coup au cycle de l'impunité profitant aux dirigeants qui brutalisent leurs citoyens,

pillent leur trésor public et, lorsque leur temps est venu, filent à l'étranger pour se rapprocher de leurs comptes bancaires »²⁴. Ce coup-là est loin d'être fatal mais il nous appartient – avocats, défenseurs des droits de victimes et plus largement des droits de l'homme – de faire en sorte qu'il soit suivi de nombreux autres coups qui, à défaut de mettre à terre, auront peut-être le mérite de faire réfléchir certains et permettront aux victimes, par la voie de la justice, de se sentir égales aux puissants.

Julie GOFFIN
*Coordnatrice Droits de l'Homme de l'UA
 Bruxelles, Belgique
 j.goffin@avocat.be*

- 1 Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 mars 2016 ("Judgement Bemba"), ICC-01/05-01/08-3343, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF
- 2 Jugement non publié à la date de rédaction de ce document
- 3 La traque du « bourreau de Ndjamena » a commencé dès le renversement de son gouvernement par l'actuel Président Idriss Déby Itno en 1990, alors que Houssein Habré s'enfuyait vers le Sénégal.
- 4 Voir l'article 1 de l'Accord entre la Gouvernement de la République du Sénégal et l'Union Africaine sur la création des Chambres Africaines Extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises, <http://www.chambresafricaines.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>.
- 5 Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie, article 6(3) ; Tribunal penal international pour le Rwanda, article 7(3).
- 6 Article 6(3).
- 7 UNDoc. S/2005/60, p.12.
- 8 Pour le Statut des CAE, voir <http://www.chambresafricaines.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>.
- 9 Gouvernement d'union nationale de transition, coalition de groupes armés actives au Tchad entre 1979 et 1986, opposées aux troupes d'Houssein Habré (FANT) et ayant bénéficié du soutien de la Libye. Ce soutien de la Libye a conduit la Chambre africaine extraordinaire d'instruction à retenir l'existence d'un conflit armé international, concomitamment à l'existence du conflit interne entre les FANT et les CODOS du Sud du Tchad.
- 10 Au jour de la publication du présent document, le jugement de la Chambre d'assises n'avait pas encore été publié. Les passages cités sont donc extraits du résumé du jugement publié sur le site des CAE, § 70 et 71. [http://www.chambresafricaines.org/pdf/Prononcé%20du%20Jugement%20HH%2020160528%20\[620786\].pdf](http://www.chambresafricaines.org/pdf/Prononcé%20du%20Jugement%20HH%2020160528%20[620786].pdf)
- 11 Décision portant ajournement de l'audience conformément à l'article 61-7-c-ii du Statut de Rome, ICC-01/05-01/08-388, https://www.legal-tools.org/uploads/tx_itpdb/doc638848_08.pdf.
- 12 Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba (« Décision de confirmation ») ICC-01/05-01/08-424-tFRA, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_05978.PDF.
- 13 Article 28 Responsabilité des chefs militaires et autre supérieurs hiérarchiques : « Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent Statut pour des crimes relevant de la compétence de la Cour :
 a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des

forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

- i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et
 - ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;
- b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :
- i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;
 - ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et
 - iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ».

14 A savoir : statut de supérieur hiérarchique, contrôle effectif, élément moral tenait au fait de savoir ou d'avoir dû savoir et absence de mesure visant à prévenir ou réprimer.

15 La Chambre relève à cet égard que les mesures adoptées par Jean-Pierre Bemba, consistant en déclarations publiques aux soldats, en la mise sur pied de deux commissions d'enquête et le procès de quelques soldats de rang inférieur étaient d'une importance limitée. Elle ajoute: "Further to noting indications that the measures set out above were not properly and sincerely executed, the Chamber finds that the measures Mr Bemba took were a grossly inadequate response to the consistent information of widespread crimes committed by MLC soldiers in the CAR of which Mr Bemba had knowledge. The inadequacy of the minimal measures Mr Bemba took is aggravated by indications, as set out above, that they were not genuine, the manner in which such measures were executed, and the fact that only public allegations of crimes by MLC soldiers prompted any reaction, and then only to limited extent", jugement Bemba, §72.

16 "It is only necessary to prove that the commander's omission increased the risk of the commission of the crimes charged in order to hold him criminally responsible under article 28(a) of the Statute". Décision de confirmation, §425.

17 Jugement Bemba, §741.

18 Pour une analyse de l'article 28 du Statut et du critère relatif à l'absence de contrôle effectif comme un facteur d'augmentation du risque de commission des crimes, voir l'opinion séparée de la Juge Steiner, ICC-01/05-01/08-3343-AnxI, https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2016_02239.PDF.

19 Jugement Bemba, § 676.

20 Résumé du jugement, § 45, [http://www.chambresafricaines.org/pdf/Prononcé-résumé%20du%20Jugement%20HH%2020160528%20\[620786\].pdf](http://www.chambresafricaines.org/pdf/Prononcé-résumé%20du%20Jugement%20HH%2020160528%20[620786].pdf).

21 Le Statut prévoit la torture comme un crime isolé alors même qu'elle y est déjà incriminée au titre d'acte sous-jacent de crime de guerre ou crime contre l'humanité. Tant au Sénégal qu'en Belgique, les inculpations de Habré en janvier 2000 et en septembre 2005 respectivement, incluaient chacune la torture comme un crime autonome. Cette inclusion trouve son explication dans l'histoire du dossier et la volonté de couvrir des aspects autres que ceux visés par la torture comme acte sous-jacent de crime de guerre ou de crime contre l'humanité qui tous deux supposent l'établissement d'éléments contextuels qui leur sont propres (conflit armé ou attaque systématique ou généralisée contre la population civile).

22 Résumé du jugement, § 60.

23 Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3399, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_04476.PDF. Compte tenu des 8 années de détention préventive et de la possibilité pour le condamné de demander une révision de sa peine une fois les deux tiers de celle-ci purgée, Jean-Pierre Bemba pourrait bénéficier d'une libération anticipée à la mi-2020.

24 Propos de Reed Brody, avocat américain spécialisé dans la poursuite des auteurs de crimes internationaux, conseiller juridique et porte-parole de l'organisation Human Rights Watch.

Placez
votre pub ici

En communiquant
dans le
juriste
vous adressez
votre message
aux professionnels
du droit
du monde entier

Contact

Régis LAURENT
Régie publicitaire
SEEP S.A.S.

7, rue du Général Clergerie
75116 Paris

Tél. : + 33 1 47 27 50 05

Fax : + 33 1 47 27 53 06

E-mail : seep@wanadoo.fr



UIA
www.uianet.org



Fighting for Human Rights in China

I Teng BIAO

Mr. Teng Biao is a Chinese scholar, prominent advocate and human rights activist.

He was formerly a Lecturer at the University of Politics and Law in Beijing, a visiting Fellow at several prestigious American law schools and at the University of Hong Kong.

Mr. Teng Biao has provided counsel in numerous human rights cases, including the case of human rural rights advocate Chen Guangcheng, environmentalist and HIV activist Hu Jia, the religious freedom case of Falun Gong, and numerous death penalty cases. Mr. Teng Biao supported the creation of the 'Open Constitution Institute' in 2003 and is the Founder and President of China Against the Death Penalty, Beijing.

Due to his involvement in sensitive cases and his human rights activities in China, Mr. Teng Biao has been harassed, threatened, surveilled and arrested. In 2008, when he underwent the annual assessment of practicing lawyers, his license was not renewed by the Beijing Department of Justice.

Mr. Teng Biao has been living in the U.S. since 2014, where he continues his fight for human rights in China.

Romina Bossa Abiven (RBA): How do you view the current human rights climate in China?

Teng Biao (TB): China remains under strict one-party rule. All elections are controlled and manipulated by the Communist Party. Any political organizations have been outlawed and tens of thousands of dissidents and human rights activists have been jailed.

There is no freedom of expression. Many writers, journalists and bloggers have been imprisoned because of their statements. Every year in mainland China, countless

websites are closed, blogs are deleted and sensitive words are censored. Many websites including Google, Facebook and Twitter are blocked.

Religious freedom is still repressed: Christians, Tibetan Buddhists, and other religious groups have been persecuted. Falun Gong practitioners have experienced extremely cruel and systematic persecution. At least 3,900 Falungongers have been tortured to death in custody.

China has the highest death penalty rate in the world. Execution statistics are treated as "state secrets." However, experts estimate that over 6,000 people are sentenced to death in China every year, among them not only criminals and economic convicts, but completely innocent citizens such as Nie Shubin, Teng Xingshan, Cao Haixin and Hujiejiletu, whose innocence was proven only after they were already dead.

Torture is very common in China's detention centers and prisons, and in several extrajudicial detentions, like the Legal Education Center, the Custody and Education Center, and Shuanggui.

China has the world's largest secret police system, the Ministry of National Security

groups. At least 2000 human rights defenders have been jailed since Xi Jinping took over.

RBA: The UIA has been closely following the concerning predicament of human rights lawyers in China, particularly after the "709 Crackdown". How did this event affect the work of human rights lawyers in China?

TB: Many active and leading human rights lawyers have been detained and are facing severe charges. The lawyers who are representing them or those who are taking other human rights cases are in danger. The effect is inevitably chilling. But the crackdown won't silence the rights lawyers, and it won't stop the march toward human rights and the Rule of Law in China. Rights lawyers will rise from the ashes with an even deeper sense of their historical responsibility.

RBA: Is the Chinese legal community in general aware of the difficulties that human rights lawyers face? Does it support human rights lawyers? What about Chinese lawyers' associations?

TB: There is no legal community like in Western society. The judges and prosecutors are part of the government, and always follow the Party's orders when dealing with human

It is important for foreign lawyers not to support and cooperate with official Chinese lawyers' associations and other GONGOs.

(guo'an) and the Internal Security Bureau (guo bao) of the Ministry of Public Security, which exercise power beyond the law. They can easily tap telephones, follow citizens, place them under house arrest, detain them, torture and kidnap them.

Moreover, since Xi Jinping came to power in late 2012, the human rights climate has rapidly deteriorated. The government has been targeting human rights lawyers, journalists, NGOs, the internet, universities and religious

rights or other sensitive cases. There are 250,000 lawyers in China, but the majority of them never touch human rights or political cases. There are only several hundred human rights lawyers, and they generally work in solidarity with each other.

Chinese lawyers' associations are not independent. They are not elected by lawyers, but totally controlled by the government. They are always supportive of the government when it comes to punishing human rights lawyers.

RBA: What can foreign lawyers and bar associations do to support their colleagues in China?

TB: Chinese human rights lawyers are currently facing very hard times, and foreign lawyers and bar associations can be a great help to us. For example, our foreign colleagues can issue statements, recognize human rights lawyers through awards, provide training and financial support, invite human rights lawyers to share their perspectives at international forums, publicize the names of detained lawyers, lobby their cause to Western government officials, etc. But it is important for foreign lawyers not to support and cooperate with official Chinese lawyers' associations and other GONGOS.

RBA: You have been particularly involved in the fight against the death penalty. According to available information, China is believed to be the world's top executioner. Do you think that this state of affairs can change?

TB: Capital punishment is a necessity to this post-totalitarian regime. For the past

decade, there have been some reforms to the death penalty. It is believed that the number of death sentences and executions has been going down, partly because of international and domestic pressure. The Chinese people also have more access to information online and have a greater sense of civil consciousness, so it is still possible to reduce the use of the death penalty. But it is not possible to abolish it without the democratization of China.

RBA: Do you expect any significant changes for human rights in the future?

TB: Chinese people have not ceased in their efforts to fight for human rights and democracy since the beginning of the last century. Since 2003, we promoted the Rights Defense Movement, which took hold through increased internet access, marketization and the new political ideology. More and more people joined this movement and realized the importance of political change. At the same time, the Communist Party is facing a political crisis, as well as economic, social and ideological crises. The dictators will not give up their power voluntarily, but many see

hope in activists, lawyers, bloggers, NGOs, and dissidents who insist on resistance.

We believe that in the near future, when we achieve a fundamental democracy, there will be a significant change in the human rights climate. Chinese people will enjoy the basic human rights that the majority of the world population enjoys, and the cause of freedom will inevitably prevail.

*Interview conducted by Romina BOSSA ABIVEN
UIA Human Rights and Legal Profession
Project Assistant
Paris, France
rbossa@uianet.org*

1 See Amnesty International Report "Death sentences and executions in 2015", April 2016

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



6TH WORLD CONGRESS AGAINST THE DEATH PENALTY OSLO FROM JUNE 21 TO 23, 2016

In June 2016, the UIA participated in the 6th World Congress against the Death Penalty. The participants adopted a declaration on June 23, which the UIA wishes to promote, in the framework of its fight against death penalty. For more information, please refer to: <http://www.abolition.fr/en/>

We,

The participants in the 6th World Congress Against the Death Penalty, organised in Oslo (Norway) from 21 to 23 June 2016 by the organisation Ensemble Contre la Peine de Mort (ECPM) under the sponsorship of Norway, Australia and France, and in partnership with the World Coalition Against the Death Penalty, hereby

ADOPT the present Declaration following three days of intense debates, exchanges of experiences, testimonies, films;

ARE DELIGHTED:

- that the abolitionist movement is expanding in a world where almost 3/4 of countries have abolished the death penalty in law or in practice; that many abolitionist states and intergovernmental organisations joined the international abolitionist movement and that retentionist states at the congress also expressed their interest in the movement;
- that since the Madrid World Congress in 2013, 6 countries have abolished the death penalty for all crimes Madagascar, Mongolia, Nauru, Fiji, the Republic of Congo, and Surinam; that the trend toward abolition in the USA continues;
- that the abolitionist movement continues to grow and diversify, with the 158 member-strong World Coalition Against the Death Penalty, and states, regional and national coalitions, uniting organisations and actors from civil society, parliamentary networks, academic networks, national human rights institutions, businesses and unions, and journalists, all joining forces to promote the abolition of the death penalty;
- that some abolitionist states are integrating the question of universal abolition into their international relations policies;
- that ties are being strengthened among actors from civil society and intergovernmental, regional, and international organisations with the aim of establishing or reinforcing the state of law;
- that major economic international actors such as Pfizer or Richard Branson (founder of the Virgin group) are taking a public stance against the death penalty;
- that there are positive announcements like those of the Vice-Ministers of Justice of the Democratic Republic of Congo and Mongolia that they will vote for the moratorium at the United Nations next December;
- that the realisation of the scope and the seriousness of the damage caused by the death penalty to the families and loved ones of the condemned, of the victims, and of other members of society.

BUT OBSERVE:

- that the re-emergence of terrorist violence on a global scale is used as a pretext by certain governments such as Egypt, to justify their retention of the death penalty to suppress opposition movements;
- that according to Amnesty International: 58 countries and territories retain the death penalty, and often apply it in an arbitrary manner;
- that in 2015, 1634 persons were executed in the world, notably in Iran, Pakistan, Saudi Arabia, Iraq, the United States, although these statistics do not include the unknown number of people executed in China;
- that the retention of the death penalty for drug trafficking is in total contradiction to UNODC recommendations and to findings established during the UNGASS in April 2016 in New York. Indeed, UN member states agreed on the failure of "war on drugs" policies, founded solely on a repressive vision;
- that certain countries have resumed executions after lengthy moratoriums, such as Indonesia, Pakistan or Chad;
- that the death penalty is still applied to juvenile offenders and people with intellectual disabilities; that it is applied in a discriminatory manner according to ethnic, social, national or religious origin, skin colour, and sexual orientation;
- that more often than not, as a direct consequence of their status, death row prisoners often suffer deplorable incarceration conditions which violate human dignity and often represent an inhuman and degrading treatment.

UNDERLINING THE NECESSITY TO TAKE FURTHER SIGNIFICANT STEPS TOWARDS THE COMPLETE AND UNIVERSAL ABOLITION OF THE DEATH PENALTY, WE CALL UPON:

Intergovernmental Organisations and International Organisations:

- to continue and intensify their cooperation with states and civil society to promote the universal abolition of the death penalty;
- to integrate issues relating to the retention of the death penalty in the discussions between UNODC and all stakeholders;
- to systematically integrate, whenever relevant, the death penalty in the work done by UN special rapporteurs, especially on terrorism, extrajudicial executions, torture, migrants, and extreme poverty;
- to adopt, as soon as possible, regional instruments, such as the Additional Protocol to the African Charter of Human and People's Rights on abolition of the death penalty;

States present at the Oslo Congress:

- to stand by the commitments made during the congress especially the commitment of Guinea to promulgate a Penal Code without the death penalty on 1 July 2016;

Retentionist states to commit:

- to drastically reduce the scope of crimes punishable by death in their legislation and, in the immediate future, to abolish the mandatory death penalty where it exists and discuss alternative solutions which recognise each person's ability to make amends;
- to respect the International Convention on the Rights of Children, and to renounce the use of the death penalty for minors and those who were minors at the time of the commission of the crime;
- to collect and publish regular and reliable and independent information on the manner in which they apply the death penalty and on the state of public opinion on the death penalty and on alternative punishments;
- to take the path toward the abolition of capital punishment by implementing a moratorium on death sentences and executions, in compliance with the resolution for a moratorium on the use of the death penalty voted by the General Assembly of the United Nations since 2007, and to follow the 81 countries that have already ratified the UN Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights;
- to guarantee competent counsel for indigent capital defendants

Abolitionist states:

- to make guarantees, beyond speeches, regarding concrete and visible actions in favour of the universal abolition of the death penalty, specifically by imposing consequences for the violation of these guarantees upon the resumption or the continuation of their diplomatic and economic relations with retentionist countries;
- to sign and ratify the UN Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights;
- to make the financial aid they grant to the international war on drug trafficking conditional upon the non-application of capital punishment
- to promote and guarantee respect for fundamental human rights in the struggle against terrorism, including renunciation of the death penalty
- to support actors in civil society working in favour of abolition;
- vote in favour of the UNGASS resolution calling for a universal moratorium on capital punishment in 2016.

Parliamentarians:

- from across the world to gather in regional, national, and international networks to carry the abolitionist debate into the heart of retentionist parliaments;
- from abolitionist states to help their colleagues from retentionist states to propose abolitionist bills.

National Human Rights Institutions (NHRIs):

- to systematically add questions on the death penalty to their agendas and to encourage their states to abolish the death penalty vote in favour of the UNGASS resolution calling for a universal moratorium on capital punishment in 2016.

In Retentionist Countries,

- lawyers to seek further training in order to better defend clients facing the death penalty;
- prosecutors not to ask for imposition of the death penalty;
- judges to exercise their power of discretion to not impose any death sentences and to encourage non-professional juries to do the same.

Economic and Cultural Actors:

- to strengthen their commitment in order to vigorously proclaim that the application of an archaic and degrading punishment is harmful to the harmonious development of the economy, tourism, and cultural exchanges.

Abolitionist Actors from Civil Society:

- to act in unison, by joining the World Coalition Against the Death Penalty, to strengthen abolitionist collaborations, or other organisations such as the International Network of Universities Against the Death Penalty;
- carry out awareness-raising and educational campaigns on abolition for the public, political decision-makers, and students, joining the international network for education and participating in the annual World Day Against the Death Penalty on 10 October and for the "Cities for Life" on 30 November.

Oslo,

23 June 2016

Follow us on social networks! Union Internationale des Avocats

in Participate in our LinkedIn discussion group and share your experience with lawyers around the world

f Stay updated with our latest news on Facebook

Twitter Follow our events as they are happening on Twitter

YouTube Relive some great UIA moments and discover our upcoming events on YouTube

UIA
www.uanet.org

Our social networks are open to all, whether UIA members or non-members.
Please let your colleagues and friends know.



The Modern Slavery Act 2015 - Light Touch, Heavy Impact for Businesses?



■ Mark WATSON & Ed LIVINGSTONE

Introduction

For UK businesses which operate globally, the advent of the Modern Slavery Act 2015 (MSA) has potentially huge significance. In addition to consolidating and restating substantive slavery-related criminal offences, the MSA compels businesses to take a more active role in ensuring their operations, and those of their respective supply chains, are free of slavery and human trafficking. The requirements of the MSA cover every link in the supply chain, regardless of where in the world each entity operates.

