

2019.3

JU I N T E R N A T I O N A L U I S T O C

Union Internationale des Avocats

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



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

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



2020 UIA Events
Calendar inside

 LexisNexis®
GLOBAL LEGAL SOLUTIONS PREMIER SPONSOR

2020 / EVENTS – ÉVÉNEMENTS – EVENTOS

JANUARY - JANVIER - ENERO



27th UIA World Forum of Mediation Centres
MILAN – ITALY [EN](#)



11th UIA Annual Business Law Forum
AMSTERDAM – NETHERLANDS [EN](#)

FEBRUARY - FÉVRIER - FEBRERO



La protection juridique et judiciaire des investissements : rôle de l'avocat
ALGER – ALGÉRIE [FR](#) [AR](#)



Formation UIA/CCI : étude d'un cas pratique selon le Règlement d'arbitrage de la CCI
KINSHASA – RDC [FR](#)

MARCH - MARS - MARZO



Cross-Border Litigation in the Digital Economy: How to Avoid Getting Lost in Translation
SAN FRANCISCO, CA – USA [EN](#)



15th Winter Seminar – Recent Legal Developments and Soft Law: M&A, Corporate Law, Sports & Entertainment Law, White Collar Crimes and Dispute Resolution
ST. ANTON AM ARLBERG – AUSTRIA [EN](#)



Les cours régionales des droits de l'homme : convergence, divergences et défis
The Regional Human Rights Courts: Convergence, Divergences and Challenges
PARIS – FRANCE [FR](#) [EN](#)

APRIL - AVRIL - ABRIL



What Competition Law for 21st Century? Challenges for Competition Law Enforcement in Asia and Key Jurisdictions around the World
HONG KONG – CHINA [EN](#)



The EU's Digital Market Programme – Achievements to Date and Outlook
BRUSSELS – BELGIUM [EN](#)

MAY - MAI - MAYO



International Arbitration, Current Perspectives – 4th Edition
Arbitraje Internacional, Perspectivas Actuales – 4^a Edición
BILBAO – SPAIN / ESPAÑA [EN](#) [ES](#)



L'exécution des décisions arbitrales étrangères
AGADIR – MAROC [FR](#) [AR](#)

JUNE - JUIN - JUNIO



The Fashion Industry 2020-2030: Legal Trends and New Challenges
BARCELONA – SPAIN [EN](#)



Foreign Investment and International Arbitration
Inversiones Extranjeras y Arbitraje Internacional
SANTIAGO DE CHILE – CHILI / CHILE [EN](#) [ES](#)

JULY - JUILLET - JULIO



Science & Law: International Law Answers to Scientists' Current Challenges
TRIESTE – ITALY [EN](#)

SEPTEMBER - SEPTEMBRE - SEPTIEMBRE



28th UIA World Forum of Mediation Centres
SYDNEY – AUSTRALIA [EN](#)



Modern Families: Current Challenges, Equal Rights and Ways to Protect their Wealth
LONDON – UNITED KINGDOM [EN](#)

OCTOBER - OCTOBRE - OCTUBRE



64th Annual Congress / Congrès annuel / Congreso anual
GUADALAJARA - MEXICO [EN](#) [FR](#) [ES](#)



Table of contents

Sommaire

Indice

Table of contents ■ Sommaire ■ Indice ■ 2

President's Editorial 3 Éditorial du Président 4 Editorial del Presidente 5 Message from the Editor-in-Chief 7 Message du rédacteur en chef 8
Mensaje del Redactor Jefe 9

UIA News ■ Actualités de l'UIA ■ Novedades de la UIA ■ 10

The UIA in London 11 The UIA in Milan 12

Human Rights and Protection of Lawyers ■ Droits de l'Homme et de la Défense ■ Derechos Humanos y de la Defensa ■ 14

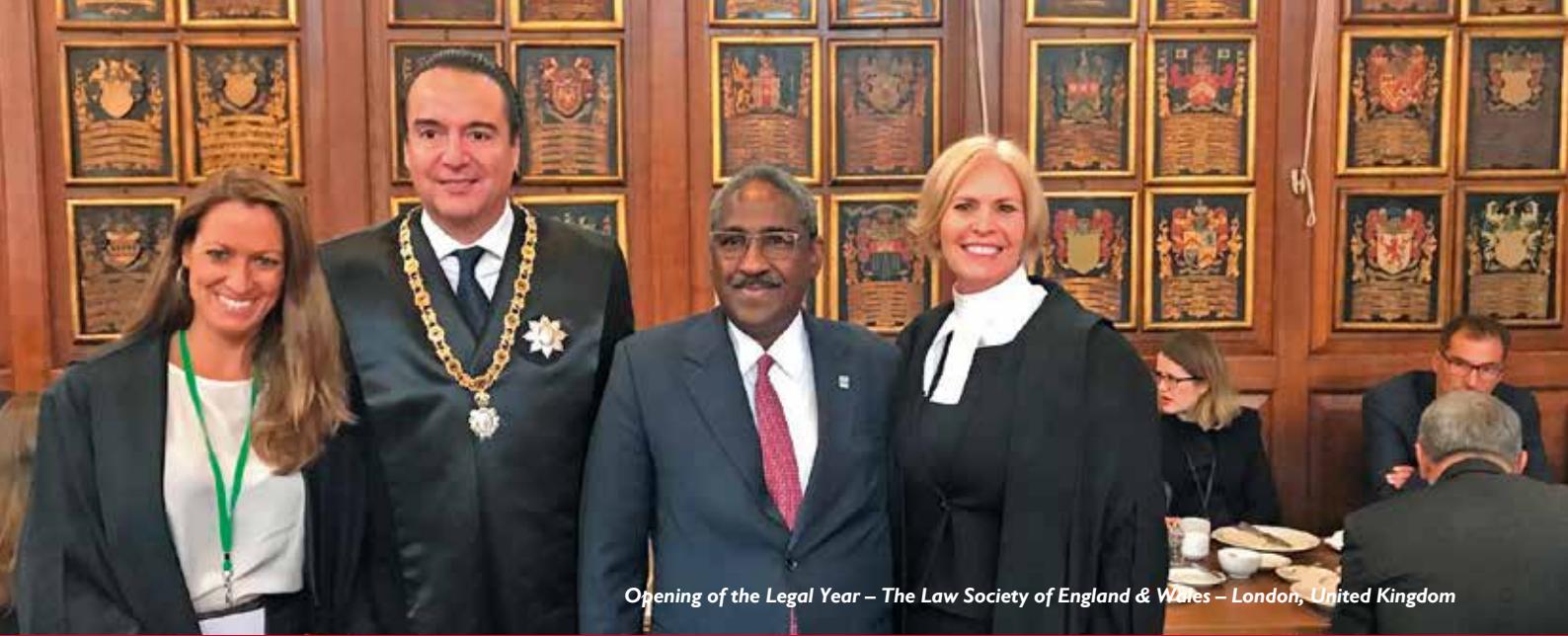
Entreprises et droits de l'homme 15 Children: unseen victims of the death penalty 20 The Legal Profession's Opportunity and Obligation to Support the Defense Effort in Death Penalty Cases 27 Affaire Marcello Viola contre Italie 30

The Legal Profession ■ La Profession d'Avocat ■ La Abogacía ■ 34

La séparation du pouvoir judiciaire 35 A New Tomorrow for Disabilities: Thoughts of a Disabled Lawyer 37 Establishing a Lawyer Mentoring Program 39 Réforme des retraites : les avocats menacés, les avocats mobilisés 41 Los retos de la inteligencia artificial (IA) y la práctica del derecho 42