Failure by a business to be seen to be committed to this important aspect of corporate social responsibility may impact its reputation and, consequently, its financial fortunes.

Substantive criminal offences

The MSA consolidates current offences relating to trafficking and slavery, and also criminalises aiding, abetting or procuring forced labour or human trafficking, or being an accessory to such offences.

The conduct covered by the MSA's reporting obligation in section 54 (defined collectively as "slavery and human trafficking" in subsection 12) is any conduct that would be an offence under sections 1, 2 or 4, being the following:

- Section 1: holding another person in slavery or servitude or requiring a person to commit forced or compulsory labour;
- Section 2: arranging or facilitating the travel of a person with a view to that person being exploited ("exploitation"

is defined in section 3 as including slavery and servitude as well as sexual exploitation and organ harvesting); and

- Section 4: committing any other criminal offence with the intention of committing an offence under section 2 above.

Importantly, the trafficking provisions in sections 2 and 4 have extraterritorial application: an offence may be committed regardless of where in the world the arranging or facilitating of trafficking takes place.

Which businesses are caught by the reporting obligation?

Section 54 MSA requires large businesses to state publicly each year, by way of a "slavery and human trafficking statement", the actions they have taken to ensure their supply chains are slavery-free.

The requirement applies to a commercial organisation of any type, including unincorporated partnerships and businesses which are based overseas, so long as such an organisation

- (1) supplies goods and services;
- (2) carries on business (at least in part) in any part of the United Kingdom; and
- (3) has a total turnover of £36 million or more. "Turnover" means the amount derived from the provision of goods and services falling within the ordinary activities of the commercial organisation or subsidiary undertaking, after deduction of trade discounts, VAT and any other taxes based on that amount.

Corporate and tax lawyers will note the similarity of the £36 million turnover threshold (and the definition of "turnover"

There are no criminal sanctions for failure to produce a slavery and human trafficking statement.

The provision takes a considerable degree of inspiration from California's Transparency in Supply Chains Act 2012, acknowledging that adverse human rights impacts can occur at any level of a supply chain – from direct suppliers, all the way through multiple layers of sub-suppliers and sub-contractors, to raw material providers and franchisees or distributors – which justifies placing a positive obligation on businesses to divulge the steps taken to prevent such impacts.

itself) to the "small companies" provisions in the UK Companies Act 2006. This was a deliberate decision by the Home Office, the turnover threshold having been set in Regulations subsequent to the MSA itself, which was taken as a result of strong support following a public consultation.

However, the treatment of group companies is slightly different: whereas for accounting purposes a group is medium-sized if its net aggregate turnover is £36 million, the

reporting obligation under the MSA applies to “commercial organisations”, the turnover of which is to include any subsidiaries. As a result there is a “waterfall” effect whereby a parent, its immediate subsidiaries and their subsidiaries all may be obliged to produce a statement individually, each qualifying as a “commercial organisation” with sufficient total turnover. Nevertheless, there is no reason why each cannot reproduce a statement prepared by the whole group. It should also be noted that the two £36 million thresholds are not “pegged” to each other: an amendment to one but not the other might result in a company qualifying as medium-sized for accounting purposes but nevertheless still being subject to the obligations under the MSA.

Another area of uncertainty is how much UK-based business activity is required of a commercial organisation before it is deemed to be carrying on “part of its business” in the UK and accordingly be caught by the reporting obligation. The equivalent Californian legislation, which inspired the MSA, conversely requires a minimum amount of \$500,000 in turnover or 25% of total turnover to be derived within the jurisdiction of the state. There is no such threshold in the MSA. In *Transparency in Supply Chains: A Practical Guide* (the Home Office Guidance), the Home Office provides the following gloss: “*whether bodies [formed outside of the UK] can properly be regarded as carrying on a business or part of a business ‘in any part of the United Kingdom’ will again be answered by applying a common sense approach.*” This is not hugely helpful, but the direction of travel is clearly set towards the inclusion of as many businesses as possible.

What should the annual statement include?

The legal position is simple: a business must state the steps it has taken in the past year “to ensure that slavery and human trafficking is not taking place (i) in any of its supply chains, and (ii) in any part of its own business”, or state that it has taken no such steps.

Section 54 MSA, as well as the Home Office Guidance, provides detail as to what the annual statement may contain. Such detail falls into two broad categories:

- Matters relating to the context in which the business operates, such as its organisational structure and supply chains, and the parts of its business which constitute a particularly high risk of slavery and human trafficking. This involves assessing risk in relation to the activity of the organisation (high risk activities include garment retail and construction, for example) and the geographical location of the organisation and that of its supply chains. High risk locations include Mauritania, Uzbekistan, the Democratic Republic of the Congo, Syria, and India.
- Details relating to the measures themselves: the MSA is less prescriptive about the measures which each business should take in relation to slavery and human trafficking. Appropriate actions will depend on the context in which the business operates. In many cases these actions will include:
 - ensuring that a slavery and human trafficking policy is in place alongside procurement and whistleblowing policies;
 - imposing obligations on suppliers via a supplier code of conduct;
 - appointing someone within the business to be in charge of slavery and human trafficking compliance; and
 - providing training to staff in relation to identifying slavery and human trafficking issues.

Approving the annual statement

The MSA requires commitment to and approval of the annual statement from senior management. Depending on the type of corporate entity, section 54 prescribes different formalities:

- Companies – the board of directors must approve the annual statement and it must be signed by a director.
- Limited Liability Partnerships (LLPs) – the LLP members must approve the annual statement and it must be signed by a designated member.
- General partnerships – any partner should sign the annual statement.
- Limited Partnerships – a general partner should sign the annual statement.

Time for compliance

A business with a financial year ending on or after 31 March 2016 will be required to publish their annual statement in respect of the

previous 12 months “as soon as reasonably practicable after the end of their financial year”. The Home Office Guidance envisages that this will mean “within six months” in practice. As section 54 MSA was not legally brought into force until October 29, 2015, slavery and human trafficking statements need to refer only as far back as that date in any event.

Businesses with a financial year which ended on or before 30 March 2016 will not have to publish an annual statement in relation to that year. Rather, their first annual statement will not be due until the end of their current financial year. For example, an organisation with a financial year end of 31 December 2015 will have to produce its first annual statement in relation to the financial year 1 January 1, 2016 to December 31, 2016 “as soon as reasonably practicable” after the latter date, in practice being any time during or before June 2017.

The Home Office Guidance acknowledges that many organisations may choose to publish their annual statement alongside other annual financial and non-financial reports.

Public scrutiny

The annual statement must be published in a prominent position on the website homepage of the business. If the organisation does not have a website, it must provide a copy of the annual statement to anyone who makes a written request for one within 30 days of the company receiving the request.

The aim of the legislation is to ensure that consumers, investors, campaigners and the public are better informed about – and consequently show an increasing interest in – how a business lives up to its ethical commitments, in comparison with its competitors.

This is not merely a positive side effect of the new provisions, rather it is the main driving force behind this new layer of regulation, which is not itself onerous: a business can discharge its obligations under the MSA simply by stating it has done nothing in the past year to ensure that slavery and human trafficking is not taking place in its supply chain. But the requirement to publish a statement should, in almost all cases, compel a greater degree of action on the part of reputation-sensitive businesses.

It is indeed telling how little is provided by way of enforcement powers. Section 54(11) makes provision for the enforcement of the reporting obligation by means of an injunction in the High Court, in an action brought on behalf of the Home Secretary. There are no criminal sanctions for failure to produce a slavery and human trafficking statement. The main driver of compliance is therefore the threat of negative publicity for a statement which is light on detail or actions.

The MSA itself also deals only in suggested content (such as information about organisational structure, supply chains, and policies) and does not prescribe any hard and fast formula as to what an annual statement should contain. This is sensible, given that different business sectors and different locations might require varying degrees of action in combatting slavery and human trafficking. One would expect, for example, a multi-national clothing retailer to take a greater degree of action than a wholly UK-based professional services firm.

Nevertheless, the involvement of what might be called the "court of public opinion" as the arbiter of what measures are adequate in each case may be a worry for some businesses, who may have preferred

greater legal certainty even at the cost of more onerous regulation. The Home Office Guidance is fairly unabashed on the matter: "It will be for consumers, investors and Non-Governmental Organisations to engage and/or apply pressure where they believe a business has not taken sufficient steps".

Admittedly, the Equality Act 2010 (Gender Pay Gap Information) Regulations 2016 (as currently drafted) have a similar rationale. They do not make gender pay gaps unlawful, but simply defer to the public, the media and pressure groups as to what is an acceptable level of disparity. However, they do at least prescribe how a business's gender pay gap is to be measured. The MSA, by contrast, does not provide a means by which a business may tell if it is doing sufficient to tackle slavery and human trafficking.

A further issue relates to the recourse a business may have where it has relied on a commercial organisation's slavery and trafficking statement which has turned out to be false. A business may adopt a policy of choosing suppliers based on the apparent strength of their respective annual statements, which would have the effect – should those statements be untrue or exaggerated – of calling its own measures

into question. It is unclear whether a tortious claim to compensate the economic loss suffered as a result of such reputational damage could be brought. The simple solution is to avoid having to rely on such an action at all by ensuring that a supplier contractually warrants that its slavery and human trafficking statement is materially correct and not misleading. Other advisable provisions might include a power to carry out checks of the supplier's manufacturing operations without any prior warning.

Time will tell whether the MSA and its chosen means of enforcement, in the court of public opinion, will achieve its goals, or whether it will be one of the many reporting obligations imposed on businesses which have no practical effect.

Mark WATSON (Partner)
 President of the UK National Committee
 of the UIA
 mawatson@foxwilliams.com

Ed LIVINGSTONE (Trainee)
 elivingstone@foxwilliams.com

Fox Williams LLP
 London, United Kingdom

Publish your photo in the 2017 UIA Directory

To draw more attention to your contact details in our 2017 directory, these options are offered:

- > Publication of your photo and your contact details
- > Publication of your photo, your firm's logo and your contact details against a grey background, followed by your biographical details (maximum 700 characters)

UIA
www.uianet.org

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



La profession d'avocat
The Legal Profession
La Abogacía





La modération a bien meilleur goût !

■ Francis GERVAIS

Voilà un slogan publicitaire qui était utilisé il y a quelques années par la *Société des Alcools du Québec*¹ pour inciter à la consommation modérée d'alcool pour éviter, le cas échéant, les conséquences, les remords et les dommages qui peuvent en découler. Ce slogan a été repris par un organisme indépendant sans but lucratif, *Educ'alcool*², dont la mission sociale, est de mettre sur pied des programmes de prévention, d'éducation et d'information pour aider jeunes et adultes à prendre des décisions responsables et éclairées face à la consommation de l'alcool.

L'avantage d'un slogan publicitaire, c'est que sa répétition régulière et constante lui permet d'atteindre ses objectifs : frapper l'imaginaire et réussir à nous faire réfléchir et faire de la modération une habitude de vie !

Il serait impossible pour un Ordre professionnel comme le Barreau du Québec d'inscrire un « slogan publicitaire » dans son code de déontologie, mais l'expérience qui suit démontre qu'il aurait peut-être été opportun qu'il le soit !

La modération et la déontologie

Certes, plusieurs codes de déontologie des avocats rappellent à ces derniers, que la fonction qu'ils occupent les amènera à s'exprimer publiquement, soit par la représentation écrite ou verbale d'un client devant les tribunaux ou lors de l'exercice de fonctions ou de charges publiques ou dans de multiples autres occasions.

Fort du droit de la liberté de parole également nommée « liberté d'expression », maintes fois protégée par une Charte ou une Loi protégeant les droits et les libertés, l'avocat pourra malheureusement oublier, à l'occasion, qu'il y a des limites à la liberté d'expression et qu'en y contrevenant, non seulement il en subira souvent l'opprobre publique, mais qu'il pourra également faire l'objet de sanctions disciplinaires.

Malheureusement, sans le bénéfice de la répétition quasi constante du principe, l'avocat oubliera son obligation de modération perdue parmi d'autres dispositions de son code de déontologie.

Nous avons déjà eu le bénéfice de nous faire rappeler que les tribunaux européens n'acceptent pas les écarts de conduite ou de langage des avocats et que « la liberté de parole de l'avocat est également fort large, sous réserve de la loyauté et de la dignité dans le comportement [...] »³, de telle sorte que « lorsque l'avocat présente un jugement de valeur en adoptant un ton ironique mais pas offensant, ses propos doivent en principe être tolérés »⁴.

Cette décision de la Cour Suprême du Canada se veut également un rappel général des règles gouvernant notre profession mais aussi un support sans réserve du rôle essentiel et fondamental de l'avocat dans le système de justice.

Les faits

M^e Doré est un avocat ayant une pratique concentrée en droit criminel. Il représente un individu dans une instance criminelle. Le procès se déroule devant un juge de la Cour Supérieure du Québec accompagné d'un jury de 12 citoyens. Ce magistrat a la réputation de bien mener ses procès, d'être un excellent juriste et d'être exigeant à

La profession d'avocat étant universelle, il y a donc indubitablement des principes fondamentaux qui sont universellement communs.

La profession d'avocat étant universelle, il y a donc indubitablement des principes fondamentaux qui sont universellement communs. L'un de ces principes est l'acceptation de l'exercice réglementé de la profession en échange d'un monopole d'exercice ; l'un des aspects de la réglementation est, sans aucun doute, le contrôle du comportement de l'avocat, officier de justice, sous le concept de la modération.

Quelques mots de trop qui ont amené un débat constitutionnel jusqu'à la Cour Suprême du Canada !

Dans l'arrêt *Doré v. Barreau du Québec*, la Cour Suprême du Canada mettait fin à une saga judiciaire, émanant des tribunaux disciplinaires de la Province de Québec, rappelant fermement que la liberté d'expression de l'avocat a aussi ses limites et que la « modération » est un principe inhérent à l'exercice de la fonction.

l'égard du travail des avocats qui œuvrent devant lui ; trop diront certains!

La journée se déroule mal et le magistrat intervient très sévèrement à l'égard de M^e Doré, intervention qui lui vaudra, quelques temps plus tard, une lettre de critique sévère du Conseil de la Magistrature du Canada pour la façon dont il avait traité l'avocat⁵.

D'ailleurs, la Cour Suprême a repris, dans sa décision, certains des propos tenus par le juge :

[9] [...] Au cours de la plaidoirie de M^e Doré, le juge Boillard a dit à son sujet qu'« un avocat insolent est rarement utile à son client ». Dans les motifs écrits de la décision rendue le 21 juin 2001 par laquelle il a rejeté la requête de M^e Doré, le juge Boillard a formulé d'autres critiques à l'égard de l'avocat (*R. c. Lanthier*, 2001 CanLII 9351 (QC CS), 2001 CanLII 9351), l'accusant de faire de la « rhétorique ronflante et de l'hyperbole », ajoutant que la cour devait « mettre de côté » son « outrecuidance ». Il a qualifié la requête

de M^e Doré de « tout à fait ridicule » et l'un de ses arguments d'« argutie sans fondement ». Enfin, il a également écrit qu'« obnubilé ou obsédé dans sa vision d'une réalité étriquée, non conforme aux faits, M^e Doré n'a rien fait pour assister son client à se décharger de son fardeau ».

Revenu à son cabinet en fin de journée, M^e Doré répliqua au magistrat en lui faisant parvenir une lettre, que l'avocat qualifiait de « personnelle »⁸ dans laquelle il répondait de façon « vigoureuse » aux propos du magistrat.

Le dossier s'est retrouvé sur le bureau d'un Syndic-adjoint du Barreau du Québec⁹ qui, après étude de la situation, a porté une plainte disciplinaire devant le « Le Comité de discipline du Barreau du Québec » (le Comité)¹⁰ soumettant :

« À Montréal, le ou vers le 21 juin 2001, suite à un jugement que venait de prononcer Monsieur le juge Jean-Guy Boilard dans un dossier dans lequel M^e Doré était impliqué à titre de procureur, (La Reine c. Lanthier, 500-36-002498-015), a fait parvenir à monsieur le juge Jean-Guy Boilard une lettre irrespectueuse et dont la teneur manquait d'objectivité, de modération et de dignité, contrevenant ainsi à l'article 2.03 du Code de déontologie des avocats et aux articles 59.2 et 152 du Code des professions ainsi qu'à son serment d'office. »

À cette époque, l'article 2.03 du Code de déontologie des avocats (c.d.a.) stipulait :

« La conduite de l'avocat doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité. »

Les décisions du Comité de discipline ¹¹

Le Comité de discipline étant un organisme de « justice par les pairs »¹², ce sont principalement les motifs du Comité qui seront retenus à titre de précédents; cela ne veut pas dire que les décisions subséquentes, n'auront pas leur importance, mais il est reconnu et admis en droit administratif canadien, que les tribunaux d'appel et/ou de révision judiciaire, n'interviendront que si la décision originale « n'est pas raisonnable » ou si elle touche à une question fondamentale du droit canadien.

Le Comité de discipline rappelle d'abord le rôle de l'avocat dans le système de

justice canadien et les restrictions que cela emporte :

[68] Dans la poursuite de la défense des droits d'un client, l'avocat doit pouvoir jouir d'une totale liberté et indépendance ;

[69] Le Comité reconnaît le droit à un avocat de répondre à des critiques ou des remarques qui lui sont adressées par un juge ;

[70] Ce droit ne prête à aucune concession lorsqu'il est question de défendre les droits des individus devant les tribunaux ;

[71] Ce droit n'est cependant pas illimité ;

[72] Un avocat est un officier de justice qui collabore à l'administration de la justice ;

[73] L'avocat jouit d'un privilège exclusif de pouvoir représenter des individus devant les tribunaux ;

[74] Ce privilège est assujéti à certaines règles et conditions dont celle lui imposant le devoir d'agir en tout temps avec dignité et modération ;

[75] Ce n'est pas parce qu'un avocat se croit injustement critiqué par un juge qu'il a le droit de lui adresser des propos irrespectueux ;

[76] Soutenir la théorie contraire équivaldrait à restaurer la loi du talion ;

[77] Le Comité reconnaît que l'avocat a droit au respect, à l'honneur et à la dignité de sa profession et si ce droit est bafoué par un membre de la magistrature, l'endroit pour en débattre est le Conseil de la magistrature.

Quant aux propos tenus par l'avocat, le Conseil de discipline les qualifia de la façon suivante :

[86] Dans le présent dossier, le Comité est composé de trois avocats d'expérience qui considèrent que la norme de modération et de dignité généralement acceptée, est acceptable, a été outrepassée ;

[87] Un avocat n'a pas le droit de s'adresser à un juge en le qualifiant « d'être exécrationnel, arrogant, foncièrement injuste » et en jugeant son comportement de « pédant, hargneux et mesquin ».

Le Comité était conscient du droit à la liberté d'expression consacré à l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) mais a considéré que les restrictions de l'article 2.03 c.d.a. constituaient des restrictions raisonnables aux droits sanctionnés par la *Charte*.

[78] M^e Fournier invoque la liberté d'expression consacrée à l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ;

[79] Le Comité est conscient que l'article 2.03 du *Code de déontologie des avocats* peut constituer une atteinte au droit fondamental de la liberté d'expression ;

[80] Le Comité doit donc déterminer si cette atteinte à la liberté d'expression, le cas échéant, imposée par l'article 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, est raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique ;¹³

[82] Le Comité est conscient de la difficulté que constitue le contrôle de la norme de modération et de dignité édictée à l'ancien article 2.03 du *Code de déontologie des avocats* ;

[88] Il s'agit d'une restriction à la liberté d'expression qui est tout à fait raisonnable, voire même nécessaire, dans le système de droit canadien où les avocats et les juges doivent collaborer entre eux dans les meilleurs intérêts de la justice.

Finalement, le Comité a refusé d'y voir une démarche « personnelle », M^e Doré étant avant tout, avocat :

[99] Le procureur de l'intimé a soutenu que la conduite de son client consistait en une démarche personnelle et privée à l'endroit d'une personne qui l'avait injustement traité ;

[100] Le Comité n'accepte pas cette approche ;

[101] L'intimé est un avocat qui adresse une lettre à un juge après que celui-ci ait tenu à son endroit des propos qu'il juge injustes et injustifiés ;

[102] Il ne s'agit pas d'un individu, soumis à aucun code de déontologie, qui prépare et envoie une lettre à un tiers ;

[103] L'intimé est membre d'une profession à laquelle il a librement adhéré, lorsqu'il est devenu avocat.

L'avocat a été déclaré coupable de l'infraction disciplinaire telle que déposée et il lui fut imposée une période de radiation de 21 jours.

La décision du Tribunal des professions ¹⁴

Siégeant en appel des décisions du Comité de discipline, le Tribunal des professions (le Tribunal) se penchera surtout sur la

question de la restriction au droit de libre expression que soulève l'avocat ; tout comme le Comité de discipline, le Tribunal rejettera l'argument, considérant que l'obligation de modération constitue une restriction raisonnable à l'exercice du droit de libre expression :

[47] L'appelant invoque la liberté d'expression reconnue, entre autres, par l'article 2 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*. Selon lui « le Comité de discipline a grossièrement erré en droit en [lui] niant [...] son droit à la liberté d'expression vu les circonstances de la présente affaire » [24].

[49] L'appelant insiste en outre sur le caractère privé de la lettre qui, dans cette optique, ne peut pas selon lui porter atteinte à la dignité des tribunaux ni jeter un discrédit sur l'administration de la justice. Il soutient qu'on ne peut pas lui reprocher un acte dérogatoire en sa qualité d'auxiliaire de justice, alors qu'à titre d'avocat il a exercé le droit de s'exprimer.

[63] Dans cette optique, le Tribunal doit essentiellement décider si le Comité a rendu une décision qui respecte la norme constitutionnelle en concluant que l'appelant ne s'est pas exprimé de façon objective, modérée et digne et, conséquemment, qu'il a ainsi dérogé aux articles 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, 59.2 et 152 du *Code des professions de même qu'à son serment d'office*.

[65] Cette décision constitue une atteinte à la liberté d'expression reconnue par les chartes, puisque le Comité ne reconnaît pas à l'appelant le droit de s'exprimer comme il l'a fait dans la lettre du 21 juin 2001.

[66] Dans ce contexte, il s'agit d'une restriction par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[75] En présence du texte de la lettre rédigée par l'appelant, les trois membres du Comité qui sont des pairs de celui-ci, ont conclu qu'il y avait eu transgression de la règle relative à l'objectivité, la modération et à la dignité.

[76] Il s'agit dans les circonstances d'une conclusion qui respecte la norme constitutionnelle. La liberté d'expression n'est pas niée en l'espèce. Seule la manière de la faire est condamnée. Cette limite est dans les circonstances raisonnable

et justifiée. Il s'agit d'une restriction minimale de la liberté d'expression garantie par la *Charte*.

La décision de la Cour supérieure¹⁵

Saisie du dossier au moyen d'une requête en révision judiciaire, La Cour Supérieure refusera d'intervenir considérant que les instances disciplinaires (Le Comité et le Tribunal) avaient rendu une décision conforme aux normes applicables :

[99] Le Tribunal des professions estime que le Comité de discipline, en concluant à la transgression de la règle relative à l'objectivité, la modération et à la dignité, respecte la norme constitutionnelle. Le Tribunal (la Cour supérieure) est d'accord avec cet énoncé.

[104] Lorsque le Tribunal des professions conclut qu'il s'agit d'une restriction minimale de la liberté d'expression garantie par la *Charte*, le Tribunal (la Cour supérieure) considère qu'il dit implicitement que cette restriction est justifiée dans une société libre et démocratique.

[105] Le raisonnement du Tribunal des professions est sans reproche. En répondant par la négative à la deuxième question en litige, il ne commet pas d'erreur. Cette conclusion est raisonnable et correcte.

[106] Lorsqu'un avocat s'inscrit au Barreau du Québec, il s'engage à respecter le *Code de déontologie* et à respecter son serment d'office.

[107] Ainsi, on ne cesse pas d'être avocat quand on termine un procès.

[108] Lorsqu'il transmet une lettre de mise en demeure, qu'il rédige une procédure ou une lettre, l'avocat demeure soumis au *Code de déontologie*. C'est le cas en l'instance.

L'arrêt de la Cour d'appel¹⁶

L'arrêt de la Cour d'appel va dans le même sens que les décisions précédentes :

a. L'atteinte à la liberté d'expression

[25] Il me semble s'imposer à l'évidence que l'envoi d'une lettre est une activité expressive par laquelle l'auteur tente de transmettre une signification et, par conséquent, ce dernier bénéficie de

la garantie constitutionnelle [12]. Sauf les rares cas d'utilisation de la violence physique pour s'exprimer, le champ de la garantie couvre l'expression la plus controversée, la plus impopulaire y compris celle que nous haïssons [13].

[26] C'est donc à bon droit que le Comité, le Tribunal des professions et la Cour supérieure ont unanimement conclu que la décision disciplinaire portait atteinte à la liberté d'expression de l'appelant.

[51] Dans les circonstances, l'atteinte est raisonnable. Elle sanctionne le comportement purement injurieux et ne restreint pas, plus qu'il ne faut, la liberté d'expression de l'appelant en tant que membre d'un ordre professionnel et en fonction des devoirs et privilèges qui en découlent.

[52] J'ajoute un dernier commentaire quant au caractère privé de la lettre. La lettre fut écrite par un avocat à un juge dans le prolongement d'un dossier judiciaire qui s'était terminé quelques heures plus tôt. En raison du statut et de la fonction des parties en cause, l'auteur de la missive ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'affaire s'arrête là et que la lettre demeure confidentielle. De fait, elle est parvenue à la juge en chef de la Cour supérieure qui l'a communiquée au Barreau du Québec.

[53] Ce dernier moyen de l'appelant (le caractère privé de la lettre) pouvait, peut-être, justifier une sanction moindre mais, à mon avis, il est sans effet sur la décision qui a conclu à la culpabilité disciplinaire.

L'arrêt de la Cour suprême du Canada¹⁷

Une des conséquences de l'intervention de la Cour Suprême du Canada sur une question de droit c'est de faire en sorte que cette question transcende l'application qui en est faite dans une des provinces canadiennes, pour étendre le principe à l'ensemble du pays : c'est ce qu'a fait la Cour reconnaissant ainsi qu'il s'agit d'une règle fondamentale pour la profession juridique canadienne :

[62] On trouve donc des règles analogues à l'art. 2.03 dans tous les codes de déontologie régissant la profession juridique au Canada. Par exemple, le *Code de déontologie professionnelle* (2009) de l'Association du Barreau Canadien

énonce que « [l']avocat doit faire preuve de courtoisie et de civilité et agir de bonne foi envers le tribunal judiciaire ou administratif et toutes les personnes avec qui il interagit en cours d'instance ou de procès » (ch. IX, par. 16; voir aussi le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada (mis à jour en 2011), règle 6.03(5)).

Analysant également la règle de la modération par rapport à la liberté d'expression, la Cour conclut qu'il s'agit d'une limite raisonnable, entre autres parce qu'elle n'annihile pas le droit à la liberté d'expression, mais qu'elle le module; elle reconnaît aussi le droit de l'avocat de critiquer vigoureusement (mais avec modération !) les institutions publiques :

[59] En l'espèce, la valeur en jeu consacrée par la *Charte* est la liberté d'expression et la question à trancher est, plus précisément, celle de savoir comment cette liberté devrait pouvoir s'exercer dans le contexte des obligations professionnelles de l'avocat.

[66] Autrement dit, les valeurs mises en balance sont, d'une part, l'importance fondamentale d'une critique ouverte et même vigoureuse de nos institutions publiques et, d'autre part, la nécessité d'assurer la civilité dans l'exercice de la profession juridique. Les organes disciplinaires doivent donc démontrer qu'ils ont dûment tenu compte de l'importance des droits d'expression en cause, tant dans la perspective du droit d'expression individuel des avocats que dans celle de l'intérêt public à l'ouverture des débats. Comme pour toutes les décisions disciplinaires, cette mise en balance dépend des faits et suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[68] Les avocats sont susceptibles d'être critiqués et de subir des pressions quotidiennement. Le public, au nom de qui ils exercent, s'attend à ce que ces officiers de justice encaissent les coups avec civilité et dignité. Ce n'est pas toujours facile lorsque l'avocat a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang froid de l'avocat est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante. Cela étant dit, on ne peut s'attendre à ce que les avocats se

comportent comme des eunuques de la parole. Ils ont non seulement le droit d'exprimer leurs opinions librement, mais possiblement le devoir de le faire. Ils sont toutefois tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité.

[69] Un avocat qui critique un juge ou le système judiciaire n'est pas automatiquement passible d'une réprimande. Comme nous en avons discuté, une telle critique, même exprimée sans ménagement, peut être constructive. Cependant, dans le contexte d'audiences disciplinaires, une telle critique sera évaluée à la lumière des attentes raisonnables du public quant au professionnalisme dont un avocat doit faire preuve. Comme l'a conclu le Comité de discipline, la lettre de M^e Doré ne satisfait pas à ces attentes. Son mécontentement à l'égard du juge Boillard était légitime, mais la teneur de sa réponse ne l'était pas.

Conclusion

De cette saga, je me permets de tirer les conclusions suivantes :

- Selon un principe qui m'est cher, « un avocat, c'est un avocat »¹⁰ signifiant par là qu'un avocat demeure soumis aux règles de déontologie quelle que soit la façon dont il exerce sa profession, et ce vingt-quatre (24) heures sur vingt-quatre (24), sept (7) jours sur sept (7) ;
- l'exercice de la profession ne fait pas des avocats des eunuques de la parole ;
- L'avocat a un droit de critiquer l'administration publique, droit qui lui est garanti par le droit fondamental à la liberté d'expression, à condition de le faire avec modération ;
- L'avocat a droit de se défendre contre des attaques injustifiées, même celles qui émanent de la magistrature ou des institutions publiques, mais de nouveau avec modération !

La modération a meilleur goût !

Bâtonnier Francis GERVAIS Ad.E., Adm.A.
*Vice-Président du Sénat International des
 Barreaux de l'UIA
 Deveau, Avocats
 Laval, Québec, Canada
 fgervais@deveau.qc.ca*

- 1 Loi sur la Société des alcools du Québec, RLRQ, c. S-13.
- 2 <http://educalcoool.qc.ca/a-propos-de-nous/#.V3KPMY-cGUK>
- 3 Georges-Albert Dahl, *La liberté d'expression de l'avocat, acteur de Justice*, Juriste International, Vol. 4-2015
- 4 Pascal Maurer et Olivier Peter, *Avocats: Ce que vous direz pourrait être retenu contre vous I*, Juriste International, 2013-1.
- 5 [2012] 1 R.C.S. 395, 2012 CSC 12.
- 6 Op. cit # 5, paragraphe 14.
- 7 Pour voir des extraits : op. cit # 5, paragraphe 14.
- 8 On ne reprendra pas ici le contenu de la lettre, mais il est possible d'en prendre connaissance dans les différentes décisions rendues dans cette saga, plusieurs décisions la reprenant *in extenso* (voir entre autres, op. cit # 5 paragraphe 10).
- 9 Claude Leduc, *Le système disciplinaire, made in Québec*, Juriste International, vol. 4-2014
- 10 Depuis les amendements à la Loi en 2008, l'organisme disciplinaire est maintenant connu comme « Le Conseil de discipline du Barreau du Québec. »
- 11 2006 CanLII 53416 (Qc. CDBQ), 18 janvier 2006 (décision sur culpabilité).
- 2006 CanLII 53416 (QC CDBQ), 24 juillet 2006 (décision sur sanction).
- 12 Op. cit # 9.
- 13 Rocket c. Royal College of Dental Surgeons, [1990] 2 R.C.S.
- 14 2007 QCTP 152
- 15 2008 OCCC 2450.
- 16 2010 OCCA 24.
- 17 Op. cit # 5.
- 18 <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol33/no18/propos.html>



L'avocat *compliance* en entreprise

■ Jean-Pierre BUYLE

La confiance du public dans certaines entreprises comme les institutions financières ou celles liées à l'énergie repose sur la réputation, l'intégrité et le comportement éthique de ces établissements.

C'est ainsi que ces entreprises ont mis en place un système de surveillance du risque de sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires, de pertes financières significatives ou d'atteinte à la réputation qui naît du non-respect de certaines dispositions réglementaires, législatives, européennes, nationales, de normes professionnelles et déontologiques, d'instructions internes... C'est le risque *compliance* dont la gestion est assumée par un déontologue ou un responsable de la conformité.

L'une des caractéristiques principales de cette fonction est l'indépendance du *compliance* : il doit identifier, évaluer, donner des avis, contrôler, faire rapport quant aux risques de l'entreprise et, en cas de dysfonctionnement, en informer la hiérarchie, voire les autorités de contrôle. Le risque de non-conformité se distingue du risque juridique, en ce qu'il ne concerne en principe pas un litige spécifique avec une contrepartie.

Les matières traitées par le *compliance* sont variées : la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, la politique de prévention fiscale et le mécanisme particulier, l'incompatibilité des mandats d'administrateur et des dirigeants effectifs des institutions financières ou les règles en la matière fixées dans un code déontologique interne, les règles applicables dans le cadre des services d'investissement et des services auxiliaires, les abus de marché, la gestion des conflits d'intérêts, la protection des avoirs des clients, la publicité relative aux OPC, les principes relatifs à une politique de rémunération correcte, la législation sur le respect de la vie privée...

Très naturellement, les entreprises concernées font régulièrement appel à des

cabinets d'avocats pour exercer en leur sein certaines missions de « *compliance officers* » en tant qu'experts.

Les autorités de contrôle voient d'un bon œil cette délégation de fonction au Barreau, compte tenu non seulement des compétences juridiques des avocats, mais aussi du fait qu'il s'agit d'une profession réglementée dont le strict respect de la déontologie est contrôlé et sanctionné.

A priori, plusieurs missions entrent dans le champ d'application du corps business de l'avocat : le suivi des lois et des règlements, le suivi de leur interprétation, la formation du personnel, etc.

Mais plusieurs tâches sont extérieures aux missions traditionnelles de l'avocat, celles de conseils ou d'évaluations juridiques : contrôle, vérification, surveillance, dénonciation...

La question se pose dès lors de savoir à quelles conditions l'exercice de cette mission de *compliance* peut être compatible avec la profession d'avocat.

Si l'avocat travaille dans l'entreprise, il sera attentif à respecter scrupuleusement tous les devoirs de la profession (indépendance, secret, confidentialité...), les règles internes de celle-ci (sécurité, santé, reporting...). Il est recommandé de formaliser les relations par contrat : définition des objectifs et des tâches, description des missions de *compliance* sous-traitées, respect des règles exigées par les autorités compétentes s'il y a lieu (notification ? agrément ? *fit-and-proper?*...), durée et formule du détachement, éventuelles exceptions à l'obligation de fournir les services au sein de l'entreprise, régime de la rémunération, assistance et supervision par le cabinet de l'avocat détaché, règles spécifiques en matière de responsabilité, couverture d'une assurance responsabilité civile professionnelle spécifique à prévoir, usage des mails et du papier à lettres de l'entreprise, titre utilisé sous la signature, etc.

L'avocat chargé d'une mission de *compliance* n'assume aucune responsabilité dans l'organigramme de l'entreprise. Il reste un expert externe détaché dans l'entreprise. Si l'avocat découvre une fraude ou une infraction dans l'exercice de sa mission de *compliance*, il fait rapport au conseil d'administration. C'est à ce dernier de prendre ses responsabilités et à dénoncer à qui de droit. Ce ne serait que dans la situation extrême où l'infraction serait commise par l'organisme de direction lui-même que l'avocat devrait dénoncer les faits au bâtonnier pour suite utile.

La compatibilité de l'exercice de la profession d'avocat avec d'autres nouveaux métiers comme les *privacy officers*, *IT officers* ou *fraud officers* peut être réfléchi sur base des mêmes principes.

Jean-Pierre BUYLE
Vice-président de AVOCATS.BE
Bruxelles, Belgique
jpbuyle@buylelegal.eu



Pratique du Droit
Legal Practice
Ejercicio de la Abogacía





And They Lived Happily Ever After? How to Put the Brexit Vote into Effect – The EU Institutional Framework

■ Koen PLATTEAU

Le vote du Royaume-Uni de quitter l'Union européenne (UE) a mis une pression considérable sur le système politique au Royaume-Uni et sur les marchés financiers. Il a également conduit à un débat entre les 27 États membres de l'UE restants sur le chemin à suivre. Les conséquences du vote devront maintenant être mises en œuvre. Cet article examine comment la décision du *Brexit* est susceptible d'être mise en œuvre dans le cadre institutionnel de l'UE. La principale disposition est l'article 50, jusqu'ici jamais utilisé, du traité sur l'Union européenne (TUE).

Article 50 Treaty on European Union (TEU) provides the legal basis and procedure for an EU Member State to withdraw from the Union. Article 50 TEU was introduced with the Lisbon Treaty and it is the only available legal instrument in the Treaties for a Member State to withdraw from the EU. The position of the UK government is that the exit negotiations should be conducted under this procedure.

Below, we explore the different steps in the Article 50 TEU procedure. The process of Article 50 TEU is unprecedented and untested and it is generally expected that once the procedure has been launched, the UK and the EU will have a long and winding road of negotiations ahead of them.

Launch of the Article 50 TEU negotiation process

The triggering event for the launch of the Article 50 TEU negotiations is a formal decision from the UK to leave the EU. This decision has not yet been made and it is a matter for UK constitutional law to determine which body is entitled to make this decision and in what form the decision has to be made. The outcome of the referendum evidently does not meet the test of a "decision" as in constitutional terms it was merely advisory.

Once this decision has been made, the UK is obliged to notify the European Council of its intention to withdraw from the EU. The wording of Article 50(2) TEU ("shall notify") leaves no doubt that the decision to withdraw must trigger a notice to withdraw. Article 50 TEU does not contain further requirements as to the form of the notice.

Once the UK has notified the European Council of its intention to withdraw from the EU, the European Council will, by unanimity, approve guidelines for the negotiations. On the basis of these guidelines the Council will agree, by qualified majority voting, on a mandate for a negotiator to conduct the negotiations on behalf of the EU. This negotiator is most likely to be the European Commission, but the Council is entitled to appoint another Union negotiator.

will be largely intergovernmental, despite the likely appointment of the Commission as the EU negotiator. In fact, a Committee of National Representatives will monitor the work of the EU negotiator. Moreover, the Council – consisting of Member State representatives – will have to conclude the agreement. On the other hand, the European Parliament – acting on behalf of the people of the EU – has to consent to the withdrawal agreement, which will put it in an influential position.

Position of the UK during the notice period

In principle, the UK will remain a Member State of the EU during the notice period. EU law will continue to apply in full to the UK and its nationals will continue to be entitled

There is nothing to be found in the EU Treaties or in the case law of the CJEU which could be used to establish a theory of vested rights for the citizens of a State withdrawing from the EU.

The two parties to the negotiations under Article 50 TEU will be the EU, (probably) represented by the Commission, and the UK. For the purposes of the withdrawal negotiations, the UK will be treated as a non-Member State, and it will consequently not participate in any discussions concerning its withdrawal in the European Council or the Council.

At the end of the negotiations, the European Parliament will need to give its consent to the draft withdrawal agreement by a majority of votes cast, after which it will be signed and then agreed on by the Council by qualified majority voting.

Since Article 50 TEU does not set out any procedure for the negotiations, the outcome thereof is very uncertain. It is also unclear which institution will have the most influence during the negotiations. It is, however, to be expected that the procedure

to exercise their rights based on EU law. UK nationals will also continue to serve in all EU institutions and bodies.

However, Article 50 TEU does entail some restrictions in this regard. Article 50(4) TEU provides that the members of the European Council and of the Council representing the UK cannot participate in those discussions of these two institutions which relate to the UK withdrawal.

There is no similar provision to be found with regard to the European Parliament. This supports the position that the Treaties do not prevent Members of the European Parliament (MEPs) elected in the UK from participating either in debates in the Parliament and its committees and from exercising their voting rights, even on the Parliament's motion to consent to the withdrawal agreement. This position is consistent with the role of MEPs as

representatives of the Union's citizens as a whole and not only of the citizens of the Member State in which they were elected.