Legal Practice ■ Pratique du Droit ■ Ejercicio de la Abogacía ■ 44

L'affaire de l'artiste urbain Blu : s'agit-il d'une violation du droit d'auteur ? 45 ICOs and Blockchain: The State of Art in Italy 49 Some Issues to Consider before Starting Negotiations 51 Could the Way in Which you Read Matter for the Rule of Law 55 Internal Investigations in the UK: Suspension, Interviews and Disciplinary Proceedings 56

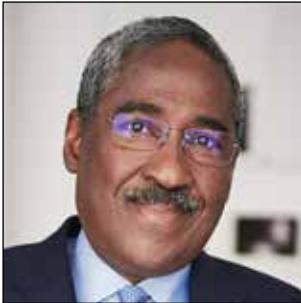


Opening of the Legal Year – The Law Society of England & Wales – London, United Kingdom

Editorial



Opening of the Legal Year – The Law Society of England & Wales – London, United Kingdom



President's Editorial

■ Issouf BAADHIO

UIA's future in a globalised legal world

Stemming from its baptismal font in 1927, UIA, the oldest international lawyers' organization, has fully played its part as an integrator of dynamic convergences between Bars, in particular lawyers and the legal and judicial professional world in general, across the five continents, basing itself as much as possible on the future of lawyers as an axiom and identity reference framework, through the prism of the qualitative improvement of training and the harmonization of professional practices.

This continuous struggle is inspired by the committed, day-to-day work of all UIA's scientific commissions, the teams at the association's headquarters, our technical and financial partners who have stood by us throughout this exciting adventure that is the service dedicated to the cause, all the existential causes behind the work lawyers do, within the parameters of their current professional life – one whose pace is increasingly being set by the inflation of the texts regulating the profession, often contradictory and rarely complementary, at the national, regional/community and international scale.

The profusion of texts tends to reduce the scope of the right to what is viewed as a market service and nothing else, in the sense that it is understood by the World Trade Organisation. The consequence is that the work lawyers do is often reduced to a mere service that can be rendered *a minima* by just about anyone and *a maxima* through the medium of artificial intelligence, without any binding ethical or professional obligations. It is therefore a real transformation of the legal profession that is taking shape before our very eyes, through an increasingly perceptible shift.

In view of these challenges, it is legitimate to ask whether UIA has fulfilled its mission of providing support, preventing distortions

or sounding the alert for the community of lawyers and bar associations who are its members?

The answer to this essential question can obviously be found in the vast pool of discussions, proposals, watches and alerts sounded by our organisation for its members, but also for the benefit of institutions and governments, whenever an attitude, a text or an approach violates the corpus of ethics and independence without which lawyers cannot exist.

All these actions are necessary, but perhaps inadequate to best prepare UIA and its members for a new "community of destiny" in a globalized legal world. The intangible nature of our profession's activities is only set to increase. Artificial intelligence will increasingly become part of our professional lives and substantially change our professional practices and the classic setting of standards that regulate them.

Given this likelihood, UIA must imperatively take these deep-set changes into consideration to remain a unifying hub for Bars and lawyers, beyond the local specificities of resolving the above-mentioned concerns.

To do so, our diversity shall more than ever be an asset and our presence on the five continents an essential quality. Our diversity is a guarantee of exceptional representativeness, the commitment of men and women of all ages, an obvious source of proven qualitative intellectual production, as well as of vigilance, wherever necessary.

This noble struggle deserves to be carried by all those in UIA, without any archaism or excess, with the depth and density that the situation requires.

In this globalized legal world, the urgency to act is here and now – to prevent, to anticipate and to project UIA's member lawyers towards a serene future, adapted to the new legal world.

That is the price we have to pay to ensure that UIA's attractiveness remains the fundamental vehicle for bringing lawyers and bars from around the world together around its values and ideals.

We need to take action quickly, together, using all the levers at our disposal, wherever our members are spread across the world, so that the changes in our profession are supported by UIA efficiently and effectively, for its members' benefit. To do so, let us multiply our efforts tenfold.

For in this case, tomorrow is already here.

Issouf BAADHIO

UIA President

president@uianet.org

Editorial du Président

■ Issouf BAADHIO

Le devenir de l'UIA dans un monde juridique globalisé

Portée sur les fonts baptismaux en 1927, l'UIA, la plus ancienne des organisations internationales d'avocats a joué pleinement sa partition d'intégrateur de convergences dynamiques entre les barreaux, les avocats en particulier et le monde professionnel judiciaire et juridique en général sur les cinq continents et ce, en prenant autant que possible comme axiome et référentiel identitaire, le devenir de l'avocat sous le prisme de l'amélioration qualitative des formations et de l'harmonisation des pratiques professionnelles.

Ce combat permanent est insufflé par le travail quotidien et engagé de toutes les commissions scientifiques de l'UIA, des équipes du siège de l'association, de nos partenaires techniques et financiers qui nous ont accompagnés tout au long de cette passionnante aventure qu'est le service dédié à la cause, toutes les causes existentielles de l'avocat, tant dans les paramètres de sa vie professionnelle actuelle de plus en plus rythmée par une inflation de textes portant régulation du métier, souvent contradictoires et rarement complémentaires, à l'échelle nationale, régionale ou communautaire, ainsi qu'internationale.

Cette profusion de textes a tendance à réduire le périmètre du droit à un service marchand et rien d'autre, au sens où il est entendu par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), avec souvent, pour conséquence de ramener l'acte d'avocat à un simple service susceptible d'être rendu *a minima* par toute personne et *a maxima* par le biais d'un support d'intelligence artificielle sans aucune obligation éthique ou professionnelle contraignante. C'est donc une véritable mutation du métier d'avocat qui prend forme sous nos yeux par un glissement de plus en plus perceptible.

Au regard de ces enjeux, il est légitime de se demander si l'UIA a rempli sa mission

d'accompagnement, de prévention ou d'alerte envers la communauté d'avocats et de barreaux qui la composent ?

La réponse à cette question essentielle se trouve bien évidemment dans l'important vivier de réflexions, propositions, veilles et alertes réalisées par notre organisation pour ses membres mais aussi à l'endroit ou au bénéfice d'institutions et de gouvernements chaque fois qu'une attitude, un texte, une démarche sont attentatoires au *corpus* de l'éthique et de l'indépendance sans lequel l'avocat n'existe pas.

Toutes ces actions sont nécessaires mais peut-être pas suffisantes à préparer au mieux l'UIA et ses membres à une nouvelle communauté de destin dans un monde juridique globalisé. Le caractère immatériel des actes de notre profession va aller croissant. L'intelligence artificielle va s'inviter de plus en plus dans nos vies professionnelles et modifier substantiellement nos pratiques professionnelles et le normatif classique qui les régule.

Ce faisant, l'UIA doit impérativement prendre en considération ces profondes mutations à venir pour rester pour les barreaux et les avocats, un centre fédérateur, au-delà des particularités locales de la résolution des préoccupations précitées.

En ce sens et plus que jamais, notre diversité est un atout, notre implantation sur les cinq continents est une qualité essentielle, notre diversité un gage de représentativité exceptionnelle, l'engagement des hommes et des femmes de tout âge, un vivier évident de production intellectuelle qualitative avérée, et de vigie, partout où ce sera nécessaire.

Ce combat noble mérite d'être porté par tous au sein de l'UIA, sans archaïsme ni excès, avec la profondeur et la densité que requiert la situation.