This view is not unanimously shared. Some consider that the UK withdrawal process will almost inevitably colour the actions and influence of the UK-elected MEPs, who might have little vested interest in the on-going concerns of the EU. If this view prevails, there may at least be a reshuffling of European Parliament committee chairs during the Article 50 TEU negotiation process.

Another important issue to be taken into account is the fact that the UK is scheduled to hold the presidency of the Council in the second half of 2017. As already indicated, the UK will be disqualified from participating in any Council meeting that involves discussions on the withdrawal. To the extent that the Council addresses other topics, the UK could still take up the presidency. However, there would again be a credibility issue and it is hard to conceive how a Member State that has given notice to leave can take up the presidency in a meaningful way. This is all the more so since one of the roles of the Council presidency is to act as a catalyst for the work done at Council level. The UK government may therefore wish to consider alternative arrangements for its upcoming presidency next year.

Nature of the withdrawal agreement

The withdrawal agreement will be an international agreement concluded between the EU and the UK. Unlike an accession agreement with a new Member State, the withdrawal agreement will not need to be ratified by the remaining Member States.

However, any changes to the Treaties or international agreements that might be necessary as a consequence of the withdrawal will need to be ratified by the remaining Member States in accordance with Article 48 TEU. At the very least, Article 52 TEU on the territorial scope of the Treaties, which lists the Member States, would need to be amended, and Protocols concerning the UK revised or repealed. In addition, if the withdrawal agreement concerns a mixed agreement

– an agreement covering areas where not only the EU but also the Member States are competent – it will also have to be ratified by the Member States. This ratification process can take several years.

The Council decision to conclude the withdrawal agreement can be challenged before the Court of Justice of the EU (CJEU) through an action for annulment on the basis of Article 263 TFEU. The domestic courts of the remaining 27 Member States will also be able to refer questions regarding the withdrawal agreement for preliminary ruling to the CJEU.

Content of the withdrawal agreement

There has been considerable speculation about the possible content of the withdrawal agreement with the UK. The text of Article 50(2) TEU makes it clear that the scope of the agreement is to set out the arrangements for the withdrawal of the exiting Member State, although it adds that the agreement should also "[take] account of the framework for its future relationship with the Union".

This wording suggests that the scope of the withdrawal agreement will essentially relate to the exit arrangements, i.e. the immediate consequences of the UK leaving the EU. In the context of the definition of these exit arrangements, the framework for the future relationship can be taken into account. However, the reference to the "framework" of the future relationship and the use of the words "taking account of" make it clear that it is not intended that the withdrawal agreement will contain detailed rules on the future relationship. To attempt to agree to such comprehensive provisions might in any event be ambitious given the limited amount of time that the parties will have to negotiate the withdrawal agreement (see below).

The scope of the withdrawal agreement is therefore likely to be limited to an orderly exit arrangement, probably combined with a number of transitional rules. One of the probable points to be addressed in the withdrawal agreement will be some recognition of the vested rights of the roughly two million UK citizens living in the remaining Member States. As things stand, it would not be possible for them to retain the

advantages of EU citizenship if the UK leaves the EU, because the Treaties state that one must hold the nationality of a Member State in order to be a citizen of the EU. There is nothing to be found in the EU Treaties or in the case law of the CJEU which could be used to establish a theory of vested rights for the citizens of a State withdrawing from the EU. The same problem arises for the EU citizens who are established in the UK. It is by means of the withdrawal agreement that these rights should be dealt with.

Time-line – End of the negotiations

Article 50(3) TEU provides for a maximum term of two years for the withdrawal agreement to enter into force. The two-year period will run from the notification by the UK of its intention to leave the EU. In the absence of an agreement being concluded within the two-year time-limit, the Treaties will simply cease to apply to the UK.

Article 50 TEU does not set a time-limit for the UK to notify its intention to leave the UK. In practice, there will be pressure, both within the UK and from the other Member States, to make the notification within a reasonable time frame. The new prime minister has made it clear that she does not intend to rush matters. The current expectation is that the new government will only serve the notice after it has had an opportunity to define its strategy and the objectives it will seek to achieve in the context of the withdrawal negotiations. In that scenario, the notice would only be served by the end of 2016 or early 2017. The two-year time-limit would then expire somewhere towards the end of 2018 or early 2019.

The two-year period can be extended by agreement between the European Council, acting unanimously, and the UK. There is no limit to the length of the extension, nor the number of times an extension can be granted.

In view of the complexity of the matters to be settled, the two-year time-limit is generally considered to be very short. In addition, the time frame and the consequences of the lack of an agreement within the time-limit put the UK in a weak negotiating position. It can also be expected that chances of achieving

unanimous approval for an extension will decrease over time. In parallel, the pressure to conclude the negotiations will increase.

The UK may therefore be well advised to consider an extension request early on in the process, possibly already at the stage of the notification of the intention to withdraw. A "natural" time-limit could be mid-2019, which would coincide with the next five-year term of the European Parliament, to be followed by the appointment of a new European Commission. The next European Parliament elections will be held in May 2019, meaning that, starting from July 1, 2019, the newly elected MEPs will take up their positions in the European Parliament. Even if the UK and the European Council agree on a longer time frame for the withdrawal negotiations, it would indeed be hard to conceive that UK citizens would still participate in the 2019 European Parliament elections and that the new European Commission would count a UK delegate among its members.

What if no withdrawal agreement is reached?

In the worst case scenario, i.e. the UK leaves the EU after the set deadline without any agreement, the fall-back position of the UK are basically the WTO terms. Besides the WTO rules, there might be the possibility for the UK to rely on certain Free Trade Agreements to which it is signatory in its own right.

If the UK and the EU cannot come to an agreement before the end of the two-year (or extended) period, the UK may still negotiate and conclude an agreement with the EU at a later stage. However, in that case, the UK would no longer be a Member State of the EU and the ordinary rules by which the EU negotiates association treaties with third parties would then apply, making such an agreement subject to unanimity in the Council on the basis of Article 218(8) TFEU. Thus, the UK has a strong interest in reaching a deal while it is still a Member State.

What about the future relationship between the EU and the UK?

As already indicated, time will be probably too short for the withdrawal agreement to cover also the details of the future

relationship between the UK and the EU. This matter may in any event be beyond the control of the EU. For instance, if the UK were to opt for the EEA or EFTA, it will have to negotiate and conclude a new treaty with the members of those organisations.

There is a lot of speculation as to what the future relationship will look like. Several models have already been discussed, such as a bespoke relationship with the EU or a variety of other options, known as the Swiss, Canadian, Norwegian, Turkish or even the Albanian model. As experience shows, it will take a considerable amount of time, and typically more than two years, before such an arrangement will be put into place. Pitfalls and roadblocks include the unanimity requirement in the Council and the required ratification at national level.

In order to avoid a legal vacuum and to have some continuity, it will therefore be critical that the withdrawal agreement contains adequate transitional provisions.

Conclusion

The UK will now have to negotiate a withdrawal agreement with the EU. Article 50 TEU sets out the procedure, but it is relatively opaque, raises a number of fascinating issues and has never been tested before. It is now for the UK and the EU institutions to set a first precedent. The stakes are high on both sides and the next steps will be watched closely. And as usual, the last word will belong to... the CJEU.

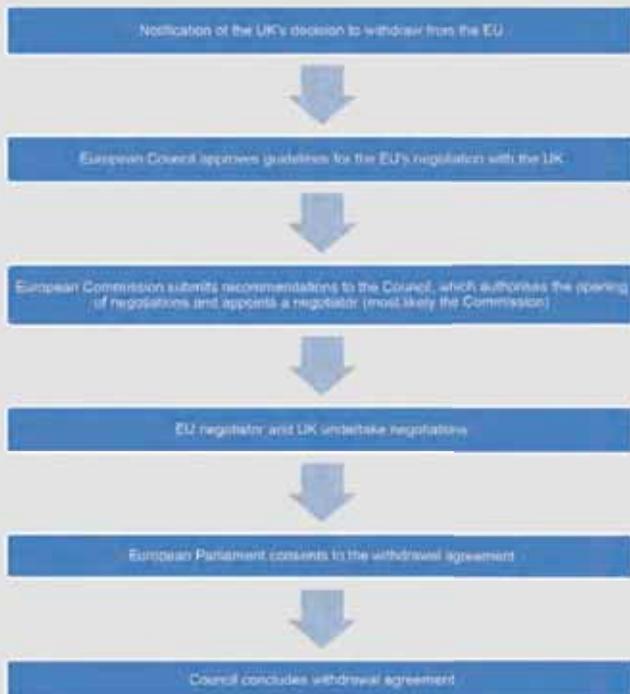
Koen PLATTEAU
Simmons & Simmons LLP
Brussels, Belgium
koen.platteau@simmons-simmons.com

Article 50 TEU

1. Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements.
2. A Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention. In the light of the guidelines provided by the European Council, the Union shall negotiate and conclude an agreement with that State, setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union. That agreement shall be negotiated in accordance with Article 218(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. It shall be concluded on behalf of the Union by the Council, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament.
3. The Treaties shall cease to apply to the State in question from the date of entry into force of the withdrawal agreement or, failing that, two years after the notification referred to in paragraph 2, unless the European Council, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend this period.
4. For the purposes of paragraphs 2 and 3, the member of the European Council or of the Council representing the withdrawing Member State shall not participate in the discussions of the European Council or Council or in decisions concerning it. A qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3) (b) of the Treaty on the Functioning of the European Union.
5. If a State which has withdrawn from the Union asks to rejoin, its request shall be subject to the procedure referred to in Article 49.

See scheme on the next page.

The scheme below summarizes the different steps in the Article 50 TEU procedure.





La lettre de confirmation adressée par les avocats aux auditeurs d'une entreprise

Une renonciation à la protection du secret professionnel ?

■ Francis GERVAIS

Dans le cadre de la préparation des états financiers d'une entreprise, il arrive fréquemment que les auditeurs demandent à l'avocat externe de l'entreprise de fournir une opinion concernant les litiges dans lesquels l'entreprise est impliquée (**lettre de demande de confirmation**). Cette demande est conforme soit à la législation en place ou aux normes de bonne pratique qui exige des entreprises un haut degré de transparence et un dévoilement complet de leurs activités. Ce faisant, l'avocat en y donnant suite (**lettre de confirmation**) dévoile des informations confidentielles appartenant à son client; enfreint-il de ce fait les règles l'obligeant à respecter le secret professionnel auquel a droit son client et rend-il ainsi les informations « publiques » et disponibles à toute personne en ferait la demande ?

1. Rappel des règles concernant la protection du secret professionnel au Canada

Dans un article récent¹, nous signalions que, la Cour suprême du Canada avait consacré le caractère fondamental du secret professionnel au Canada et qu'en conséquence il fallait mettre en place tous les mécanismes pour le protéger ; la Cour rappelait également que les exceptions au secret étaient rares, parce que ce dernier mérite une protection **quasi absolue**.

Dans deux décisions qu'elle rendait le 3 juin 2016², la Cour suprême du Canada réitérait ces principes :

[5] La Cour a déjà reconnu que le secret professionnel est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61 (CanLI), [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49). C'est aussi un droit civil de la plus haute importance dans le système de justice canadien. Le secret professionnel doit donc demeurer aussi absolu que possible, et les tribunaux doivent adopter des normes rigoureuses afin d'en assurer la protection³.

Ces décisions mettent aussi fin à une controverse parce que la Cour suprême consacre le fait que le secret professionnel doit être protégé de façon quasi absolue, quel que soit le contexte dans lequel il est invoqué qu'il soit civil, administratif ou criminel.⁴

Ces énoncés ne veulent toutefois pas dire qu'il n'y a pas d'exceptions à l'application de la règle du secret professionnel. Il ne s'agit pas là, toutefois, de l'objet de notre propos. Nous traiterons plutôt d'un autre principe, la renonciation au secret professionnel; il est possible en droit canadien que le client, **bénéficiaire du droit au secret professionnel (confidentialité des échanges avec son avocat)**, renonce à ce droit parce que le secret professionnel est défini comme un « droit appartenant au client avec comme corollaire l'obligation pour l'avocat de garder le silence ». Toutefois, la Cour suprême a rappelé que la renonciation à ce droit fondamental doit être « volontaire, claire et émaner d'une personne qui connaît l'existence de son droit. »⁵ La Cour rappelle aussi que la renonciation ne se présume pas.

Les situations où il y a possibilité de renonciation proviennent principalement de circonstances où la transmission d'informations a perdu son caractère confidentiel.

La Cour d'appel du Québec⁶ rappelait qu'une information devenue publique perd la protection de la confidentialité:

Dans *Chevrier c. Guimond* [1984] R.D.J. 240, le juge Tyndale avec l'appui des juges Montgomery et L'Heureux-Dubé (telle qu'elle était alors) écrivait avec raison qu'un secret révélé à des tiers cesse d'être un secret à moins que cette révélation ne soit elle-même frauduleuse. Voici les termes qu'il emploie :

It is common sense that a secret once revealed is a secret no longer; that a privilege is lost when the information, confidential to professional and client, is disclosed to a third party; and such third party is free to make what legitimate use he wishes of the information no longer confidential.

La Cour rappelle que la renonciation est avant tout une question d'intention [...].

2. La renonciation au droit à la protection du secret professionnel

Rappelons tout d'abord qu'une personne pourra prétendre avoir droit à la protection du secret professionnel lorsque les communications et confidences faites rencontrent les conditions suivantes :

- Les confidences sont faites à un avocat dûment inscrit au Tableau de l'Ordre d'un Barreau (ou au Québec à un notaire inscrit à la Chambre des notaires) ;
- Les confidences ont pour but d'obtenir un service juridique (conseil ou contentieux) ;
- La consultation se voulait confidentielle.

Encore une fois, il ne s'agit pas d'une règle absolue. La Cour suprême a déterminé que si une tierce personne était présente, mais que la présence de cette tierce personne était non seulement utile mais nécessaire pour la personne bénéficiaire du secret, il n'y avait pas de renonciation à la confidentialité⁷.

49 Cette conclusion est erronée dans les circonstances de cette affaire. En effet, cette réunion a été tenue dans une perspective de maintien de la confidentialité. L'intensité du conflit politique au sein de l'organisme municipal empêchait le président d'assemblée de

remplir ses fonctions. Pour assurer le bon ordre de la réunion, sous tous ses aspects, y compris quant aux rapports qui devaient être présentés par des fonctionnaires ou des avocats, la Régie avait engagé une personne indépendante que l'on avait chargée de diriger les débats comme si elle avait été la présidente. La présence de cette animatrice était non seulement utile, mais même nécessaire pour l'assemblée. Dans ces conditions, sa présence n'impliquait aucune renonciation au secret professionnel (Pfeiffer et Pfeiffer Inc. c. Javicoli, 1993 CanLII 4326 (QC CA), [1994] R.J.Q. 1 (CA), p. 6 et 8). L'animatrice s'intégrait temporairement dans l'organisme et sa procédure de délibération, pour remplir une fonction nécessaire à la bonne marche de celle-ci. Cette rencontre restait à huis clos, toujours dans une perspective de confidentialité indispensable des échanges entre les intervenants, malgré la présence de factions opposées à l'intérieur de l'organisme et de perceptions divergentes sur l'opportunité et la réalisation du projet en cause. La nature de l'assemblée et de la discussion demeurait la même. Dans ces circonstances, l'on ne pouvait induire de cette procédure une renonciation au secret professionnel à l'égard des communications faites par les avocats qui participaient à la rencontre, en qualité de conseillers juridiques de la SIGED et de la Régie. (notre souligné)

3. Les échanges entre les avocats et les auditeurs

Comment peut-on qualifier la lettre de confirmation transmise par l'avocat à l'auditeur alors que ce dernier, en vertu des règles et des protocoles qui existent, s'informe auprès de l'avocat de l'état d'un dossier, d'un litige ou d'une situation dans lequel est impliqué le client, en lui demandant son opinion pour pouvoir parfaire les états financiers de ce client. Ne s'agit-il pas là du dévoilement, par l'avocat, d'informations confidentielles à une tierce personne, ce qui pourrait avoir pour effet d'annihiler la protection du secret professionnel ?

Sans prétendre à un exercice de droit comparé, nous nous référons à une note publiée le 13 janvier 2016 dans *Le Monde du droit*, intitulée « Les échanges entre l'avocat et l'expert-comptable d'un même

client ne sont pas couverts par le secret professionnel ». L'article réfère à un arrêt de la Cour de cassation⁹ qui décide que seules sont couvertes par le secret professionnel des avocats les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères. La Cour a conclu que les échanges entre l'avocat et l'expert-comptable de l'entreprise ne sont pas couverts par le secret professionnel :

Attendu, enfin, que selon l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, seules sont couvertes par le secret professionnel des avocats les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères ; que le premier président en a déduit à bon droit que ce secret professionnel ne couvre pas les correspondances échangées entre un avocat et l'expert comptable de son client.

Au Canada la décision de base a été rendue par la Cour fédérale du Canada⁹. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (telle qu'elle existait à l'époque) confiait aux vérificateurs (aujourd'hui appelé auditeurs), le pouvoir de demander l'accès à des registres et documents, certains provenant des avocats de l'entreprise, lesquelles informations pouvaient bénéficier de la protection de la confidentialité des communications entre le client et son avocat; il était acquis que les informations obtenues devaient permettre au vérificateur de compléter les états financiers du client. La partie adverse qui désirait obtenir copie de l'information prétendait qu'il y avait eu renonciation à la protection du secret professionnel parce que l'information avait été remise à une tierce personne, l'auditeur.

La Cour a sanctionné un nouveau principe, soit la « **renonciation limitée** » qui s'applique lorsqu'une entreprise ou une personne bénéficiant du droit à la confidentialité, se retrouve devant une obligation légale de transmettre des informations ou bien si, dans le cadre de l'application des règles de bonne gouvernance, ces informations doivent être transmises pour les fins de la préparation des états financiers de l'entreprise.

La Cour a rappelé que tout conflit entre un texte de loi et la protection du secret professionnel doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité sauf face à une obligation légale expresse de transmettre l'obligation.

Un autre principe bien établi veut que lorsqu'il y a une obligation légale de transmettre des informations confidentielles, cela ne peut se faire que dans la mesure où l'information est absolument nécessaire. C'est dans cette optique que la Cour a reconnu que les vérificateurs (auditeurs) avaient l'obligation d'obtenir toutes les informations, y compris les commentaires des avocats sur certains dossiers dans lesquels ils étaient impliqués, pour pouvoir préparer des états financiers appropriés, conformes à la loi et aux normes comptables (principes comptables généralement reconnus ou PCGR).

La Cour rappelle que la renonciation est avant tout une question d'intention et que si l'on peut conclure que le bénéficiaire du droit au secret professionnel n'a pas l'intention d'y renoncer, mais qu'il fait face à une obligation juridique de la faire, il ne s'agit pas d'une renonciation volontaire. Une telle situation a été qualifiée, comme « la théorie de la **renonciation limitée** au privilège des communications entre client et avocat.¹⁰ » La Cour a ajouté qu'une telle renonciation (limitée) ne vaut que pour cette fin limitée et ne s'étend pas à d'autres fins.

En résumé, la Cour reconnaît que lorsque le bénéficiaire du droit à la confidentialité est forcé de dévoiler des informations, il s'agit d'une renonciation limitée :

- dans son contenu, par ce qui est absolument nécessaire pour rencontrer les exigences de la Loi ou des normes de comptabilité et rien de plus, et
- quant aux personnes qui peuvent obtenir cette information.

La Cour conclut qu'il serait à l'encontre de l'intérêt public de permettre une divulgation généralisée de l'information obtenue légalement « de force » :

Les passages qui précèdent peuvent être appliqués par analogie à la présente espèce. Les requérantes avaient en effet manifestement l'intention de divulguer les avis juridiques qu'elles avaient reçus pour une fin limitée seulement, savoir collaborer à la vérification et à l'examen de ses états financiers. Elles ont permis l'accès à ces avis juridiques en conformité avec leur obligation de collaboration découlant du paragraphe 170(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. **Il serait à mon avis contraire à l'intérêt public si la décision des requérantes de permettre l'accès aux avis juridiques aux fins de la vérification « avait automatiquement pour effet de soulever**

le voile du privilège dont elle pourrait autrement bénéficier » dans le cadre d'une vérification par l'intimé. (notre souligné)

Ce principe a, par la suite, été régulièrement suivi par les tribunaux surtout par ceux provenant des provinces canadiennes de *common law* alors que nous n'avons pas retrouvé de décision provenant de la province de Québec. Nous tenterons d'expliquer cette situation.

a. La règle de droit dans les provinces de *common law*

Deux décisions provenant de la Province d'Alberta ont repris et appliqué les principes qui avaient été établis par la Cour fédérale dans l'affaire *Interprovincial Pipe Line*¹¹.

Dans la décision *Philip Services Corp. c. Ontario Securities Commission*¹², la Cour divisionnaire de l'Ontario rappelle que les obligations statutaires imposées aux auditeurs d'obtenir l'information la plus complète possible, y compris sur la nature des litiges et l'opinion des procureurs concernant l'issue de ces derniers, ne devaient pas contrevenir au droit du client de réclamer la protection du secret professionnel et la confidentialité des informations obtenues par l'auditeur. La Cour en arrive également à la conclusion que ce serait contre l'intérêt public de le permettre¹³. Nous nous référons également à deux autres décisions où le principe de la **renonciation limitée** a été retenu par les tribunaux¹⁴, en présence de dispositions imposant une obligation légale de fournir de l'information.

b. Le droit au Québec

L'absence de décisions québécoises n'est pas un oubli juridique, mais plutôt le reflet de la législation particulière du Québec.

En 1974, le législateur a introduit le *Code des professions*¹⁵, lequel s'applique à plus d'une quarantaine d'ordres professionnels, y compris les avocats, les notaires ainsi que les comptables professionnels agréés. Dans cette législation, il est spécifiquement prévu la protection du secret professionnel et l'obligation **pour chaque professionnel** de respecter le droit du client :

60.4. Le professionnel doit respecter le secret de tout renseignement de nature confidentielle qui vient à sa connaissance dans l'exercice de sa profession.

Il ne peut être relevé du secret professionnel qu'avec l'autorisation de son client ou lorsque la loi l'ordonne ou l'autorise par une disposition expresse.

Le professionnel peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, le professionnel ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. Le professionnel ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

La législation québécoise a d'ailleurs été qualifiée de particulière lorsque comparée aux dispositions des provinces de *common law*¹⁶ :

La perte de la confidentialité

[37] Le régime du secret professionnel en droit québécois est imprégné d'un particularisme qui pourrait surprendre bien des comparatistes. A ma connaissance, ce régime n'existe nulle part ailleurs sous cette forme. Il a pour pierre angulaire l'article 9 de la *Charte*, lequel renvoie, par le jeu du paragraphe 56(3) de la même *Charte*, aux codes de déontologie des 44 professions actuellement régies par le *Code des professions*[16].

...

À première vue, il semble bien que l'une des implications nécessaires, sinon une conséquence littérale, de l'article 2858 *C.c.Q.* tel qu'il est rédigé est de conférer au secret professionnel un caractère prioritaire sur tous les autres droits fondamentaux, et d'imposer la chose de manière péremptoire ... (notre souligné)

Quel que soit l'angle sous lequel on l'examine, au Québec, la relation entre l'avocat, le comptable professionnel agréé et le client bénéficiant de la protection « totale » (en opposition à « limitée ») du secret professionnel.

c. Résumé de la situation au Canada

Au Canada les règles s'appliquent aux « lettres de confirmation » que les avocats adressent aux auditeurs d'un client sont traitées différemment dépendant si elles sont examinées

en vertu de la *common law* ou en vertu du droit civil québécois. En vertu de la *common law*, l'information fournie par le procureur à l'auditeur pour les fins de la préparation des états financiers, bénéficie d'une protection partielle parce que les tribunaux considèrent qu'il s'agit d'une **renonciation limitée** qui est obligatoire en vertu de la loi, mais qui ne donne pas accès à d'autres informations que celles qui sont nécessaires et qui ne donne pas accès aux informations à d'autres personnes qu'à l'auditeur.

Au Québec, la protection est totale et découle de la loi parce qu'elle fait partie du secret professionnel du client, que lui doivent autant l'auditeur que l'avocat.

4. L'extra-territorialité de la protection

Dans un monde comme le nôtre et où il est question de mondialisation, de fusion et d'acquisition, nos clients sont souvent des entreprises québécoises ou canadiennes qui sont des filiales d'entreprises qui ont leur siège social dans d'autres pays. La situation inverse se présente également, soit des entreprises qui ont des filiales à l'extérieur du Canada mais dont le siège social est au Canada.

La problématique découle du fait que les filiales obtiendront de leurs auditeurs « locaux », des états financiers sur la foi d'informations provenant de leurs procureurs. Les filiales transmettent ensuite leurs rapports aux sociétés-mères qui les incluront dans leurs propres états financiers.

Il se peut, selon la situation du pays où se trouve la filiale, que l'information confidentielle soit protégée ou non par les lois locales. Dans les cas où elle est protégée, qu'advient-il si l'information n'est pas protégée dans le pays où se trouve le siège social et que les autorités de ce dernier pays demandent d'avoir accès à l'information de la filiale en prétendant que l'information n'est pas couverte par le secret professionnel. Qu'advient-il alors de la protection du secret professionnel ?

Nos recherches ne nous ont pas permis de retrouver de décision traitant de ce sujet.

Plusieurs questions apparaissent et pour lesquelles nous n'avons pas, à ce jour, de

réponses. Les règles du droit international devraient normalement s'appliquer à de telles situations. Mais survient aussitôt un problème de qualification de la nature juridique du débat; dans certains pays on considère encore le secret professionnel comme étant seulement une règle de procédure alors que dans d'autres pays on y reconnaît maintenant une règle de droit substantif.

Or, les règles du droit international sont différentes en matière de procédure par rapport à celles applicables en présence d'une règle de droit substantif.

La première étape de résolution de cette question sera donc de déterminer le traitement accordé à la protection du secret professionnel par le pays où se trouve le siège social.

Dans un article publié en 2011 dans *La Revue du Barreau Canadien*¹⁷, Me Bradon Kain s'est penché sur la question. Il conclut¹⁸ que les tribunaux du Canada, qui accordent généralement une très grande protection et un statut important au secret professionnel, devraient normalement mettre de côté les règles du pays où se trouve la filiale dans la mesure où le secret ne serait pas protégé, pour plutôt appliquer la loi domestique (la Loi du Canada) aux informations qui auraient été transmises par l'avocat à l'auditeur.

Il y a toutefois des situations dans lesquelles une entreprise « filiale » du Canada se retrouverait dans une « zone grise ». Se référant à la décision de la Cour de cassation, à laquelle nous nous sommes référés¹⁹, qui a conclu qu'en France, les échanges entre l'avocat et l'expert-comptable ne sont pas protégés par le secret professionnel, qu'arriverait-il si une filiale canadienne où les échanges seraient protégés par le secret professionnel, transmettait à la maison mère, qui a son siège social en France, ses états financiers avec les informations obtenues par les auditeurs et que les autorités françaises demandaient copie de cette information ?

Est-ce qu'on appliquerait la Loi du forum pour déterminer que la protection n'existe pas, se fondant sur la décision de la Cour de cassation ou les autorités françaises prendraient-elles en considération les règles de protection du Canada?

Évidemment, pour les entreprises canadiennes la situation la plus susceptible de survenir

découle des relations commerciales intenses avec notre voisin du sud, les États-Unis d'Amérique. Nous laisserons à nos collègues américains le soin de nous faire part des détails du droit américain sur ce sujet.

Toutefois, comme canadiens, nous ne pouvons que nous inquiéter lorsque nous prenons connaissance de textes de doctrine et de certaines décisions qui semblent, à première vue, nier la protection du secret professionnel aux informations que l'avocat a transmis à l'auditeur externe de son client.²⁰

Dans un article publié en 1980²¹, Arthur B. Hooker tirait certaines conclusions, en droit américain, par rapport à l'absence de protection des informations obtenues par l'auditeur auprès du procureur externe de l'entreprise :

- Il y a très peu de chance que la Cour reconnaisse et applique les règles de protection du secret professionnel aux informations fournies par l'avocat à l'auditeur.
- Dans la mesure où les informations obtenues de l'avocat ne seraient pas de nature privilégiées, il n'y a pas lieu de s'interroger sur la question.
- Dans la mesure où l'avocat réfère à des informations de nature confidentielle dans sa relation avec le client, dans le cadre des informations transmises à l'auditeur, il y a fort probablement perte de la protection du secret professionnel quant à cette communication.
- L'auteur suggère que la réponse du procureur devrait tenter d'éviter de fournir des informations de nature confidentielle pour éviter le conflit avec les autorités.

5. Intervention souhaitée de l'Union Internationale des Avocats ?

Je vous soumetts qu'une problématique comme celle que nous soulevons, et qui touche à la possible absence de protection du secret professionnel relativement à des informations *prima facie* confidentielles ou à la perte de la protection de la confidentialité selon l'application des règles du droit international fait partie de l'essence même de la raison d'être d'une organisation comme l'Union Internationale des Avocats.

Cette dernière ne doit-elle pas intervenir par ses commissions et par ses organes de décision

pour faire des recommandations et même suggérer des modèles de réglementation pour favoriser l'uniformisation des règles de protection du secret professionnel parmi ses pays membres et, même au delà de toute considération, surtout défendre, haut et fort le secret professionnel auquel ont droit les clients des avocats... et cela partout à travers le monde ?

La question est maintenant lancée !

Bâtonnier Francis GERVAIS Ad.E., Adm.A.
Vice-Président du Sénat International des Barreaux de l'UIA
Laval, Québec, Canada
fgervais@deveau.qc.ca

1 Francis Gervais, *Le secret professionnel de l'avocat et le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause de son client, consacré principe de justice fondamentale*, Juriste International, 2015-2, p. 55.

2 Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec, 2016 CSC 20.

Canada (Revenu national) c. Thomson, 2016 CSC 21.

3 Op.cit. # 2 (arrêt Chambre des Notaires).

4 Op. cit. n° 2, Chambre des notaires du Québec, par. 33.

5 *Glegg c. Smith & Nephew inc.*, [2005] 1 RCS 724 (par. 18 et 19).

6 *Pfeiffer et Pfeiffer inc. c. Javicoli*, 1993 CanLII 4326 (CC C.A.).

7 *Société d'Énergie Foster Wheeler c. Société intermunicipale de gestion, et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456 (par. 18 à 22).

8 Arrêt no. 13-20. 322 rendu le 4 novembre 2014.

9 *Interprovincial Pipe Line inc. c. M.R.N.* [1996] 1 RCS 367.

10 op.cit. # 9.

11 *Western Canadian Place Ltd. c. Con-Force Products Ltd.*, 1997 CanLII14770 (AB QB).

Anderson Exploration Ltd. c. Pan-Alberta Gas Ltd., 1998 ABQB 455.

12 2005 CanLII 30328 (ON SCDC).

13 Op. cit.10, paragraphes 44, 45, 46.

14 *Auditor General of British Columbia c. Dongen*, 2013 BCSC 98.

Bureau du Commissaire à l'information et à la vie privée, décision F2014-D-05, 2014 CanLII 78398 (AB DIPC).

15 RLRQ, c. C-26

16 *9139-4429 Quebec inc. c. Rosemere (Ville de)*, 2013 QCCA 496 (par. 37)

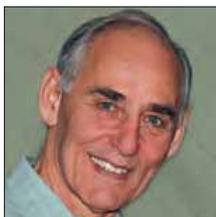
17 *Solicitor-Client privilege and the conflict of laws*, 2011, 90 C.B.R. 243

18 Op. cit #16, page 295

19 Op. Cit. # 8

20 *Chevron Corp. c. Pennzoil Co.*, 974 F.2d 1156 (1162) (9^e circuit 1992)

21 *Lawyer's Responses to audit inquiries and the attorney-client privilege*, 1979-1980, 35 BUS.Law.1021 (Pages 1031)



The Crossroads of Conflict

“Take one step away from yourself - and behold! - the path!” Abu Said

■ Kenneth CLOKE

Every conflict we experience, no matter how trivial, points us toward a crossroads in our lives. One path leads us into anger, fear, confrontation, and bitterness and draws us into quarrels over the past. This path reveals a deep level of care toward final outcomes, yet it also encourages adversarial relationships, sterile communications, contemptuous ideas, negative emotions, and unpleasant physical sensations, blinding us and dissipating our energy and spirit. This is the path of impasse, aggression, and antagonism.

A second path leads us into empathy, acceptance, honesty, and mutual respect and draws us into negotiations over the future. This path reveals a deep level of care toward people, and encourages supportive relationships, improved communications, creative ideas, positive emotions, and pleasant physical sensations, making us more conscious and releasing our energy and spirit from destructive conflicts. This is the path of resolution, collaboration, and mutual problem solving.

Although largely hidden from view, a third path branches off from the second one. This path leads us into increased awareness, compassion, integrity, and heartfelt communications and draws us into awareness of the present. It integrates the honesty and care toward outcomes encountered on the first path with the empathy and care toward people encountered on the second. It encourages openhearted relationships, deep learning, intimate communications, profound ideas, poignant emotions, and physical renewal. It wakes us up, makes us more mindful of ourselves and others, and nurtures our energy and spirit. This is the path of transformation and transcendence, of wisdom, spirit, and heart.

In this way, every conflict leads us to two different crossroads. In the beginning, we face a choice between fighting and problem solving. Later, we face a subtler, more arduous and far-reaching choice between merely settling our conflicts and seeking to learn from them, correcting our

behavior, and moving toward forgiveness and reconciliation.

Initially, conflicts entrap us, tempting us along the first path with rewards that cater to our short-term self-interests and personal advantages, fantasies of victory, righteous anger, vengeful pleasures, and the malignant, self-aggrandizing energy of hatred. Yet by accepting these rewards we place our lives on hold, stoke our anger, and magnify our fear of defeat, shame, and loss of self. At the same time, we gratify our opponents and solidify the very thing we resist or object to, creating knots, insensitivities, and places of blindness inside us. These not only make our pains and sacrifices meaningless, but also discourage us from following the more difficult, yet ultimately more rewarding, path of negotiation, dialogue, and resolution; and the still more difficult and rewarding path of the heart, leading to transformation and transcendence.

More deeply, no one gets into conflicts over issues that don't matter to them, even if they seem trivial to others. Every conflict therefore involves an element of caring – perhaps concerning content, process, relationships, or how we are being perceived or treated. Mediators and conflict resolution professionals have largely ignored this element of caring, failing to explore its nature and how it might be possible to turn distorted, negative communications into connections that are direct, positive, and heartfelt.

Adversarial approaches to conflict stress our bodies, close our minds, and magnify our negative emotions. They weaken our spirits, silence our hearts, and undermine our capacity for honest, empathetic communications and intimacy in relationships. They confuse us with false options and dead-end approaches. Worse, they divide us – not only from each other, but from internal parts of ourselves. They cause

Every conflict presents countless opportunities, both to mediators and parties in conflict, to improve their dispute resolution skills [...].

Why do so many of us prefer the first path? Partly it is because we allow our capacity for respectful communication, open-heartedness, and integrity to become *conditional*, and dependent on the reciprocal actions of others. Partly it is because we reserve the full exercise of our empathy and honesty for pleasant experiences and supportive relationships. Partly it is because we are encouraged by media and culture to accept adversarial approaches to conflict that are physically injurious, intellectually one-sided, emotionally unbalanced, spiritually self-defeating, and socially divisive. Partly it is because others reward us for adversarial behaviors with attention, sympathy, special privileges, a strong sense of identity, distractions from self-hatred, excuses for failure, and reasons for preserving relationships that might otherwise fall apart.

us to lose perspective and reject whatever our opponents propose. In response, we act defensively, grow intransigent, and ignore or deny whatever *we* contributed to making the conflict worse. As a result, adversarial conflicts weaken our will, make us unhappy, and cause us to learn little or nothing – other than how right we were.

By following the first path we discover that the advantages it promises are ultimately false, cloying, superficial, and dissatisfying. By resisting its pull and discovering its hidden dynamics, we reveal the presence of the second path, consisting of constructive engagement with our opponents and a mutual search for resolution. This path allows us to transform conflicts from adversarial contests in which everyone loses into dialogues and collaborative negotiations

in which everyone can win, or at least bear their defeats equally.

By following the second path we discover the third path, and recognize that our true opponent and adversary in every conflict is always ourselves, and that the real purpose of conflict is, has always been, and can only be, to reveal what stands in the way of our learning and growth, our development of character, and our capacity for empathy and honesty, integrity and intimacy, caring and compassion.

In the process, we realize that the very conflicts that get us stuck in pointless, seemingly superficial, adversarial battles are the source of outcomes so weighty and profound, so poignant and beautiful that they are impossible to describe in words, yet nearly everyone has experienced them. We are able to discover, in the thick of discord, how to free ourselves from its all-consuming grip, and how to gain insight into what got us stuck. This insight enables us to transform the ways we interact with our opponents by experiencing criticisms and complaints as suggestions for improvement, and by allowing us to evolve to higher levels of conflict and resolution.

How to locate the third path

Every conflict presents countless opportunities, both to mediators and parties in conflict, to improve their dispute resolution skills, along with their capacity for wisdom, open-heartedness, clarity, balance, and inner peace under trying adversarial conditions. Every conflict therefore leads simultaneously to impasse, to resolution, and to learning, growth, and transcendence. It is this third, subtle, concealed, and profoundly difficult path that is the principal subject of this book.

How, you may ask, in the paroxysm of conflict, can we find our way to these second and third paths? The answer is by:

- Moving skillfully and steadily into the heart of conflict and doing battle first and foremost with your desire to travel the seemingly easier, more seductive path of demonization, victimization, powerlessness, and self-righteousness;
- Resisting the temptation to compromise or simply settle disputes, or even resolve the underlying issues that gave rise to them;

- Being so deeply committed to yourself and your opponent that you are willing to initiate open, honest, vulnerable conversations and work through your conflict, rather than around it;
- Considering your opponent not as an enemy combatant, but a teacher, partner, citizen, and collaborator;
- Refusing to accept what is inauthentic or heartless, either in your opponent or in yourself;
- Moving heroically into the heart of your conflict, where resolution, transformation, and transcendence suddenly, inexplicably, exquisitely unfold.

Transformation and transcendence are therefore present as possibilities at every moment, in every conflict. To locate these possibilities, we need to assume that even the most senseless conflicts have the power to significantly alter and improve our lives, and at the simplest level, they do.

As mediators we can help people turn even trivial conflicts into exercises that improve their skills, for example, by:

- Asking people to pay careful attention to what is done, said, and felt in conflict;
- Pointing them toward the origin of the conflict inside them and their opponents;
- Encouraging them to listen with open hearts and minds;
- Inviting them to jointly search for solutions that satisfy everyone's underlying interests;
- Strengthening their personal and social capacity for empathy, honesty, and integrity;
- Making it possible for each person to forgive themselves and others without condoning the harm they or their opponents have caused;
- Enabling them to repair and redesign the dysfunctional systems that chronically generated the conflict;
- Assisting others to avoid similar disputes in the future.

Thus, even minor, insignificant conflicts can be transformed into exercises that improve everyone's skills in listening, collaborative negotiations, and creative problem solving. Each one can deepen our capacity for integrity, patience, compassion, and forgiveness, and increase our ability

to learn from our conflicts and transform them into sources of wisdom, insight, and personal and social improvement. In short, every conflict offers each of its participants an opportunity to overcome what Sigmund Freud called "the narcissism of minor differences," and become better, more balanced, collaborative human beings.

For mediators, a detailed practical and theoretical exploration of how people learn to transform and transcend their conflicts leads to increased effectiveness, even in conflicts that are stuck in impasse, or that are likely to result only in settlement and enduring bitterness. Yet while impasse and settlement can easily be externalized and described objectively, transformation and transcendence are subjective experiences that require us, as mediators, to become fully present and self-aware, in order to explore and dismantle our own inherited and instinctual conflict responses. Journeying into the heart of conflict asks us not simply to become better mediators, but better human beings.

For this reason, at its deeper levels, conflict resolution is naturally and automatically a path of character and integrity, of heart and spirit, that begins here and now inside each of us. In the end, of course, there are no paths. The way forward begins wherever you are, and opens whenever you are ready to open your eyes, drop your judgments and expectations, and act authentically.