Dans ce monde juridique globalisé, l'urgence d'agir, de prévenir, d'anticiper et

de projeter l'avocat membre de l'UIA vers un devenir serein et adapté au nouveau monde juridique, c'est ici et maintenant.

C'est le prix pour que l'attractivité de l'UIA reste le vecteur fondamental pour rassembler les avocats et les barreaux du monde autour de ses valeurs et de ses idéaux.

Nous devons agir rapidement de concert sur tous les leviers qui sont à notre disposition, partout où nos membres sont disséminés à travers le monde, pour que les mutations de notre métier soient accompagnées par l'UIA de manière efficiente et circonstanciée au bénéfice de ses adhérents. Dussions-nous, pour ce faire, décupler nos énergies.

En l'espèce, demain, c'est déjà aujourd'hui.

Bâtonnier Issouf BAADHIO
Président de l'UIA
president@uianet.org

Editorial del Presidente

I Issouf BAADHIO

El futuro de la UIA en un mundo jurídico globalizado

Bautizada en 1927, la UIA, la más antigua de las organizaciones internacionales de abogados, ha desempeñado plenamente su papel de integradora de convergencias dinámicas entre colegios de abogados, en particular de los abogados y el mundo profesional judicial y jurídico en general en los cinco continentes, tomando en la medida de lo posible, como axioma y seña de identidad, el futuro del abogado bajo el prisma de la mejora cualitativa de las formaciones y la armonización de las prácticas profesionales.

Esta lucha permanente es posible gracias al trabajo diario y la dedicación de todas las comisiones científicas de la UIA, los equipos de la sede de la asociación, nuestros socios técnicos y financieros que nos han acompañado a lo largo de toda esta apasionante aventura que es el servicio por la causa, todas las causas existenciales del abogado, dentro de los parámetros de su vida profesional actual, cada vez más marcada por una inflación de textos que regulan la profesión, a menudo contradictorios y pocas veces complementarios, a escala nacional, regional o comunitaria e internacional.

Esta profusión de textos muestra una tendencia a reducir el perímetro del derecho a un servicio meramente comercial, en el sentido en que lo entiende la Organización Mundial de Comercio y, por lo tanto, con frecuencia reduce el acto del abogado a un simple servicio susceptible de ser prestado como mínimo por cualquiera y como máximo a través de un soporte de inteligencia artificial sin ninguna obligación ética o profesional vinculante. Así pues, asistimos a una auténtica mutación de la profesión del abogado que toma forma mediante un desplazamiento cada vez más perceptible.

Ante esta problemática, es legítimo preguntarse si la UIA ha cumplido su

misión de acompañamiento, prevención o alerta ante la comunidad de abogados y los colegios de abogados que la componen.

La respuesta a esta pregunta fundamental la encontramos, naturalmente, en el importante vivero de reflexiones, propuestas, vigilancias y alertas que nuestra organización lleva a cabo para sus miembros, pero también en el lugar o en beneficio de instituciones y gobiernos, cada vez que una actitud, un texto o una iniciativa atentan contra el *corpus* de la ética y la independencia, sin el cual el abogado no tiene razón de ser.

Todas estas acciones son necesarias pero quizás insuficientes para preparar lo mejor posible a la UIA y a sus miembros para un nuevo destino común en un mundo jurídico globalizado. El carácter inmaterial de los actos de nuestra profesión irá en aumento. La inteligencia artificial se hará cada vez más hueco en nuestras vidas profesionales y modificará sustancialmente nuestro ejercicio profesional y el cuadro normativo clásico que lo regula.

La UIA debe tener necesariamente en cuenta estos profundos cambios futuros para seguir siendo un centro aglutinador para los colegios de abogados y los abogados, más allá de las particularidades locales de la resolución de las preocupaciones precipitadas.

En este sentido, nuestra diversidad es, más que nunca, una ventaja, nuestra implantación en los cinco continentes es una ventaja fundamental, nuestra diversidad es una garantía de representatividad excepcional, el compromiso de los hombres y mujeres de todas las edades, un vivero evidente de producción intelectual de calidad demostrada, y de vigilancia allí donde sea necesario.

Esta noble batalla merece ser librada por todos en la UIA, sin arcaísmos ni excesos, con la profundidad y la intensidad que la situación requiere.

En este mundo jurídico globalizado, es ya urgente actuar, prevenir, anticiparse y proyectar al abogado miembro de la UIA hacia un futuro sereno y adaptado al nuevo mundo jurídico.

Es el precio que debemos pagar para que el atractivo de la UIA siga siendo el vector fundamental para reunir a los abogados y a los colegios de abogados del mundo en torno a sus valores e ideales.

Debemos actuar rápidamente y de común acuerdo con todas las herramientas que tenemos a nuestra disposición, allí donde nuestros miembros estén diseminados por todo el mundo, para que los cambios de nuestra profesión vayan de la mano de la UIA de una forma eficiente y precisa en beneficio de sus miembros. Aunque para ello tengamos que redoblar nuestros esfuerzos.

En este caso, el mañana es ya hoy.

Decano Issouf BAADHIO
Presidente de la UIA
president@uianet.org



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

64° CONGRESO DE LA UIA GUADALAJARA MÉXICO



SAVE THE DATE

28 DE OCTUBRE - 1° DE NOVIEMBRE DE 2020

#UIAGDL



Message from the Editor-in-Chief

■ **Nicole VAN CROMBRUGGHE**

For once, you have in your hands a slightly shorter edition of the *Juriste International* than usual. The combination of the holidays, the start of the legal year and the proximity of the Luxembourg Congress have undoubtedly put a brake on our authors' editorial enthusiasm... But that does not matter – while value does not need the test of time, neither does the quality of articles depend on the number of articles published. As usual, you will notice that the subjects covered are highly topical and have been broached with brio.

The first article in the human rights and defence section, written by Marc Bichler, also arouses our appetite for one of the main themes to be presented in Luxembourg, namely "Business and Human Rights", and underlines the subject's importance for our profession, which is constantly required to adapt to an ever-changing world. It is this adaptation that enables our profession to fully play its role, particularly in matters relating to the death penalty. Robin M. Maher reminds us of this obligation. Bruno Micolano draws our attention to a judgment by the European Court of Human Rights in which the Court declared that life sentences were contrary to the Convention, unless the danger concerned persists. Bruno Dayez argued a similar thesis in his book, "Pourquoi libérer Dutroux" (Why Dutroux should be released), in which he stressed that a life sentence was tantamount to sentencing someone to a civil death – a far more inhuman punishment than physical death. In other words, his plea was received at best rather coldly in a country marked by a case that affected children. And yet....

In the section on "The legal profession", Jean-Pierre Buyle also talks to us about a highly topical issue, particularly in Belgium, namely the risk of one of the fundamental principles of any democracy being undermined, i.e. the separation of powers, in particular when it comes to the judiciary whose under-funding is a major problem in the country. The author of the article deserves our thanks for his timely warning.

Christiane Féral-Schuhl also underlines the importance of our profession for democracy by denouncing the pension system reforms in France, which threaten the autonomous pension system managed by a fund they administer.

This section also deals with a subject broached by Gary C. Norman that has not been widely covered, although it also affects members of our profession – i.e. disabilities. Marc Gallardo Meseguer discusses artificial intelligence and its consequences for our profession, while Małgorzata Krzyzowska and Iwona Kordjak address the phenomenon of mentoring. This editorial is also a call for applications from all those who would be willing to join the Editorial Board to facilitate this section.