More fundamentally, we need to learn how to resolve our differences if we hope to ever end the use of warfare and environmental degradation, or assuage national, religious and cultural hatreds. This requires us not only to focus our resources on learning and teaching the demanding arts and sciences of dispute resolution, but to recognize that we can only succeed in eliminating war and hatred in others by discovering how to eliminate them in ourselves.

Kenneth CLOKE
Mediator
Santa Monica, CA, United States
kclcke@aol.com

Note: This text is excerpted from Kenneth Cloke, *The Crossroads of Conflict: A Journey into the Heart of Dispute Resolution*, Janis Publications, www.janispublications.com, 2006.



La Commission européenne présente un ambitieux projet de réforme de la directive détachement des travailleurs

■ Pascal PETREL

The European Commission presented a targeted revision on posted workers on March 8. This project aims to clarify the judicial framework, fair competition and ensure respect for workers' rights.

The proposition is part of the Commission's work program for 2016 in favor of a further and fairer internal market. It will apply the same wage rules to local and posted workers and will improve rules on temporary and long term posted workers. Its adoption seems challenging, as there are divergent interests and views on the matter. However, a targeted revision will homogenize the Directive's implementation.

The revision's main topics are remuneration, equality and equal treatment between local and posted workers.

The Commission wants to expand the application of imperative rules about remuneration and the application of law and general collective bargains to posted workers in all economic sectors. Regarding equal treatment, posted temporary workers will adhere to the same rules as local temporary workers. Long term detachment posted workers will be covered by the local legislation when the detachment exceeds more than 24 months. The rules on detachment are set by the European Directive n° 96/71/CE of December 16, 1996.

That legislation is flexible and vague because of the Union and States shared-competence and subsidiarity principle. Furthermore, divergent economics, politics and social situations in the European Union do not permit a strict framework on detachment.

Thus, the Directive of December 16, 1996 defines a minimal framework with a lot of options and exceptions. But with passing years, social and judicial loopholes have increased. **In fact, the expansion of "letter-box" companies and supply chains, and non-compliance with local labour laws** and precedents of the European Court of Justice, encouraged European institutions to reform the Directive of 16 December 1996.

Up to the present day, no reform can be passed as Member States are divided by divergent ideological visions and interests.

Recently, the Directive n°2014/67/UE of July 10, 2014 permits advances on fraud, avoidance and information exchange between Member States concerning detachment. These rules only concern the application of the Directive of December 16, 1996.

However, use of detachment has considerably expanded and must be reformed. It has surged by about 45% between 2010 and 2014. According to

European Union statistics, it affected 1.9 million European Union citizens in 2014.

In order to cope with this increasingly influential matter, the European Commission suggests a reform based on 5 axes:

1. Remuneration: Posted workers will have the same remuneration, legal and conventional, as local workers;
2. Enforcement of collective bargaining: All lines of business will apply general collective bargaining to posted workers and not only in the construction industry, as is currently the case;
3. Supply chain: A State member could impose **the same rules on a subcontractor as those binding the principle contractor**; Temporary workers: Equal treatment must be applied to local and posted temporary workers;
4. Long term detachment: When a detachment exceeds more than 24 months, posted workers will be covered by the local labour law protection.

This reform targets two big weaknesses of the detachment legislation, namely remuneration and equal treatment. Nevertheless, it is possible that this proposition will be rejected, modified or slowed by lobbies or divisions between Member States. Therefore, its adoption remains uncertain.

La Commission européenne a présenté, le 8 mars 2016, une révision ciblée des règles relatives au détachement des travailleurs. L'initiative a pour but de mettre en œuvre un cadre juridique clair, de concurrence loyale et de respect des droits des travailleurs.

Cette proposition s'inscrit dans le cadre du programme de travail de la commission pour 2016 en faveur d'un marché intérieur plus approfondi et plus équitable.

Ce projet, dont l'adoption est d'ores et déjà annoncé comme difficile de par les intérêts

La proposition de révision du 8 mars 2016 de la directive du 16 décembre 1996, vise à garantir pleinement l'égalité, le respect des droits et une concurrence loyale entre les travailleurs locaux et détachés.

et les visions sociales et idéologiques divergentes, vise à homogénéiser l'application de la directive en procédant à une révision ciblée de la Directive n° 96/71/CE du 16 décembre 1996.

Les thèmes visés par la proposition de réforme touchent prioritairement à la

rémunération, à l'égalité et à l'équité de traitement des travailleurs détachés.

Il s'agirait, en matière de rémunération d'élargir la portée des règles impératives applicables aux salariés détachés et qui sont pour l'instant limitées aux règles touchant à la santé et la sécurité et d'étendre

l'application des lois et conventions collectives d'application générale aux travailleurs détachés dans tous les secteurs économiques.

Il s'agirait, de même, en matière d'égalité de traitement d'appliquer aux travailleurs intérimaires détachés les mêmes règles que celles exigées vis-à-vis des intérimaires locaux notamment en matière de rémunération.

Il s'agirait, enfin, en matière de détachement de longue durée de rendre applicable la législation du pays d'accueil au travailleur détaché dès lors qu'il est détaché pour une durée qui dépasse 24 mois.

Les règles qui régissent le détachement relèvent avant tout de la directive européenne n° 96/71/CE du 16 décembre 1996 qui en définit les grands principes.

La législation posée par cette directive est souple et peu précise. Cela s'explique par la compétence partagée de l'Union vis-à-vis des États membres et donc la nécessité de respecter le principe de subsidiarité en cette matière et aussi par la difficulté à fédérer un consensus large et clair tant les situations économiques, politiques et sociales divergent dans l'Union européenne.

La directive du 16 décembre 1996, pose ainsi un cadre minimal doté de nombreuses options et exceptions.

Ce cadre porte sur un socle de droits minimums à savoir le taux de salaire, le temps de travail et de repos, la période de congés payés, les conditions de mise à disposition de travailleurs détachés par l'intermédiaire d'entreprises de travail intérimaire, la santé-sécurité et l'hygiène au travail ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Afin d'emporter le consensus des États plus réfractaires, la directive comporte de nombreuses exceptions à son application. Il est ainsi possible de déroger à certains droits dans le cadre d'un détachement de moins d'un mois ou pour des travaux de « faible ampleur » définis par les États membres sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. De même, le texte bref, est lacunaire sur bon nombre de points notamment les conditions d'exercice du détachement et son contrôle.

Au fil des ans, les failles sociales et juridiques de la directive du 16 décembre 1996 se sont ainsi amplifiées.

On a, en effet, assisté à la mise en place d'un véritable marché du détachement avec dans les États les moins contraignants au niveau social la création de sociétés « boîtes aux lettres », sociétés qui détachent des salariés sans avoir aucune activité économique réelle dans le pays où elles sont implantées, ou par le développement de sous-traitances en cascades visant à contourner la législation sociale.

De même, en pratique, les conditions réelles d'exercice du détachement étaient souvent peu respectueuses des normes sociales applicables. L'usage de double contrat de travail ou de double bulletin de salaire, de non ou de sous-déclaration ayant pu exister.

Enfin, la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne, très favorable à la libre prestation de service a, au final, peu sanctionné les stratégies d'évitement du droit social local (*CJCE, 18 décembre 2007, Laval, arrêt C-341/05; CJCE, 11 décembre 2007, Viking, arrêt C-438/05; CJCE, 3 avril 2008, Rüffert, arrêt C-346/06*).

Les États membres étant profondément divisés par des visions idéologiques et des intérêts divergents, aucun consensus ne s'est dégagé à ce jour pour réformer la directive du 16 décembre 1996.

Dernièrement, la directive 2014/67/UE du 10 juillet 2014, a permis quelques avancées en matière de fraudes, de contournements et d'échange d'informations entre les États membres mais il s'agissait là d'une simple directive d'exécution.

Cette directive a ainsi eu pour effet de clarifier la notion de détachement, d'améliorer la vérification du respect des obligations par les fournisseurs de service (pour lutter notamment contre les sociétés « boîtes aux lettres »), de définir les responsabilités en matière de vérification du respect des règles sur le détachement et le respect des droits et le traitement des plaintes.

Pour autant, le détachement de travailleurs, est une pratique qui a connu une expansion considérable et qui doit être réformé.

Le détachement s'est massifié depuis une dizaine d'années et a même augmenté de près de 45 % entre 2010 et 2014 atteignant ainsi 1,9 millions de personnes dans l'Union européenne en 2014 selon les statistiques de l'Union européenne.

Si la problématique concerne au final peu de travailleurs lorsqu'on la rapporte au nombre total d'emplois dans l'Union (0,7 % selon les statistiques de l'Union européenne³), le détachement occupe une place de plus en plus importante dans des secteurs tels que la construction, l'industrie manufacturière, les services aux entreprises et les services liés à l'éducation, à la santé et à l'action sociale.

Contrairement à ce que l'on pense, les pays les plus concernés par l'envoi de salariés détachés ne sont pas les pays d'Europe centrale mais la Pologne, l'Allemagne et la France tandis que les pays visés par le détachement sont prioritairement l'Allemagne, la France et la Belgique. Ces trois États attirant à eux seuls près de 50 % de l'ensemble des travailleurs détachés⁴.

La Commission européenne propose donc cinq grands axes de réforme pour répondre à ces enjeux.

Le premier axe touche à la rémunération. Les travailleurs détachés devraient avoir les mêmes rémunérations, qu'elles soient prévues par des lois ou conventions collectives, que les travailleurs locaux. Cette rémunération comprend le salaire minimal et ses accessoires, à savoir les primes ou indemnités, le cas échéant. Pour rendre effective cette obligation, il est prévu que chaque Etat membre établisse de façon transparente les différents éléments constitutifs de la rémunération sur son territoire dans le cadre de la transposition.

Le second axe, touche à l'application des conventions collectives. Il est prévu que tous les secteurs et non plus obligatoirement celui de la construction, doivent obligatoirement appliquer les conventions collectives d'application générale aux travailleurs détachés. Cette obligation aurait pour effet d'uniformiser les obligations qui pèsent sur les États membres puisqu'en cette matière certains États membres appliquent déjà les conventions collectives d'application générale dans tous les secteurs économiques (c'est notamment le cas de la

France) tandis que d'autres partiellement ou simplement au secteur de la construction. Le troisième axe, vise les chaînes de sous-traitance, un État membre pourrait choisir d'appliquer aux travailleurs détachés les mêmes règles que celles qui lient le contractant principal, y compris les conventions collectives qui ne sont pas d'application générale comme actuellement. Cette obligation aurait pour effet de permettre aux États membres d'imposer au contractant principal de ne travailler qu'avec des sous-traitants qui respectent les conventions collectives de l'État dans lequel se réalise le détachement. Ainsi, un sous-traitant étranger qui se serait fait déléguer une prestation par un sous-traitant local se verrait appliquer les mêmes règles conventionnelles et légales que le sous-traitant local notamment en matière de rémunération. Cette obligation impacterait fortement la concurrence sur les coûts salariaux que peuvent se faire les prestataires à l'occasion d'un contrat de sous-traitance.

Le quatrième axe, touche au traitement des intérimaires. Le principe d'égalité de traitement entre les travailleurs intérimaires et les autres travailleurs au sein d'une même entreprise est déjà rendu obligatoire par le droit européen au niveau national. La proposition vise, ici à étendre le principe d'égalité de traitement aux travailleurs intérimaires détachés vis-à-vis de l'ensemble des salariés locaux. Il s'agirait, encore, ici, d'uniformiser le droit européen en rendant obligatoire un principe qui était jusqu'alors optionnel par la directive du 16 décembre 1996. La législation de 12 États membres à savoir l'Autriche, Chypre, la Croatie, l'Estonie, la Grèce, la Finlande, la Hongrie, l'Irlande, la Lettonie, le Portugal, la Slovaquie et la Slovénie devrait ainsi être réformée.

Le cinquième, vise les détachements de longue durée. Il s'agirait d'étendre l'ensemble de la protection offerte par le droit de travail local aux salariés détachés de longue durée. Le travailleur qui serait détaché pour une durée de plus de deux ans se verrait appliquer les règles impératives du droit de travail de l'État membre d'accueil. Cette protection s'appliquerait dès le premier jour où il est prévisible que le détachement durera plus de 24 mois et, à défaut, dès le jour où la durée du détachement dure plus de 24 mois. La proposition impacterait notamment le droit de licenciement applicable aux

travailleurs détachés de longue durée puisque ceux-ci disposeraient des mêmes protections en matière de licenciement que les travailleurs locaux. Ainsi, même si le pays d'origine du travailleur détaché ne prévoit pas de protection contre le licenciement économique, le salarié détaché sera couvert par celle de l'État membre si elle est prévue.

Plusieurs raisons ont donc motivé le projet de révision de la Commission européenne.

Sur l'aspect salarial, il faut noter que les écarts de salaires entre travailleurs détachés et travailleurs locaux sont élevés et peuvent atteindre jusqu'à 50 % du salaire des travailleurs locaux selon la Commission européenne. Il s'agit ainsi pour la commission de rétablir une égalité entre les travailleurs locaux et les travailleurs détachés et d'éviter que le détachement ne soit un moyen d'évitement du droit de travail local.

Il faut, en outre, constater que la directive du 16 décembre 1996 n'entre pas en cohérence avec la logique du règlement n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et à la directive n° 2008/104/CE du 22 octobre 2008 relative au travail intérimaire.

En effet, le principe de subsidiarité et les nombreuses options laissées par la directive de 1996 pour l'application de dispositions plus et moins contraignantes rendent l'ensemble peu lisible et abouti à l'existence de statuts de travailleurs détachés variables.

Par exemple, certains États tels l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas ou la France appliquent, par exemple, les conventions collectives particulières et générales à tous les travailleurs détachés, tandis que d'autres, l'Allemagne, l'Irlande et le Luxembourg, appliquent seulement ce principe dans certains secteurs et qu'enfin d'autres États tels le Royaume-Uni, la Pologne ou le Danemark, ne l'appliquent qu'au secteur de la construction.

La proposition de révision du 8 mars 2016 de la directive du 16 décembre 1996, vise à garantir pleinement l'égalité, le respect des droits et une concurrence loyale entre les travailleurs locaux et détachés.

Cette proposition cible deux grandes failles de la législation sur le détachement à savoir la rémunération et l'égalité de traitement.

Si les intentions existent, on peut néanmoins douter que la proposition de la Commission européenne soit adoptée en l'état et qu'elle se concrétise rapidement par une législation au niveau européen.

En effet, les intérêts divergents des États et l'influence des lobbys viendront sûrement en modifier le contenu, ralentir ou interrompre le processus.

Il n'est pas exclu, non plus, que cette proposition soit perçue comme une atteinte au principe de subsidiarité par les États membres et que la proposition aboutisse *in fine* au retrait de la proposition comme ce fut le cas en septembre 2012 pour les propositions de textes visant à clarifier les droits sociaux des travailleurs détachés après que 12 parlements nationaux aient adopté une résolution contestant le projet d'acte législatif de la Commission européenne.

La détermination des porteurs et des États membres favorables à ce projet sera donc déterminante quant au vote et quant à l'adoption de la proposition de révision de la directive du 16 décembre 1996.

Pascal PETREL
Société d'avocats P&A
Paris, France
p.petrel@petrel-associés.com

1 Source, « Révision de la directive concernant le détachement – faire aux questions », Commission Européenne, 2014, europa.eu.

2 Source, « Posted workers in the EU », Commission européenne, 2014.



Le recouvrement de la créance en Belgique : la procédure extra-judiciaire apportera-t-elle l'efficacité souhaitée ?

I Sabine SZULANSKI

Introduction

Depuis 1998, l'Europe s'attelle à la réalisation du marché intérieur et d'un espace judiciaire européen.

L'un des défis résidant dans l'adoption de mesures permettant le recouvrement rapide des créances payées qui constitueraient une cause majeure des difficultés financières rencontrées par les petites et moyennes entreprises. En une dizaine d'années, l'éventail des procédures s'est enrichi et l'Europe s'est dotée de dispositifs harmonisés, parmi lesquels, le Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 visant à simplifier la procédure d'exécution au sein de l'Union, le Règlement (CE) 805/2004 du 21 avril 2004 instaurant les certificats de titre exécutoire européen, le Règlement (CE) 861/2007 relatif au traitement des litiges de petite importance et le Règlement (CE) 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure harmonisée d'injonction de payer européenne¹.

L'arsenal législatif belge compte une procédure nationale d'injonction de payer issue de la loi du 10 octobre 1967. Lors de son adoption, elle a été saluée comme un instrument de recouvrement de créance, rapide et peu coûteux. Sa sous-utilisation a conduit les auteurs à s'interroger sur cet insuccès. Ils l'ont attribué à plusieurs facteurs, parmi lesquels l'intervention obligatoire d'un avocat, le plafond limité des créances, le formalisme de la procédure, la sommation préalable et l'obligation de produire un document émanant du débiteur. Aux yeux des observateurs étrangers, le système belge s'apparente plus à une procédure par défaut accélérée qu'à une inversion du contentieux à la française.

À l'heure actuelle, la plupart des États européens se sont dotés d'une procédure d'injonction de payer, le plus souvent, sous la forme d'« inversion du contentieux » en vertu duquel moyennant un minimum de formalités en amont, le créancier obtient

un titre exécutoire contre le débiteur, à charge pour ce dernier de prendre l'initiative d'une opposition dans les délais de rigueur, s'il conteste la créance. Dans la majorité de ces États, le montant des créances recouvrables est dé plafonné, la sommation préalable est facultative, l'intervention de l'avocat ne s'impose pas et souvent, il suffit au créancier de déclarer l'existence de sa créance pour justifier sa demande. Certains États, comme l'Allemagne et la Suède, ont supprimé toute forme de contrôle judiciaire en amont, estimant que s'il s'agit d'inverser le contentieux, l'intervention d'un juge ne s'impose qu'au stade de l'opposition. Dans ces États comme en France, l'injonction de

services d'un avocat dont l'intervention est décriée comme inutile ou trop onéreuse². Les dernières modifications apportées au code judiciaire traduit la défiance du pouvoir législatif à l'égard du pouvoir judiciaire.

En Belgique, quatre procédures de recouvrement coexisteront à partir du 1er janvier 2017, à savoir le recouvrement classique et trois procédures simplifiées, c'est-à-dire, la procédure nationale d'injonction de payer, la procédure nationale de recouvrement extra-judiciaire qui dispensera le créancier de tout contrôle judiciaire préalable ainsi que la procédure européenne d'injonction de payer.

La nouvelle procédure ne peut être mise en œuvre par l'huissier qu'à la demande d'un avocat.

payer n'a pas valeur d'acte juridictionnel (la requête n'est pas interruptive de prescription, l'ordonnance est dépourvue de toute autorité de la chose jugée et ne constitue pas une présomption du bien-fondé de la prétention du demandeur ; elle n'autorise donc pas le créancier à pratiquer une saisie conservatoire).

Malgré leurs disparités, toutes les législations européennes présentent un point commun, la procédure est entamée par voie unilatérale et l'injonction de payer ne devient exécutoire que lorsqu'elle a été signifiée au débiteur et que celui-ci ne s'y est pas opposé dans un délai de rigueur (ce délai variant d'État à État).

Le 28 avril 2015, soucieux d'offrir un instrument performant aux créanciers, au lieu de corriger le système existant, le législateur belge a imaginé une nouvelle procédure extrajudiciaire qui aboutit à l'obtention d'un titre exécutoire sans contrôle judiciaire préalable. A l'instar d'autres textes européens, cette loi encourage les créanciers à se dispenser des

Cet article comparera les avantages et inconvénients des trois procédures de recouvrement simplifiées, à savoir, les procédures sommaires d'injonction de payer et la nouvelle procédure de recouvrement extra-judiciaire.

1. Les procédures sommaires d'injonction de payer de droit belge et européenne

1.1. La procédure belge

1.1.1. La procédure sommaire d'injonction de payer s'applique aux créances détenues contre des particuliers ou contre des entreprises ainsi qu'aux créances de sommes qui ont pour objet la réparation d'un dommage résultant d'un accident de la circulation. Les créances contre les entreprises³ et celles qui résultent d'un accident de la circulation sont dé plafonnées. Les créances civiles restent plafonnées à 1 860,00 €.