As always, the section on "Legal practice" reflects various issues, ranging from urban artists' copyrights, presented by Lavinia Savini through the case of the urban artist, Blu, to labour law, addressed by Mark Watson and David Murphy from the perspective of the right of employers to conduct internal investigations that could lead to sanctions, and to the art of negotiation, broached in a particularly interesting and practical manner by Bernd Reimüller.

The "UIA News" section reminds us of the versatility and depth of our association's work, whether at the seminar held last May in London on "The Death of a Transaction" or the recent Milan seminar on "Corporate Compliance and Internal Investigations – The Role of External and In-House Counsel", which was a resounding success.

Finally, I would like to conclude this editorial with an appeal to you, dear readers, in particular to those of you who represent Africa, South America, Asia and Oceania. We need you for our magazine to truly resonate with the diversity of nationalities of our association's members. If you are interested in joining our Editorial Board, please let us know by contacting Marie-Pierre Richard or Anne-Marie Villain at the UIA headquarters.

A final word of thanks to all those on the Editorial Board who are working to ensure this journal's success, in particular Marie-Pierre Richard, Anne-Marie Villain and, last but certainly not least, Barbara Gislason.

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Chief Editor – *Juriste International*
n.vancrombrugghe@faberinter.be

Message du rédacteur en chef

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Une fois n'est pas coutume, vous avez entre les mains une édition du *Juriste International* un peu moins volumineuse qu'à l'ordinaire. La conjugaison des vacances, de la rentrée judiciaire et de la proximité du Congrès de Luxembourg ont, sans nul doute, mis un frein à l'enthousiasme rédactionnel de nos auteurs... Qu'à cela ne tienne : si la valeur n'attend pas le nombre des années, la qualité des articles ne dépend pas non plus du nombre des articles publiés. Comme à l'accoutumée, vous pourrez constater que les sujets abordés sont d'une grande actualité et qu'ils sont traités avec brio.

Le premier article de la rubrique droits de l'homme et de la défense, écrit par Marc Bichler, nous met, en outre, en appétit pour l'un des thèmes principaux qui sera présenté à Luxembourg, à savoir « Entreprises et droits de l'homme », et souligne l'importance de ce thème pour notre profession à laquelle il est constamment demandé de s'adapter à un monde en perpétuel changement. C'est cette adaptation qui permet à notre profession de jouer pleinement le rôle qui est le sien notamment en matière de peine de mort. Robin M. Maher nous rappelle cette obligation. Bruno Micolano attire, quant à lui, notre attention sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans lequel la Cour a déclaré que la peine d'emprisonnement à perpétuité était contraire à la Convention, sauf persistance du danger. C'est une thèse similaire que plaide Bruno Dayez dans son ouvrage « Pourquoi libérer Dutroux » dans lequel il soulignait que condamner à la perpétuité revenait à condamner à la mort civile, peine bien plus inhumaine encore que la mort physique. Autant dire que son plaidoyer a rencontré un accueil, au mieux glacial, dans un pays marqué par une affaire qui touchait des enfants. Et pourtant...

Dans la rubrique « La profession d'avocat », Jean-Pierre Buyle nous parle, lui aussi, d'une problématique d'une actualité brûlante, notamment en Belgique, à savoir le risque de voir mis à mal l'un des principes fondamentaux de toute démocratie, la

séparation des pouvoirs, et en particulier lorsqu'il s'agit du pouvoir judiciaire, dont le sous-financement constitue un problème majeur dans ce pays. Merci à l'auteur de cet article pour cette mise en garde.

Christiane Féral-Schuhl souligne elle aussi l'importance de notre profession pour la démocratie en dénonçant la réforme du régime des pensions en France, laquelle menace le régime autonome de retraite géré par une caisse qu'ils administrent.

Cette rubrique traite de plusieurs sujets dont un, développé par Gary C. Norman, peu abordé bien qu'il touche aussi les membres de notre profession : celui du handicap. Marc Gallardo Meseguer évoque l'intelligence artificielle et ses conséquences pour notre profession, et Małgorzata Krzyżowska et Iwona Kordjak le phénomène du mentoring.

Cet éditorial est aussi un appel à candidatures à tous ceux qui seraient disposés à rejoindre le comité de rédaction afin d'animer cette rubrique.

Comme à chaque fois la rubrique « Pratique du droit » se fait l'écho de problématiques diverses allant du droit d'auteur des artistes urbains présenté par Lavinia Savini par le biais de l'affaire de l'artiste Blu, du droit du travail, abordé par Mark Watson et David Murphy sous l'angle du droit des employeurs à procéder à des investigations internes susceptibles de conduire à des sanctions, en passant par l'art de la négociation développé de manière particulièrement intéressante et pratique par Bernd Reinmüller.

La section « Actualités de l'UIA » nous rappelle la richesse des travaux de notre association, que ce soit lors du séminaire tenu en mai dernier à Londres sur « La mort d'une transaction » ou du récent séminaire de Milan sur « Corporate Compliance and Internal Investigations – The Role of External and In-House Counsel » qui a connu un très grand succès.

Enfin, je tiens à terminer cet éditorial par un appel à vous, lecteurs, et en particulier à ceux d'entre vous qui représentent l'Afrique, l'Amérique du Sud, l'Asie ou encore l'Océanie. Pour que notre revue soit en résonance avec la diversité des nationalités des membres de notre association, nous avons besoin de vous. Si rejoindre notre Comité de Rédaction vous tente, n'hésitez pas à nous le faire savoir en contactant Marie-Pierre Richard ou Anne-Marie Villain au siège de l'UIA.

Un tout dernier mot pour remercier tous ceux qui, au sein du Comité de Rédaction, travaillent pour faire de cette revue un succès, et en particulier Marie-Pierre Richard, Anne-Marie Villain et *last but certainly not least*, Barbara Gislason.

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Rédacteur en Chef – *Juriste International*
n.vancrombrugghe@faberinter.be

Mensaje del Redactor Jefe

I Nicole VAN CROMBRUGGHE

Por una vez, tiene en sus manos una edición del *Juriste International* algo menos voluminosa de lo habitual. La coincidencia de las vacaciones, el principio del año judicial y la proximidad del Congreso de Luxemburgo han puesto, sin lugar a dudas, cierto freno al entusiasmo redaccional de nuestros autores... No importa: si el honor no viene del número de años, la calidad de los artículos publicados tampoco depende de su cantidad. Como de costumbre, podrán observar que los temas abordados son de gran actualidad y están brillantemente tratados.

El primer artículo de la sección Derechos Humanos y de la Defensa, escrito por Marc Bichler, nos presenta un avance de uno de los temas que se presentarán en Luxemburgo: "Empresas y Derechos Humanos", y destaca la importancia de este tema para nuestra profesión, a la que se le pide constantemente que se adapte a un mundo en constante cambio. Esta adaptación es la que permite a nuestra profesión desempeñar plenamente su papel, sobre todo en materia de pena de muerte. Robin M. Maher nos recuerda esta obligación. Por otra parte, Bruno Micolano llama la atención sobre una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que el Tribunal declaró que la pena de cadena perpetua era contraria al Convenio, salvo en caso de persistencia del peligro. Es una tesis similar a la que defendía Bruno Dayez en su obra "Pourquoi libérer Dutroux", en la que destacaba que condenar a cadena perpetua venía a ser como condenar a la muerte civil, pena mucho más inhumana si cabe que la muerte física. Su alegato tuvo una acogida glacial en el mejor de los casos, en un país marcado por un asunto que afectaba a niños. Y sin embargo...

En la sección "La abogacía", Jean-Pierre Buyle nos habla también de una problemática de candente actualidad, especialmente en Bélgica, que es el riesgo de ver en peligro uno de los principios fundamentales de toda democracia: la separación de poderes,

en particular en relación con el poder judicial, cuya subfinanciación constituye un problema importante en este país. Gracias al autor de este artículo por su llamada de atención.

Christiane Féral-Schuhl también subraya la importancia de nuestra profesión para la democracia al denunciar la reforma del sistema de pensiones en Francia que amenaza el plan de pensiones autónomo administrado por un fondo que los abogados administran.

Esta sección también trata de un tema desarrollado por Gary C. Norman que ha sido poco abordado a pesar de que afecta también a los miembros de nuestra profesión: el de la discapacidad. Marc Gallardo Meseguer evoca la inteligencia artificial y sus consecuencias para nuestra profesión, y Małgorzata Krzyżowska e Iwona Kordjak el fenómeno del mentoring. Este editorial es también un llamamiento a todos aquellos que estén dispuestos a unirse al comité de redacción para dar vida a esta sección.

Como siempre, la sección "Ejercicio del derecho" se hace eco de las diversas problemáticas que van desde los derechos de autor de los artistas urbanos presentados por Lavinia Savini a través del caso del artista urbano Blu, hasta el derecho laboral, abordado por Mark Watson y David Murphy desde la perspectiva del derecho de los empleadores a realizar investigaciones internas capaces de dar lugar a sanciones, pasando por el arte de la negociación desarrollado con particular interés y pragmatismo por Bernd Reinmüller.

La sección "Actualidad de la UIA" nos recuerda la riqueza de los trabajos de nuestra asociación, tanto en el seminario que se celebró en mayo pasado en Londres sobre "La muerte de una transacción" como en el reciente seminario de Milán sobre "Corporate Compliance and Internal Investigations. The Role of External and In-House Counsel", que fue todo un éxito.

Por último, deseo terminar este editorial haciendo un llamamiento a todos ustedes, lectores, y en particular a aquellos que representan a África, Sudamérica, Asia u Oceanía. Para que nuestra revista refleje la diversidad de nacionalidades de los miembros de nuestra asociación, les necesitamos a ustedes. Si se sienten tentados a unirse a nuestro Comité de Redacción, no duden en hacérnoslo saber poniéndose en contacto con Marie-Pierre Richard o Anne-Marie Villain en la sede de la UIA.

Un último agradecimiento a quienes, dentro del Comité de Redacción, trabajan para que esta revista sea un éxito, y en particular Marie-Pierre Richard, Anne-Marie Villain y, *last but not least*, Barbara Gislason.

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Redactora Jefe – *Juriste International*
n.vancrombrugghe@faberinter.be



UIA Seminar in Milan, Italy – September 2019

UIA News

Actualités de l'UIA

Novedades de la UIA



UIA Seminar in Vienna, Austria – September 2019



The UIA in London

The Death of a Transaction

■ Amy HARVEY

It has been a little while since the litigation commission presented a seminar but from May 29-31, 2019, 37 lawyers from all corners of the globe joined us in London to discuss “The Death of a Transaction” and it was well worth the wait. The seminar was attended by a variety of litigators, transactional lawyers, private practitioners, in-house counsels and third party experts. With the seminar being structured as a series of panels which allowed for plenty of Q&A, some lively debates ensued.

We began the programme with a welcoming reception at the Law Society of England & Wales which was enjoyed by both seminar delegates and our UIA colleagues based in London.



Day 1 opened with “Getting the Deal Right – Key Issues During Negotiations”. Colleagues from Italy, the United States and the UK discussed, from both a transactional and litigator’s perspective, the interpretation of contractual clauses with a particular focus on how different countries consider the intention of the parties and the use of structures such as material adverse change clauses.

In the following session we moved to “the death of a transaction” and considered the lawyer’s role in the immediate aftermath of the failure of a transaction including how to work out each party’s legal obligations, if any, as well as practical and tactical considerations such as how to avoid affirmation, whether performance can be forced and overall, how to ensure that no advantage is lost in any forthcoming litigation.



In the afternoon we were joined by colleagues from the other side of the table to discuss client perspective. We shared handy tips about what a client really wants and needs when facing litigation of this sort and also learnt what they really hate!

That line of thought was taken further in the final session of the day, when we were joined by colleagues specialising in investigations and PR to discuss the practical and legal implications of when “the clients take the law into their own hands”.

We closed the day with an enjoyable dinner at a London restaurant where conversation (and wine) flowed.



Whilst there were a few sore heads from the flowing conversation the night before, lively discussions were still enjoyed on day 2. We began the day with the consideration and discussion of a case study involving a put-upon sportsman stuck in a tricky contractual position. Colleagues shared tactical considerations and manoeuvres which varied from jurisdiction to jurisdiction.

Lastly, four colleagues, ably refereed by James Collins QC, went head to head to debate “arbitration vs litigation” – if you have to fight, which is better? As you can imagine, there were some passionately held views on both sides of the argument. Whilst the transactional lawyers in the room would of course say “neither”; having considered all points, litigation won out in the end (with our arbitration colleagues left regretting that this was not an arbitration commission seminar!). We concluded the seminar with a pleasant lunch where differences were put aside and some of us even managing to set aside our differences in order to meet for a few drinks later that day. We are all looking forward to continuing the debate in Luxembourg.

Amy HARVEY
Of Counsel
Peters & Peters Solicitors LLP
London, United Kingdom
aharvey@petersandpeters.com



The UIA in Milan

Corporate Compliance and Internal Investigations – The Role of External and In-House Counsel



**I Maria CRONIN
& Acácio PITA NEGRÃO**

On September 12 and 13, 2019, the UIA Labour Law Commission and the UIA Criminal Law Commission held a seminar on "Corporate Compliance and Internal Investigations – The Role of External and In-House Counsel" in Milan, thanks to the support of the Ordine degli Avvocati di Milano.

The fact that the seminar was promoted by these two commissions is significant as corporate compliance and internal investigations pose significant multidisciplinary legal challenges for companies. They all require an in-depth knowledge of criminal and labour law.

Internal investigations are carried out in relation to various types of wrongdoing. They often start with an allegation of a policy violation, fraud or crime and, therefore, as a rule, the wrongdoing can be only a disciplinary infraction or both an alleged crime and a disciplinary infraction. The point of view of both criminal and labour law is essential and should be at the forefront of any internal investigation.

But, of course, at the level of internal investigation and, even more clearly, at the level of corporate compliance, it is also essential to have knowledge of other areas of law including not only laws and regulations applicable to the relevant industry, but also corporate, contract, data protection and commercial law. (More than one jurisdiction may pertain).

During the course of the seminar, which was made up of seven key panels, we had

the opportunity to discuss and debate the importance of multidisciplinary approach. We also had the opportunity to address the vast majority of issues that corporate compliance and internal investigations entail at the different stages of the respective procedures. For example, when structuring an internal investigation, the first thing to keep in mind is defining its scope. Complex issues may arise when defining the scope and purpose of any internal investigation, as the first panel discussed. The success of a corporate compliance and internal investigation procedure depends on the success of the evidence gathered. Compliance with data protection law increases due to the applicability of EU Regulation 2016/679 (the GDPR). Therefore, Panel 2 considered data protection and privacy issues in the

context of the preservation and collation of documents as part of the internal investigation, as well as other significant issues.