Qu'elle soit civile ou commerciale, la créance doit être justifiée par un écrit émanant du

débiteur qui établit la vraisemblance de la dette, à savoir que l'identité du débiteur et le montant vraisemblable de la dette de manière à ce que le juge puisse exercer un contrôle réel sur la demande. Ce contrôle constitue un contrepoids indispensable au caractère unilatéral de la procédure, même s'il ne faut pas surestimer la valeur probante et la fiabilité de l'écrit.

La procédure est entamée par une sommation dont le contenu minimum est fixé par l'article 1339 du Code judiciaire. Elle doit être envoyée par courrier recommandé avec accusé de réception ou signifiée par exploit d'huissier. Rien n'oblige le créancier à exposer le fondement et le mode de calcul de sa créance alors que les législations plus récentes, européennes et nationales l'y obligent. La sommation préalable a souvent été dépeinte comme une formalité inutile mais elle est portant maintenue comme première étape de la nouvelle procédure. Elle offre une dernière chance au débiteur de s'exécuter en évitant procédure et frais judiciaires.

1.1.2. En cas de défaillance persistante, le créancier poursuit la procédure par dépôt de la requête. En cas de contestation, pour certains auteurs, le créancier doit poursuivre par la voie classique. Nous ne sommes pas de cet avis puisque le créancier peut produire les arguments des parties et que le juge peut trancher sur pièces ou convoquer les parties en chambre du conseil. Cette situation ne se rencontre pas dans la procédure européenne, puisqu'il n'y a pas de sommation préalable et que la contestation ne naîtra qu'après notification ou la signification de l'ordonnance.

La requête doit répondre à un certain nombre de conditions⁴, être signée par l'avocat du requérant, être déposée dans un délai de rigueur qui n'est pas prescrit à peine de nullité et être accompagnée des pièces qui justifient le fondement de la créance et l'envoi de la sommation au domicile du débiteur.

1.1.3. Le juge dispose de quinze jours pour statuer. Son pouvoir d'appréciation est entier et son examen porte sur tous les aspects de la demande (conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, prescription...). Contrairement à ce qu'on pu écrire certains observateurs français, la procédure belge ne s'apparente pas à défaut accéléré puisque la

procédure est unilatérale et que l'examen de la demande en amont a pour corollaire l'obtention d'un véritable titre judiciaire moyennant des formalités peu contraignantes. L'ordonnance qui accueille la requête a la valeur d'un jugement par défaut. Elle a donc autorité de la chose jugée et les règles relatives à l'exercice des voies de recours et mesures conservatoires lui sont applicables.

Comme tout jugement, l'ordonnance doit être préalablement signifiée pour faire l'objet d'une exécution forcée. Le débiteur dispose d'un mois à dater de la signification de l'ordonnance pour former opposition. Par dérogation aux règles classiques, il peut le faire par simple requête déposée au greffe. Passé ce délai, l'ordonnance est coulée en force de chose jugée.

1.1.4. Si le juge rejette la requête en totalité ou partiellement, le requérant peut assigner le débiteur par citation.

1.2. La procédure sommaire d'injonction de payer européenne

La procédure européenne d'injonction de payer instituée par le Règlement (CE) 1896/2006 est inspirée de la technique d'inversion du contentieux. Elle se démarque nettement de la procédure belge aux côtés de laquelle elle coexiste pour les litiges transfrontaliers. Les différences les plus notables sont les suivantes :

- l'intervention de l'avocat est facultative ;
- la procédure est traitée au moyen de sept formulaires identiques dans chaque État de l'Union, dont le modèle fait l'objet des annexes au Règlement⁵ ;
- le Règlement ne plafonne pas les créances ni n'impose au créancier de prouver le bien-fondé de sa demande ;
- le Règlement n'impose pas de sommation préalable ;
- l'examen initial de la demande n'est pas nécessairement effectué par un juge et la juridiction saisie a le pouvoir de proposer une modification de la demande ;
- sauf refus exprès du demandeur, l'opposition du défendeur autorise le passage à la procédure civile devant les juridictions, de préférence (mais pas exclusivement) selon la procédure instituée par le Règlement relatif aux petits litiges transfrontaliers ;
- les motifs de rejet sont limités ;

- l'ordonnance peut être signifiée au débiteur à l'initiative de la juridiction ou du créancier ;
- le débiteur ne dispose d'aucune faculté officielle d'opposition avant qu'une décision contre lui ait été rendue ;
- l'ordonnance devient exécutoire lorsque la juridiction d'origine la déclare exécutoire au moyen du formulaire G (après signification au débiteur) ;
- le Règlement prévoit une faculté de réexamen exceptionnelle et deux motifs de refus d'exécution.

Les difficultés d'application du Règlement sont nombreuses. Elles sont dues, pour l'essentiel, aux multiples renvois du Règlement aux droits internes sur différents points dont le mode de représentation des parties, l'appréciation du lieu du domicile ou de résidence du débiteur, les tarifs et droits de greffe, les frais qui peuvent être octroyés au demandeur et l'indemnité de procédure, l'objet de l'examen du juge dont la vérification de sa compétence.

2. La procédure de recouvrement extrajudiciaire de créances incontestées de droit belge⁶

La nouvelle procédure de recouvrement extra-judiciaire des créances incontestées instituée par la loi du 19 octobre 2015 entrera en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2017 et existera aux côtés des procédures nationales et européennes existantes. Le législateur a estimé qu'une correction ne suffirait pas à purger la procédure d'injonction de payer de ses maux. Pourtant les nouvelles dispositions ne rencontrent pas les critiques formulées contre la procédure nationale d'injonction de payer puisque :

- l'intervention de l'avocat demeure obligatoire : c'est lui seul qui donne instruction à l'huissier de procéder au recouvrement extra-judiciaire ;
- le législateur a maintenu le préalable d'une sommation de payer ;
- le délai d'attente est allongé puisque le délai d'attente est d'un mois et huit jours contre quinze jours ;
- la nouvelle procédure limite à 10 % de la somme impayée, le total cumulé des intérêts et de la clause pénale contre une réduction par le juge de pénalités jugées excessives ;

- le magistrat délégué n'a pas de délai pour apposer la formule exécutoire sur le procès-verbal de non-contestation alors que dans le cadre de la procédure d'injonction de payer, le juge doit statuer dans les quinze jours ;
- l'exécution du procès-verbal de non-contestation peut être interrompue à tout moment par l'opposition du débiteur et portée devant le juge.

Cette nouvelle procédure prive les justiciables de contrôle juridictionnel préalable puisque l'huissier peut pratiquer l'exécution forcée sur base d'un procès-verbal de non contestation revêtu de la formule exécutoire apposée par un magistrat qui n'a pas le statut de juge indépendant au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

2.1. Champ d'application de la procédure

2.1.1. La nouvelle procédure s'applique aux créances incontestées, certaines et exigibles, quel qu'en soit le montant qui sont détenues par et contre une entreprise. Le critère retenu par le législateur est celui de l'inscription des parties (créancier et débiteur) auprès de la Banque-Carrefour des Entreprises. La notion d'« Entreprises » doit être entendue au sens de l'article 573 du Code judiciaire, à savoir « *toutes personnes qui poursuivent de manière durable un but économique, concernant un acte accompli dans la poursuite de ce but* ». Cette définition rejoint celle de l'article II-1° du Code de droit économique. La créance doit s'inscrire dans le cadre des activités de l'entreprise. Les créances n'entrent pas dans le champ d'application de la loi malgré les critiques formulées par le Conseil d'État qui s'interroge sur la constitutionnalité de cette différence de traitement.

Le Code judiciaire ne définit pas la notion de créance incontestée. Suivant la jurisprudence, une créance est incontestée lorsqu'elle est implicitement ou tacitement reconnue. La seule absence de contestation est donc insuffisante. En effet, devant les juridictions commerciales, les dettes ne sont considérées comme incontestées que si le silence du débiteur est circonstancié, c'est-à-dire qu'il s'accompagne de circonstances spécifiques permettant de conclure à une reconnaissance de dette implicite. En matière procédurale, « le

référé à justice » équivaut à une contestation implicite de la demande et le défendeur défaillant est présumé décliner la compétence du tribunal. La simple abstention équivaut à une contestation implicite. C'est une application classique des droits de la défense et on voit mal au nom de quel principe, le législateur a présumé que l'abstention du débiteur équivaudrait à une absence de contestation. En l'occurrence, il a entendu rapprocher sa définition de celle des textes européens puisque le caractère incontesté de la créance est ici aussi lié à l'attitude procédurale du débiteur qui pourra interrompre la procédure au stade de la sommation ou de l'exécution. Ce choix législatif pourrait permettre au créancier de tabler sur la passivité du débiteur – même en cas de contestation connue. Selon nous, l'avocat qui mettrait cette procédure en œuvre alors qu'il a connaissance d'une contestation du débiteur, commettrait un abus de procédure et violerait son devoir de loyauté.

Par contre, les créances transfrontalières ne sont pas exclues de son champ d'application mais débiteur et créancier doivent être inscrits à la Banque-Carrefour des Entreprises. Ce sera le cas pour les personnes morales de droit étranger qui disposent d'un siège en Belgique. Dès qu'une obligation présente un élément d'extranéité, soit que toutes les parties n'ont pas de domicile ou de résidence dans le même État soit qu'un élément de l'obligation soit localisé à l'étranger, les règles de droit international privé détermineront le droit applicable et le for de compétence.

Le législateur n'a pas plafonné les créances mais a limité le montant cumulé des intérêts de retard et de la clause pénale à 10 % du principal. Cette limitation forfaitaire est censée constituer une protection légale contre les pénalités excessives. Les travaux préparatoires n'indiquent pas à quel moment le montant des accessoires est cristallisé et si les intérêts continuent à courir jusqu'au paiement, au risque de dépasser le plafond.

2.1.1. Sont exclues de la nouvelle procédure :

- les situations de faillite, de réorganisation judiciaire, de règlement collectif de dettes ou de toute autre situation de concours légal ainsi que lorsqu'une des parties est une autorité publique au sens de l'article 1412bis, §1 du Code judiciaire ;
- les matières qui tombent hors du champ d'application du Règlement (UE)

1896/2006 essentiellement les créances fiscales, administratives, celles qui trouvent leur cause dans la responsabilité de l'État et des créances familiales) ;

- les créances non contractuelles, sauf reconnaissance de dette ou accord des parties ou qui ont trait à des dettes découlant de la propriété commune de biens et (toujours sauf accord), les demandes résultant de quasi-contrats et les celles qui sont nées à l'occasion d'un quasi-délit.

2.2. La mise en œuvre de la nouvelle procédure

La nouvelle procédure se caractérise par l'utilisation de formulaires dont le modèle sera établi par arrêté royal, des formalités alourdies, un coût élevé, des délais sensiblement plus longs que ceux de la procédure d'injonction de payer et l'absence de tout titre judiciaire à l'issue de la procédure.

2.2.1 L'intervention de l'avocat comme préalable

La nouvelle procédure ne peut être mise en œuvre par l'huissier qu'à la demande d'un avocat. L'avocat devra évidemment faire le choix de la procédure la plus opportune et comparer les avantages et inconvénients des différentes procédures. Son rôle est limité mais crucial car sans demande de sa part, pas de recouvrement extra-judiciaire.

Depuis une dizaine d'années, l'intervention de l'avocat dans les recouvrements de créance est considérée comme trop onéreuse voire inutile. Le maintien du recours à un professionnel du droit dans les procédures européennes est un démenti à cette pétition de principe. Or, l'avocat est le professionnel du droit qui a la meilleure connaissance des procédures judiciaires. Le 29 octobre 1976, la Cour de cassation belge décidait que l'intervention de l'avocat est une garantie pour les tiers grâce à la déontologie à laquelle les membres du Barreau sont soumis⁷.

2.2.2 La sommation préalable

Le maintien de la sommation préalable est un choix judicieux puisqu'elle informe le débiteur des intentions de recouvrement du créancier et lui réserve une dernière chance

de s'exécuter sans frais. Conformément à l'article 1394/21 du Code judiciaire, à peine de nullité, elle doit répondre à des exigences de contenu, être accompagnée des pièces probantes justifiant la créance, et être signifiée par exploit d'huissier. L'huissier doit exposer l'objet de la créance, ses composantes et son calcul. Constitue également un choix salutaire, celui d'informer le débiteur des possibilités de réaction dont il dispose mais le législateur aurait dû aussi l'informer de l'obtention possible d'un titre exécutoire contre lui sans contrôle judiciaire préalable.

La Belgique oblige le législateur à introduire une contrainte linguistique puisque la sommation doit être signifiée au débiteur dans la langue de la Région où il est domicilié. Cette obligation oblige l'huissier à faire primer la langue de la région sur celle des pièces et augmentera le coût de la sommation, de frais de traduction alors qu'elle n'est ni une citation ni un acte introductif d'instance.

La signification de la sommation constitue le mode de communication le plus onéreux qui contraste avec la volonté annoncée du législateur d'organiser une procédure peu coûteuse. Telle que conçue, elle pourrait ne pas être interruptive de prescription puisqu'elle ne répond pas aux exigences de l'article 2244 § 2 du Code civil qui énumère les conditions auxquelles sommations et mises en demeure sont interruptives de prescription.

2.2.3. La réaction du débiteur

1° Le débiteur dispose d'un mois pour réagir à la sommation, à charge pour l'huissier d'en faire part au créancier. Un arrêté royal établira le modèle de formulaire au moyen duquel le débiteur devra réagir. Ces formes ne sont pas prescrites à peine de nullité et l'huissier devra donc tenir de toutes les réactions du débiteur quelle qu'en soit la forme.

Le paiement de la dette met fin à la procédure et conformément à l'article 1394/24 § 4 du Code judiciaire, il vaut transaction pour la dette intégrale, y compris pour les pénalités qui excèdent les 10 % fixés par la loi.

La contestation motivée du débiteur quel que soient les motifs, met également fin à la procédure.

Il n'appartient pas à l'huissier de se prononcer sur ceux-ci. Selon les travaux préparatoires, le débiteur devrait être tenu de pénalité pour contestation manifestement abusive ou dilatoire en application de l'article 780bis du Code judiciaire puisque faute de procédure judiciaire, le débiteur n'a pas fait un usage manifestement abusif d'une procédure. S'il veut être assuré d'un contrôle judiciaire préalablement à toute mesure, coercitive, il n'a pas d'autre choix que celui d'avancer des motifs. On ne peut lui reprocher d'opposer des motifs de contestation qui peuvent paraître fantaisistes.

2° La demande de facilité de paiement acceptée par le créancier est suspensive à l'inverse de la demande non acceptée qui ne produit aucun effet. Le créancier peut refuser les termes et délais proposés par le débiteur sans motiver sa décision et passer à l'exécution forcée pour la totalité de sa créance.

Pareille demande constitue une reconnaissance de dette. Qu'elle porte sur le principal et les accessoires limités à 10% est indéniable. On peut toutefois se demander si cette reconnaissance vaut pour le tout et autoriserait le créancier à agir au fond devant les tribunaux pour la totalité, y compris les intérêts et la clause pénale non plafonnés. Cette voie permettrait au créancier d'obtenir un titre judiciaire pour la totalité de sa créance, reconnu comme tel dans l'espace judiciaire européen.

3° La contestation non motivée et l'absence de réaction du débiteur autorisent le créancier à poursuivre la procédure.

2.2.4 Le procès-verbal de non-contestation

À la demande du créancier, dans les huit jours suivant l'expiration du délai d'un mois imparti au débiteur pour réagir, l'huissier établit le procès-verbal de non-contestation à la demande expresse du créancier. Cette demande de passage à l'exécution forcée ne doit pas nécessairement émaner de l'avocat. Ce procès-verbal constate l'absence de contestation (motivée), le refus du créancier d'accorder les facilités de paiement demandées, ou l'absence de paiement (en ce compris le non-respect éventuel du plan convenu).

On peut regretter l'absence d'un dernier contrôle de l'avocat qui à ce stade aussi, pourrait apporter un éclairage constructif.

2.2.5 L'apposition de la formule exécutoire sur le procès-verbal de non-contestation

Une fois son procès-verbal de non-contestation établi, l'huissier doit le soumettre au magistrat du fichier central pour apposition de la formule exécutoire selon les formalités qui seront fixées par Arrêté Royal. L'importance du contrôle n'est pas déterminée. La loi ne prévoit aucun motif qui permettrait à ce magistrat de refuser l'apposition de la formule exécutoire. Les travaux préparatoires précisent que ce contrôle sera marginal. Dès lors que le magistrat reçoit le procès-verbal à l'exclusion des pièces probantes, qu'il s'agisse de celles qui fondent la créance ou des pièces de procédure qui permettent d'en vérifier la régularité, on voit mal quelle sera la portée de ce contrôle et sur quelle base il s'exercera. Cette interrogation est d'autant plus patente que la loi ne lui reconnaît même pas le pouvoir d'accorder les termes et délais qui auraient été refusés par le créancier comme pourrait le faire une juridiction dans le cadre d'une procédure contradictoire ou de la procédure sommaire d'injonction de payer.

Le procès-verbal de non contestation exécutoire ne constitue ni un titre judiciaire au sens du Règlement de Bruxelles I (UE/1215/2012), ni une transaction judiciaire ou un acte authentique au sens du Règlement (CE) 805/2004. Il ne sera donc pas susceptible de reconnaissance ni ne permettra l'obtention d'un certificat de titre exécutoire européen.

2.3. Une nouvelle banque de données

Une nouvelle banque de données spécifique à cette procédure sera organisée par et sous le contrôle de la Chambre nationale des huissiers de justice. On voit mal l'utilité d'une telle banque de données supplémentaire alors que la Belgique est dotée d'un fichier central des saisies qui recense les saisies, cessions de rémunération et les délégations frappant les débiteurs. On peut également s'interroger sur sa sécurité juridique dès lors que son mode de fonctionnement sera entièrement fixé par arrêté royal.

3. Conclusion

Le législateur a manifestement perdu l'occasion d'apporter les correctifs à la procédure sommaire d'injonction de

Recognition of Same - Sex Couples in Italy

From Early Precedents to Approval of the “Cirinà Bill”

Alberto MORIZIO



payer qui auraient rempli les buts de désengorgement des tribunaux et d'efficacité procédurale.

Il a imaginé une procédure administrative dans le cadre de laquelle le simple silence du débiteur permet de supposer qu'il aurait renoncé au droit à un procès équitable pourtant garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En réalité, exception faite de la dispense de recours au juge, la procédure ne rencontre aucun des objectifs annoncés. Le coût et les formalités de la sommation préalable sont alourdis. Le délai d'obtention du titre exécutoire est plus long que dans le cadre de la procédure sommaire d'injonction de payer.

Enfin, en cas d'opposition du débiteur, les frais de recouvrement seront exorbitants et les délais de recouvrement, sensiblement allongés.

Sabine SZULANSKI
Castiaux Boonen
Cabinet d'avocats
Bruxelles Belgique
s.szulanski@scarlet.be

1 Ces deux derniers Règlements viennent d'être modifiés par le Règlement (UE) 2014/2421 du 16 décembre 2015.

2 Le Règlement UE 1896/2006 prévoit l'intervention de professionnels du droit au détriment de l'avocat.

3 Loi du 19 décembre 2014, Moniteur Belge 29 décembre 2014.

4 Article 1338 du Code judiciaire.

5 Le Règlement (UE) 936/2012 du 4 octobre 2012, J.O. 16 octobre 2012, L 283/1. Ce Règlement qui intègre la Bulgarie et la Roumanie, met à jour les devises et remplace les formulaires pour les rendre plus « faciles à compléter par les demandeurs, les défendeurs et les juridictions ».

6 Nouveaux articles 1394/20 à 1394/27 du Code judiciaire.

7 L. Cadet, *Efficience versus équité !* in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, p. 40, Bruylant 2004 ; Cass. 29 octobre 1976, Pas. 1977, I, p. 252.