In the context of the collection of evidence, it is essential to take into consideration the documents which are covered by legal professional privilege. Panel 3 addressed privilege issues faced both by in-house and external counsel when conducting multi-jurisdictional internal investigations.

In the context of gathering evidence, it is essential to address the issues that arise in the context of employee interviews, (including whether the employees may be interviewed as part of the internal investigation. Another pertinent question is whether works councils or trade unions



have the right to participate or be informed. Is there a right not to incriminate oneself?). Other subjects discussed included the rights and duties of the employer and of the employee in the context of interviews and throughout the internal investigation. Although, panel 4 addressed these issues from a necessarily multidisciplinary perspective, the greater emphasis was placed on labour and criminal law.

Issues arising from corporate compliance and internal investigations necessary involve the subject of whistleblowing, which comes with a number of risks. The issue of whistleblowing is a complex and growing problem, that requires careful consideration. In Panel 5, we identified the key issues that arise with whistleblowing and sought to offer solutions. Indeed, although whistleblowing presents risks, remaining quiet can be just as costly. Organisations have a clear interest in ensuring they have the right whistleblowing framework, policies and culture in place to encourage employees to come forward without fear of retaliation.



Another subject that is increasingly present on the “agenda” when we talk about corporate compliance and internal investigation is whether or not, and, if so, when and how, a company should report potential misconduct. This issue requires a global view of the risks and benefits involved. Panel 6, among other aspects, considered whether voluntary self-reporting is the new key to mitigate corporate liability and analysed what steps businesses should take in this regard.

Finally, in Panel 7, after considering the essential components of a compliance

program, and almost by way of conclusion, we considered remediation and compliance and shared the pitfalls to avoid in any remediation and compliance programme.

All our panels were excellent and featured high-quality speakers, from a range of different jurisdictions and with different specializations and therefore different approaches. This seminar was just the start of our discussions in this interesting field; it is a subject to which lawyers and their clients will continue to return. Whether we like them or not, internal investigations are here to stay.

Maria CRONIN
Co-President, UIA Criminal Law commission
Peters & Peters Solicitors LLP
London, United Kingdom
mcronin@petersandpeters.com

Acácio PITA NEGRÃO
President, UIA Labour Law Commission
P.L.E.N. – Sociedade de Advogados
Lisbon, Portugal
acacio.negrao@plen.pt

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

Forum presented by the UIA

11th Annual Business Law Forum

AMSTERDAM

THE NETHERLANDS

Thursday, January 30 & Friday, January 31, 2020

Information & registration:
www.uianet.org



#UIABusinessLaw



Human Rights and Protection of Lawyers

Droits de l'Homme et de la Défense

Derechos Humanos y de la Defensa





Entreprises et droits de l'homme

I Marc BICHLER



Avant-propos

Le choix du thème « Entreprises et droits de l'homme » pour le congrès de l'Union Internationale des Avocats (UIA), du 6 au 10 novembre 2019, à Luxembourg, témoigne de la perspicacité des organisateurs ainsi que de leur souci de prendre régulièrement le pouls d'un monde qui change en permanence, d'y adapter la profession d'avocat et de contribuer à l'évolution du droit de manière utile et efficace.

A Luxembourg, le gouvernement a décidé de mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et d'analyser, en parallèle, l'opportunité de légitérer en la matière. Le moment est donc particulièrement bien choisi pour réunir en congrès les membres de l'UIA à Luxembourg, entre autres, en vue d'un échange substantiel sur un sujet de grande actualité. Nos remerciements chaleureux pour une collaboration exemplaire en amont du Congrès vont au Président de l'UIA, M^e Issouf Baadhoi, à son Secrétaire général, M^e Alain Grosjean, au Président du Congrès et Ancien Bâtonnier du barreau de Luxembourg M^e François Prum, au Bâtonnier du barreau de Luxembourg, M^e François Kremer et à leurs collaborateurs.

Le thème 2 du congrès sur « Entreprises et droits de l'homme » sera traité pendant la session de la matinée du 8 novembre 2019, de 9h00 à 12h30. Une intervention ministérielle donnera le coup d'envoi avec une appréciation politique de la relation souhaitable entre entreprises et droits de l'homme. De manière générale, cette session se distinguera par une participation d'experts de haut niveau. M. Dante Pesce, membre du Groupe de travail des Nations Unies et ancien président du Forum des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme, prononcera l'allocution d'ouverture, suite à quoi les contributions des panélistes suivants discuteront, au cours d'une première table ronde, du « Respect des droits de l'homme, source de responsabilité et d'opportunités pour les entreprises » :

- Olivier De Schutter, Professeur de droit international à l'Université catholique de Louvain, membre du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, Belgique
- Monica Scatasta, Chef de la politique environnementale, climatique et sociale, Banque européenne d'investissement (BEI), Luxembourg
- Valérie Arnold, Partner & Corporate Responsibility Leader PwC, Luxembourg
- Başak Baglayan, Chercheuse post-doc à l'Université de Luxembourg, Turquie
- Dario Soto Abril, CEO Fairtrade International, Colombie.

Lors d'une deuxième table ronde, le sujet de « La responsabilité des entreprises face à la protection des données » sera traité par :

- Viviane Reding, Députée au Parlement luxembourgeois, ancienne Vice-Présidente de la Commission européenne, Luxembourg
- Thomas Von Danwitz, juge à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), Luxembourg
- Herwig Hofman, Professeur de droit public européen et transnational à l'Université du Luxembourg et avocat Plaideur des affaires Schrems devant la CJUE, Luxembourg
- Max Schrems, Chairman NOYB, Vienne, Autriche

Droit – Obligation – Responsabilité

La relation entre entreprises et droits de l'homme peut être définie en des termes juridiques classiques, à savoir : droit, obligation et responsabilité. C'est la raison pertinente et suffisante pour que les professionnels du droit – et notamment les avocats – examinent de plus près les questions suivantes :

- Qui sont les titulaires qui peuvent faire valoir des droits humains à l'égard des entreprises ?

- De quels droits humains est-il question ?
- Quel rôle incombe aux États dans la relation entre entreprises et droits humains ?
- Quels sont les enjeux, voire les opportunités, pour les entreprises en relation avec les droits humains ?

Cet article essaie de fournir quelques réponses à ces questions en décrivant le contexte international et le cadre juridique existant (I) ; puis en précisant les attentes à l'égard des États et des entreprises (II), avant de décrire sommairement la manière dont le Luxembourg approche le sujet (III) et de conclure en proposant quelques pistes de réflexion pour la suite.

I. Contexte international et cadre juridique

Dans cette partie se croisent l'appréciation politique et la réaction juridique, en termes des droits humains, face aux développements de nos sociétés, voire de la communauté internationale dans son ensemble. Le monde évolue de manière inexorable et force le genre humain – d'ailleurs souvent instigateur du changement – à s'adapter et à s'organiser, notamment sur le plan juridique, face à la nouvelle donne. Il en va de même en ce qui concerne la relation entre entreprises et droits humains.

A. Appréciation politique du contexte international

Dans l'avant-propos au premier Plan d'action national du Luxembourg pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, S.E.M. Jean Asselborn, Ministre des Affaires étrangères et européennes du Luxembourg, fait le constat suivant :

« Sous l'effet de la globalisation des dernières décennies, le rôle des entreprises commerciales, nationales et surtout transnationales, a gagné de manière spectaculaire en importance. La multiplication et la densification continues

des interactions, au niveau mondial, entre entreprises et personnes physiques, entreprises et États, entreprises et société civile – sans oublier les interactions des entreprises entre elles-mêmes – érigent ces entités commerciales en acteurs puissants et quasi-omniprésents. [...] Bien sûr, les effets salutaires de cette évolution se déclinent en termes de création d'emplois, de génération de richesses, de progrès technologique et scientifique, notamment dans le domaine de la santé, et il faut s'en féliciter. – Ceci dit, il ne faut tout de même pas fermer les yeux devant les effets négatifs que ces activités peuvent produire [...] Dans les cas les plus déplorables, des activités d'entreprises sont directement à l'origine de violations de droits de l'homme. C'est intolérable, et il faut agir en conséquence, sans faire de procès d'intention à qui que ce soit. »

En effet, à côté des États et des gouvernements, les acteurs du secteur privé, de même que les représentants de la société civile organisée, ont leurs places respectives dans nos sociétés et, selon les sujets en question, un droit de regard, voire de codécision dans les processus décisionnels et de gouvernance. Aussi, toutes les sociétés – et notamment celles qui se réclament d'un système démocratique ainsi que de l'état et de la règle de droit – se doivent-elles de réagir aux développements économiques et sociaux, *a fortiori* quand ils sont de nature globale, à l'instar de l'importance croissante du rôle des entreprises mondialement actives, décrit par le ministre et reconnu au niveau international. Le défi consiste à trouver le bon équilibre entre, d'un côté, un niveau de réglementation qui protège l'intérêt et le bien collectifs, sans pour autant, de l'autre côté, étouffer l'innovation et l'initiative privées.

B. Réponse juridique aux développements marquants

Le droit est l'outil privilégié pour définir cet équilibre délicat, décrit au paragraphe précédent, que ce soit sous forme de traités internationaux, de conventions, de lois et règlements ou encore de principes directeurs librement adoptés. L'élaboration des nouvelles normes juridiques pour encadrer et régler les espaces d'activités économiques et sociales nouvellement créés incombe aux négociateurs officiels, aux représentants des États, aux législateurs,

aux gouvernements et aux différents niveaux concernés dans l'administration de l'État. Les avocats, de par leur expertise et leur expérience, ont bien entendu vocation à accompagner le processus par leurs analyses et conseils juridiques ; puis, lors de la mise en œuvre des normes en question, à faire valoir les droits de leurs mandataires qui sont nés du nouveau cadre juridique.

En matière d'entreprises et droits humains, la genèse et le développement des normes juridiques faisant foi sont pour le moins originels. Le cadre référentiel autour du binôme entreprises et droits humains se distingue par des instruments d'origines multiples, décalés dans le temps, et de force obligatoire variable.

En date du 16 juin 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a approuvé à l'unanimité les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, dans sa résolution 17/4. Un travail de préparation et de négociation de longue haleine, sur six années (2005-2011) et sous la direction du Professeur John Ruggie, Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales

organisations internationales, comme par exemple l'Organisation internationale du travail (OIT) et l'OCDE, ont endossé les Principes directeurs élaborés au sein des Nations Unies et les ont intégrés comme bonne pratique dans les cadres référentiels pour la mise en œuvre de leurs mandats respectifs.

Au niveau de l'Union européenne plus particulièrement, la Commission européenne, dans sa communication du 25 octobre 2016, a demandé aux États membres d'élaborer, d'une part, des plans d'action nationaux pour la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et, de manière distincte ou intégrée, des « plans de mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ». Dans ses conclusions du 20 juin 2016, le Conseil des ministres de l'Union européenne a rappelé l'engagement qu'ont pris les États membres de l'UE d'élaborer et d'adopter des plans d'action nationaux visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies ou à intégrer ces principes dans leurs stratégies nationales en matière de responsabilité sociale des entreprises. Par ailleurs, la directive 2014/95/UE concernant la publication d'informations non

Le cadre référentiel autour du binôme entreprises et droits humains se distingue par des instruments d'origines multiples, décalées dans le temps, et de force obligatoire variable.

et autres entreprises, a abouti au projet des Principes directeurs finalement soumis pour adoption au Conseil des droits de l'homme. La genèse difficile du document tient tant de la complexité du sujet que du fait que le responsable de la rédaction avait adopté dès le départ une approche inclusive en impliquant toutes les parties prenantes : États, entreprises et société civile. Tous les États membres des Nations Unies sont désormais appelés à appliquer les principes directeurs, mais leur application se fait sur une base volontaire, donc non-constraining sur le plan juridique. Par ailleurs, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe se sont approprié les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et demandent à leurs États membres de les mettre en œuvre, notamment à travers un Plan d'action national (PAN). D'autres

financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes datant du 22 octobre 2014 et transposée en droit national par la loi du 23 juillet 2016 concernant la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, prévoit une obligation de rendre compte sur le respect des droits de l'homme pour les entreprises avec plus de 500 salariés, notamment les entreprises cotées en bourse, les banques, les compagnies d'assurance et d'autres entreprises identifiées par les autorités nationales comme entités d'intérêt public.

Par souci d'exhaustivité, il convient également de mentionner les efforts en cours à l'ONU, à Genève, en vue de la négociation et de l'adoption d'un traité international,

juridiquement contraignant, sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme. Les négociations qui sont notamment animées par les représentants de l'Equateur, s'annoncent longues et difficiles, en raison de la réticence d'importants États à aller dans la direction d'un traité obligatoire. Par ailleurs, l'entrée en vigueur d'un tel traité et l'effet contraignant de ses dispositions sont conditionnés par un nombre minimal de ratifications nationales effectives à définir dans le traité lui-même. La Commission européenne et les États membres de l'UE suivent les travaux de près.

Enfin, certains États ont pris les devants et ont légiférés sur le sujet des entreprises et droits de l'homme, comme par exemple la France, par l'adoption de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Il est probablement encore trop tôt pour juger de l'efficacité d'une telle démarche législative.

S'il ressort de ce qui précède que les initiatives et les instruments juridiques pour faire respecter les droits de l'homme par les entreprises, soit sur une base volontaire, soit de manière contraignante, ne manquent pas, force est de constater tout de même qu'à l'heure actuelle toutes les entreprises, dans toutes les juridictions, sont loin d'être logées à la même enseigne et ne peuvent pas être confiantes de pouvoir exercer leurs activités à un pied d'égalité, notamment en termes de compétitivité. D'aucuns regrettent le caractère non contraignant des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ; toujours est-il que ces principes directeurs constituent un ensemble de règles cohérentes et pragmatiques et que tous les États membres des Nations Unies sont appelés à les mettre en œuvre. Quelles sont en fait l'obligation qui en naît pour les États, et la responsabilité qui en découle pour les entreprises ?

II. Principes directeurs des Nations Unies : obligation pour les États, responsabilité pour les entreprises

En matière de droits de l'homme – donc également en matière d'entreprises et droits de l'homme – les titulaires bénéficiaires des droits (*right holders*) sont toutes les personnes

humaines « nées libres en dignité et en droits, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». Les États sont les titulaires de l'obligation de garantir ces droits (*duty bearers*). Les entreprises, quant à elles, peuvent encourir une responsabilité en cas de violation de droits de l'homme, dans leur propre organisation et tout au long de leur chaîne de valeur économique. Comment États et entreprises peuvent-ils se montrer à la hauteur face à ces attentes et éventualités ?

A. Obligation des États de protéger les droits humains

Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme sont clairs en ce qui concerne le principe de l'obligation des États à protéger les droits de l'homme :

de même pour les contrats à conclure suite à des procédures de marchés publics. Enfin, les États sont appelés à promouvoir le respect des droits de l'homme dans les enceintes internationales à caractère commercial.