Actuellement la législation italienne ne permet pas aux couples homosexuels de se marier ni de contracter une union civile. La CEDH dans l'arrêt « Oliari et autres contre Italie » du 21.07.2015 a estimé que ceci était contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le « droit au respect de la vie privée et familiale ». Le 25 février 2016, le Sénat a donc adopté la « loi Cirinà » - pacte d'union civile baptisé « formation sociale spécifique », sans autoriser l'adoption par l'un des conjoints de l'enfant de son partenaire. Ce sera à l'autorité judiciaire d'en décider.

Civil marriage is a legal status recognised in all EU countries. The rights and obligations of married couples, as well as the requirements for marriage, differ from one country to another. The most notable difference is the **right of same-sex couples to marry or seek registered partnerships and recognition of de facto unions**.

equal rights for homosexuals regarding marriage and adoption. In 2000, the Italian Parliament started debating for the introduction of PACS, modelled on the French “Pacte Civil de Solidarité”, until 2007 when the Government approved a draft bill of domestic partnerships (Known as “DICO”, outlining the rights and duties of stable co-habitants). In 2008, an early election was called, dissolving all pending legislation.

Meanwhile, homosexual couples started complaining in court that under Italian legislation, they did not have the possibility to get married or enter into any other type of civil union.

The major case in point was led by *Mr. Oliari and Mr. A*, who were in a committed stable relationship with each other. They requested the Trento (Italy) Commune Civil Status Office to announce their marriage bans in July 2008. Following the rejection of this request, they challenged

The bill provides same-sex couples with most of the rights of marriage except parenting.

As of today, the following EU countries grant the right of marriage to couples of the same sex: Belgium, Denmark, Finland (effective from 2017), France, Iceland, Ireland, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom¹. Furthermore, 24 out of the 47 Council of Europe member states have legislated in favour of legal recognition of same-sex couples.

Since 1986, debate has occurred in the Italian Parliament over proposals to legalise same-sex marriage as well as same-sex civil unions. During the 1990s, a succession of bills were introduced and rejected in Parliament, encouraged by the discussion in European institutions on

that decision, arguing that Italian law did not explicitly prohibit marriage between same sex persons. The Tribunal of Trento (Italy) rejected their claim, noting that under the 1942 Italian Civil Code one fundamental requisite for contracting marriage was that spouses be of the opposite sex - as multiple articles refer to “husband” and “wife” in a gender perspective (Articles 107, 108, 143, 143bis, 156, 156 bis Civil Code). Following the appeal, the Court of Trento referred the matter to the Constitutional Court, stating that since homosexual marriage is neither expressly permitted nor prohibited under Italian law, there is a gap in the legal system which the Constitutional Court cannot address. *Judgment n. 138/2010 of the Constitutional Court* rejected the questions

raised on the grounds that the right to marriage, as guaranteed by Article 29 of the Italian Constitution, did not extend to homosexual unions and was intended to refer to marriage in its traditional sense. At the same time, the Court pointed out that it was for Parliament to regulate the juridical recognition of the rights and duties pertaining to same-sex couples, which already have the fundamental right to exist according to Article 2 and 3 of the Italian Constitution (providing for equal rights). The appeal was therefore rejected.

In 2011, Mr. Oliari, Mr. A and two other couples complained in front of the *European Court of Human Rights* (ECHR) that under Italian legislation they were being discriminated against on the basis of sexual orientation, alleging violations of Article 8 alone (right to respect for private and family life) and Article 14 (prohibition of discrimination) in conjunction with Article 8, and of Article 12 alone (right to marry) and Article 14 (prohibition of discrimination) in conjunction with Article 12 (*Oliari and Others v. Italy – application n. 18766/11 and 36030/11, Chamber judgment of July 21, 2015*).

The ECHR had already found that the relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership fell within the notion of “family life”, as ruled by *Schalk and Kopf v. Austria – 30141/04, Chamber judgment of June 24, 2010*.

The Italian *Corte di Cassazione* (High Court) also ruled, with *Judgment n° 4184 of March 15, 2012* (concerning the transcription of a marriage between two Italian citizens celebrated in Holland according to Dutch law), that all of the provisions of international and supranational law are clear in reserving the detailed regulation of such matters to the discretion of the national authorities, namely Parliament, stating that same-sex marriage is not void or inexistent according to Italian law, but only incapable of producing civil effects.

This ruling was confirmed with *Corte di Cassazione Judgment n° 2400 of February 9, 2015*, confirming that same-sex couples cannot issue valid marriage banns. They have a “protected status” under the Italian Constitution as social entities (Articles 2 and 3), but their status does not necessarily grant access to marriage, until provided by the law.

Since December 2013, Italian same-sex couples have been able to enter into “cohabitation agreements”, but such contracts are limited in scope. They fail to provide mutual material support, maintenance obligations or inheritance rights; furthermore, they require the couple concerned to be cohabiting, whereas the existence of a stable union between partners is independent of cohabitation.

In July 2015, the ECHR therefore held unanimously that there had been a *violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the European Convention on Human Rights*. In the Court’s view, there was no prevailing community interest against which to balance the applicants’ interest to have their relationships legally recognised. The Court therefore condemned Italy to pay each applicant’s non-pecuniary damages, cost and expenses.

The Cirinnà Bill

Bending to the pressure of public opinion and LGBT associations, the Italian Government started drafting the “Cirinnà Bill” in 2013 (named after Democratic Party Sen. Monica Cirinnà), based on the German life-partnership model, in a bid to grant most of the basic rights and privileges enjoyed by married Italian heterosexuals to same-sex couples.

On February 25, 2016, bill n. 2081² was approved with amendments³ by the Italian Senate in a 173-71 vote.

The bill provides same-sex couples with most of the rights of marriage *except parenting*. Following a difference of opinion between parliament members, the bill stopped short of granting same-sex couples the right to adopt a child, even if one of the partners is the biological parent (the concept known as “*stepchild adoption*”, provided for under Article 5 of the n. 2081 original Cirinnà bill, but then deleted).

Article 3 of the original bill, which addressed the requirement for “faithfulness” in the relationship was also struck from it, after many complained that the language tried to mimic marriage vows.

The bill passed then to the lower House where a vote is expected for mid-May, on the text already approved by the Senate, with no further amendments.

The final bill introduces “*regulation of same-sex civil unions and cohabitation discipline*”, stating under article 1, §1 that “*the present law introduces same-sex civil unions, as a social formation, pursuant to articles 2 and 3 of the Constitution and regulates de facto cohabitations*”, as suggested by both national and EU precedents.

As approved, the bill grants same-sex couples rights similar to those of married ones, including the sharing of a last name (§10), mutual financial and moral support (§11), and common home address (§12), as well as inheritance and pension rights.

Lawyers and associations acting for gay and lesbian parents almost unanimously condemn the elimination of the stepchild adoption clause as a violation of equal rights for gay couples, and are ready to apply again to local courts and ECHR to eliminate any discrimination between opposite sex and same-sex unions.

Alberto MORIZIO
Studio Legale Morizio
Turin, Italy
info@studiolegalemorizio.it

1 Updated until December 2015. Excluding the Faroe Islands, Aruba, Curaçao and Sint Maarten, Northern Ireland, Crown Dependencies and Overseas Territories (except Pitcairn Islands), French Polynesia, Guernsey and Overseas Territories (except Gibraltar).

2 <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00965974.pdf>

3 <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLPRES/940551/index.html>



The Apple Unlock Case: Reconciling Security with Privacy

■ Ariel GREEN

Societies have long recognized that there is an inverse relationship between privacy and security. Few citizens are interested in a world where law enforcement cannot intrude into the privacy of a home to save a child in imminent danger. Conversely, most of those same citizens would be outraged if law enforcement videotaped someone in the shower. These examples illustrate the need to balance security and privacy. The iPhone case brought to the fore this age old issue in the context of new technology in the modern age.

Creative expression, collaboration, and invention now transcend geographic borders. Today, an American scientist can easily set up a videoconference with a laboratory in Japan. Co-authors can exchange manuscripts in seconds although separated by thousands of kilometers. Individuals can disseminate news to millions – if not billions – of people across the globe without a studio, printing press, or radio station. The Internet made all of this possible. And the devices connecting us to this World Wide Web have permeated our lives in ways that could not have been contemplated even twenty years ago.

Phones, tablets, computers, appliances, and cars have become increasingly important and integral to our daily lives. They are ATMs, portfolios, and diaries. We use them to capture our children's first steps, arrange a romantic evening, or listen to the latest pop song. These devices hold so much more than records of calls or messages in and out. They are windows into our deepest thoughts, our relationships, and all of the little things that make us who we are. With them, an outsider can tell the number of nights spent at home, our favorite restaurant, and how many times we've listened to a political podcast. Despite this great potential for intrusion, innovation and free expression continue to flourish because of laws and practices that are founded on the core values of privacy, security, and transparency. The iPhone case tested the limits of those laws

and asked whether a rarely used, 200-year-old statute granted judicial authority to compel a private company to become an arm of the law.

To fully appreciate the context of the case, a brief recitation of the facts is warranted. On December 2, 2015, Syed Rizwan Farook and his wife, Tafsheen Malik, opened fire at the Inland Regional Center in San Bernardino,

provided that same court authority to force Apple to help it accomplish the purpose of that warrant. The All Writs Acts provides as follows:

The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law.

The FBI also argued that Apple, although innocent of any crime, was not removed from the matter.

California, killing 14 people and wounding 22 others. The subsequent investigation by the United States Federal Bureau of Investigation ("FBI") led to the belief that the shooting may have been linked to terrorist organizations. On December 3, 2015, the FBI seized an iPhone given to Mr. Farook by his employer – the San Bernardino County Department of Public Health (the "County"). The County gave the FBI permission to search the phone, but it was locked. The FBI was able to obtain iCloud backups from October 19, 2015, but no later. Further, the FBI was afraid to unlock the phone by brute force – sequentially entering possible combinations – for fear of enabling the phone's auto-erase feature after too many failed attempts. It asked Apple to create software that would enable it to enter the thousands of password combinations both quickly and without fear of erasing all of the data on the phone. Apple refused. Thereafter, the FBI filed the *ex parte* application and motion that sparked an international conversation about privacy and security in this modern technological age.

In some ways, the FBI's argument was simple. The iPhone had been seized from Mr. Farook's vehicle pursuant to a valid warrant. Because there was judicial authority to issue the warrant, the All Writs Act, codified at 28 U.S.C. § 1651(a),

The FBI argued that compelling Apple to help it unlock the iPhone was both "necessary and appropriate" in accomplishing the purpose of that warrant, which included searching the iPhone. It argued that this authority was granted by a United States Supreme Court case, *United States v. New York Telephone Company*, 434 U.S. 159 (1977). There, the Court found that the All Writs Act conferred judicial authority to issue an order to a telephone company mandating the installation of a pen register. The FBI argued that the iPhone case was no different and that creating software to unlock the iPhone was permissible under the All Writs Act.

The FBI also argued that Apple, although innocent of any crime, was not removed from the matter. It argued that Apple's decision to encrypt its devices and offer an auto-erase feature made its involvement in law enforcement investigations essential. Because its software and device was potentially being used to facilitate a criminal, terrorist enterprise, the FBI argued that Apple could be compelled to assist pursuant to *New York Telephone Company*.

Finally, the FBI argued that doing so would not constitute an unreasonable burden on Apple. It argued that Apple writes software as part of its regular business. The fact that Apple chose not to write the particular software requested was not material. Because

reimbursement was being offered and Apple had the technical means to accomplish the requested task, the FBI argued that the request was not unreasonable.

Apple and *amici curiae* disagreed, arguing that the All Writs Act could not be used to circumvent previous Congressional acts that barred the request sought by the FBI. Further, even if not categorically barred, the FBI's request was unreasonable.

The All Writs Act was enacted by the first Congress as part of the Judiciary Act of 1789. It was designed to allow newly created federal courts to issue the writs necessary to perform the functions authorized by other laws. As interpreted by the United States Supreme Court, it may be used to fill the gaps of federal judicial power when those gaps threaten to thwart the proper exercise of federal jurisdiction. However, when a statute specifically addresses a particular issue, that statute – not the All Writs Act – is controlling. Apple and *amici curiae* argued that such particularized statutes existed in the iPhone case. Accordingly, Congress left no procedural gaps for the All Writs Act to fill.

There are several statutes compelling third party assistance to law enforcement investigations including the federal Wiretap Act ("Title III"), the Stored Communications Act ("SCA"), the Foreign Intelligence Surveillance Act ("FISA"), and the Communications Assistance for Law Enforcement Act ("CALEA"). Only one of these – CALEA – mandates specific system-design requirements by third parties.

CALEA generally obligates telecommunications carriers to design their systems in such a way as to facilitate government interception of real-time communications. It does not bar encryption of telecommunications – even if such communications cannot be decrypted without third party assistance. It does not allow law enforcement to dictate the specific design of systems. Further, none of the system-design requirements apply to information service providers that provide Internet and other electronic communications platforms. That choice was deliberate. Congress considered and rejected proposals by federal law enforcement agencies that would have forced providers of electronic communication services to design their systems in a way that allows interception of all communications.

In the years since the enactment of CALEA in 1994, Congress has continued to reject proposals by federal law enforcement agencies that would compel private third parties to assist in their investigations. Apple and *amici curiae* argued that, having failed to persuade Congress, the FBI chose to take its request to a new forum, asking the judiciary to write a blank check of authority to compel assistance from an innocent third party. In so doing, they argued that the FBI ignored the significant restraints Congress imposed, even when compelling third party assistance.

As stated, Title III, the SCA, FISA, and CALEA all require providers of wire and electronic communications to offer technical assistance to law enforcement in certain circumstances. However, Congress recognized that consumers have a reasonable expectation that private companies will not become a branch of government law enforcement. Accordingly, any technical assistance mandated under these statutes must be provided with minimal interference to the services promised to customers. Apple and *amici curiae* argued that the FBI's request was not consistent with this standard. Thus, the request would have forced Apple to undermine the security services it offered customers by creating code that could be used over and over again by law enforcement to access data Apple promised would be protected. Further, it would have put Apple in the undesirable position of protecting a backdoor it never wanted to create that could compromise the security of millions of customers – none of which are suspected terrorists. Apple and *amici curiae* argued that Congress rejected the government's request to require this type of compulsion. Accordingly, the All Writs Act could not be used to circumvent that decision.

Apple and *amici curiae* argued that courts repeatedly have rejected efforts by the government to compel third parties to provide forms of novel technical assistance not contemplated or allowed by statute. For example, the All Writs Act did not confer authority to force a company's employees to wear certain environmental testing devices while on the job. It did not provide authority to force a wireless provider to prospectively monitor and disclose to the government a suspect's location based on cellular tower data. And, examining the specific issue

presented in the iPhone case but in the context of a suspected drug crime, a federal district court in New York found that the All Writs Act did not provide judicial authority to compel Apple to unlock an iPhone.

Apple and *amici curiae* argued that the cases relied upon by the FBI do not provide support for the FBI's request. Thus, those cases required third parties to turn over existing documents or data in the same way that third parties are routinely required by *subpoena* to turn over documents or data discoverable in civil litigation. Other cases compelled telephone companies to perform minor tasks already performed in the regular course of business to aid law enforcement. None of the cases forced innocent third parties to create software or undermine their own products. Indeed, as Apple argued, such compulsion presented First and Fifth Amendment concerns.

The legal issues presented in the iPhone case were never resolved by that court. With the assistance of an unidentified third party, the FBI was able to unlock the iPhone, undermining its claims that Apple's assistance was necessary. But, despite the lack of resolution, some issues still remain.

How secure should we be in our devices? Should the law compel assistance from manufacturers? Should an undemocratic court have the authority to compel such assistance? Do the perceived gains to security outweigh the costs to privacy and expression?

As technology continues to advance, we must decide if existing law strikes the right balance between security and privacy. Without resolution, companies like Apple and *amici curiae* may be asked to compromise the privacy of their customers' data without full consideration of the societal harm such an intrusion may have. These are questions best answered by calm, rational minds unflamed by the horror and fear spawned in the wake of a terrorist attack and – ideally – after democratic debate.

Ariel GREEN
Munger Tolles & Olson
Los Angeles, CA, United States
ariel.green@mta.com



UIA

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



In defence
of endangered lawyers



In support
of the abolition of death penalty



In support
of imprisoned defenders



The UIA serving the Rule of Law

The UIA Institute for the Rule of Law (UIA-IROL) aims to bring together and coordinate actions taken by the UIA in order to:

- promote the Rule of Law
- ensure respect for human rights and the right of defence
- defend the legal profession and its fundamental principles.

Through the UIA-IROL, the UIA continues its commitment to protect lawyers by taking action to

support lawyers who are prosecuted or intimidated in the practice of their profession.

The UIA-IROL supports the profession – its principles and its representative organizations – anywhere that it is threatened.

UIA-IROL is also driving long-term campaigns to promote and reinforce the Rule of Law, support the independence of the judiciary and advocate the abolition of the death penalty. All our actions are funded by contributions and personal donations.

Are you interested in our actions? Are you willing to support our projects?

Contact the UIA by email uiacentre@uianet.org, by phone +33 1 44 88 55 66 or visit our website www.uianet.org > Section "The Actions"



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

Juriste International : politique éditoriale

L'objectif du Juriste International est d'offrir un forum de débats et d'informations sur des sujets qui intéressent les juristes en exercice dans le monde entier.

Le Juriste International n'esquivera pas les questions délicates ou controversées. Une publication qui ne viserait que des sujets faciles et sans risques ou qui ne publierait que des articles exprimant des opinions unanimes ou majoritaires ne vaudrait pas la peine d'être lue.

Les opinions exprimées dans le Juriste International ne reflètent que celles de leurs auteurs. La publication dans le Juriste International n'implique ni que l'UIA ni que le Juriste International partagent ou soutiennent ces opinions.

La publication ou la dissémination de matériel publicitaire ou promotionnel par le Juriste International n'indique en aucun cas l'approbation des produits, services, personnes ou organisations par l'UIA ou par le Juriste International.

Juriste International : editorial policy

The aim of Juriste International is to offer a forum for discussion and information on issues of interest to practising lawyers throughout the world.

Juriste International will not avoid difficult or controversial issues. A journal which covered only the safe or easy issues, or which only published articles expressing the consensus view or the opinions of the majority, would not be worth reading.

The views expressed in articles in Juriste International are the views of the authors. Publication in Juriste International does not imply that either the UIA or Juriste International shares or supports those views.

Publication or dissemination of advertising or promotional material does not indicate endorsement or support of any product, service, person or organisation by the UIA or Juriste International.

Juriste International : política editorial

El objetivo de Juriste International es el de ofrecer un fórum de debate e información sobre temas que interesan a los juristas en ejercicio en el mundo entero.

Juriste International no eludirá las cuestiones delicadas o controvertidas. No valdría la pena leer una publicación que trate únicamente sobre temas fáciles y sin riesgo, o que publique tan solo artículos que expresen opiniones unánimes o mayoritarias.

Las opiniones expresadas en Juriste International son solo el reflejo del punto de vista de sus autores. Su publicación en Juriste International no implica que la UIA o Juriste International comparta o apoye dichas opiniones.

La publicación o distribución de material publicitario o promocional en Juriste International no indica en ningún caso la aprobación de los productos, servicios, personas u organizaciones por parte de la UIA o de Juriste International.

JURISTE INTERNATIONAL

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@uianet.org
Site Web : www.uianet.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 FATAS 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 / Corresponsal Africa
Arthur BALLE

Correspondante Jeunes Avocats / Correspondent for Young Lawyers / Corresponsal
Jóvenes Abogados

Elisabeth McGOWAN

Secrétaire de Rédaction / Editorial Assistant / Secretaria de Redacción
Marie-Pierre RICHARD

RÉGIE PUBLICITAIRE / ADVERTISING SALES AGENCY/ AGENCIA DE MEDIOS

SEEPF - Régis LAURENT
7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél. : +33 1 47 27 50 05
seepf@wanadoo.fr

Composition et impression / Typesetting and printing / Composición e impresión
Evoluprint - Parc Industriel Euronord - 10 rue du Parc
CS 85001 Bruguères - 31151 Fenouillet Cedex

Tirage - Distribution / Circulation - Distribution / Tirada - Distribución
3000 exemplaires / copies / ejemplares

Crédit photos / Photos credit / Crédito fotos
© iStock et Shutterstock



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