B. Responsabilité des entreprises en matière de droits humains

Pour apprécier correctement la responsabilité qu'encourt une entreprise en termes de respect des droits de l'homme, il est important de connaître le champ d'application des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, de savoir ce qui est légitimement attendu de la part des entreprises et quels sont les moyens qu'une entreprise est supposée mettre en œuvre afin de mitiger les risques et conséquences liés à sa responsabilité.

A la question de savoir quels droits sont visés, les Principes directeurs donnent la réponse suivante :

On attend des États qu'ils sensibilisent les entreprises au risque de violation de droits humains et qu'ils les encouragent ou même les forcent à gérer les incidences négatives de leurs activités économiques sur les droits humains.

« Les États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction. [...] »

Les États devraient énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités. »

Dans une dizaine d'articles, cette obligation est détaillée et les mesures à mettre en place par les États sont décrites. Ainsi les États doivent, entre autres, veiller à ce que les lois en place et qui exigent des entreprises de respecter les droits humains, soient appliquées. Le droit des sociétés par exemple, ne doit pas entraver mais favoriser le respect des droits de l'homme. On attend des États qu'ils sensibilisent les entreprises au risque de violation des droits humains et qu'ils les encouragent ou même les forcent à gérer les incidences négatives de leurs activités économiques sur les droits humains. Il est clair que ces attentes sont d'autant plus pressantes dans les cas où un État contrôle une entreprise du fait d'une participation majoritaire. Il en va

« La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus – à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail. »



Ces droits doivent être respectés. Une violation de ces droits doit être évitée ou gérée, dans l'organisation propre d'une entreprise ainsi que tout au long de la chaîne de valeur économique de l'entreprise, c'est-à-dire dans les contacts commerciaux, notamment avec ses fournisseurs.

Les mesures qu'une entreprise est censée mettre en place relèvent de trois niveaux :

- l'engagement politique de s'acquitter de sa responsabilité en matière de respect des droits de l'homme ;
- une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour identifier les incidences de ses activités sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elle y reméde ;
- des procédures permettant de remédier à toutes les incidences négatives sur les droits de l'homme que ses activités peuvent avoir ou auxquelles elles contribuent.

On entend par diligence raisonnable le processus qui, en tant que partie intégrante de leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question.

La nature et la portée de la diligence raisonnable appropriée à une situation particulière dépendent de facteurs tels que la taille de l'entreprise, le contexte dans lequel s'inscrivent ses activités, les recommandations spécifiques des Principes directeurs et la gravité des incidences négatives. Lorsque les entreprises ont un grand nombre de fournisseurs, elles sont invitées à identifier les domaines généraux dans lesquels le risque d'incidences négatives est le plus significatif puis, à partir de cette évaluation du risque, à exercer la diligence raisonnable de manière prioritaire à l'égard de certains fournisseurs.

A Luxembourg, l'engagement du gouvernement en matière d'entreprises et de droits de l'homme et les attentes du gouvernement à l'égard des entreprises sont repris dans un Plan d'action national qui sert de ligne directrice pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies.

III. Le Plan d'action national du Luxembourg pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme

Le gouvernement luxembourgeois a pris l'option d'organiser l'élaboration et la mise en œuvre du Plan d'action national

sur les entreprises et les droits humains dans un format inclusif, multi-acteurs et pluridisciplinaire. Le Plan d'action prévoit une série d'actions concrètes inspirée des Principes directeurs eux-mêmes ainsi que des conseils de la part d'experts nationaux et internationaux.

A. Approche inclusive et volontaire

Le choix d'une approche inclusive et multi-acteurs pour mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies à Luxembourg découle du défi transversal de l'engagement international lui-même. En effet, le respect des droits humains par et dans les entreprises suppose une prise de conscience, une volonté d'agir et des moyens d'action concrets à tous les niveaux de l'entreprise ; le tout dans un contexte général d'une politique gouvernementale déterminée. C'est dans cet entendement que le gouvernement a confié l'élaboration du premier Plan d'action national pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies à un groupe de travail composé de représentants de l'État, du secteur privé, des syndicats, de la société civile organisée et du monde académique. Le groupe de travail fonctionne sous l'autorité du Comité interministériel sur les droits de l'homme, coordonné par le Ministère des Affaires étrangères et européennes et présidé par l'Ambassadeur itinérant pour les droits de l'homme.

Le premier Plan d'action national a été approuvé par le Conseil de gouvernement dans sa séance du 22 juin 2018 et comporte un programme de travail conjoint visant à mettre en œuvre quelque 13 actions concrètes visant notamment à sensibiliser les entreprises aux risques et aux opportunités d'une meilleure prise en compte des questions des droits de l'homme dans l'exercice de leurs activités. Le premier rapport de mise en œuvre annuel du groupe de travail a été approuvé par le Conseil de gouvernement en date du 26 juillet 2019. La deuxième édition du Plan d'action national sera préparée pour la fin de l'année.

B. Option législative contraignante

Si, dans un premier temps, le gouvernement a donc donné la priorité à une mise en œuvre sur base volontaire des Principes directeurs des Nations Unies, le programme gouvernemental 2018-2023 prévoit également que :

« Le Luxembourg soutiendra des initiatives européennes pour renforcer la responsabilité sociale et environnementale des entreprises transnationales dans la gestion de leurs chaînes d'approvisionnement et s'engagera au niveau européen pour une législation contraignante et effective.

Dans ce contexte, la possibilité de légiférer sur le devoir de diligence pour les entreprises domiciliées au Luxembourg sera étudiée, dans la mesure où ce dernier permettra de garantir le respect des droits humains et de l'environnement tout au long de leur chaîne de valeur et représenterait une mesure complémentaire au Plan d'action national sur les entreprises et les droits humains qui souligne l'importance de la diligence raisonnable pour prévenir des violations des droits humains et des dommages environnementaux engendrés par les activités des entreprises. »

Sensible aux appels de certains acteurs de la société civile en faveur d'une législation contraignante sur un devoir de diligence, voire un devoir de vigilance pour les entreprises, le gouvernement n'exclut pas *a priori* une telle mesure, mais veille en même temps à ne pas créer des désavantages compétitifs

pour les entreprises luxembourgeoises, à défaut de réglementations européennes et/ou internationales garantissant un *level playing field*.

Conclusion

Sur arrière-fond d'un contexte international changeant, notamment en raison du rôle de plus en plus important des entreprises multinationales, différentes initiatives visant à assurer le respect des droits de l'homme par les entreprises ont vu le jour aux niveaux international et européen. Devant la complexité du sujet, la pratique montre qu'à ce jour ni les initiatives législatives contraignantes, ni la mise en œuvre volontaire des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ne donnent entière satisfaction, en garantissant le respect des droits humains dans les entreprises et leurs chaînes de valeur économique de par le monde.

Toutefois, force est de constater qu'un nombre croissant de clients et d'investisseurs scrutent le comportement des entreprises de plus en plus attentivement. L'attention portée à la responsabilité sociale des

entreprises, leur attitude par rapport au changement climatique et le degré de respect accordé aux droits de l'homme a atteint un niveau sans précédent.

Les États, en tant que *duty bearers*, sont dans l'obligation de réagir à ces développements, en définissant de nouveaux cadres – légaux au besoin – pour leurs propres actions et pour celles des entreprises du secteur privé. Ces entreprises, à leur tour, sont bien avisées d'entendre le message et de se donner les moyens pour mitiger la responsabilité qu'elles encourent en cas de violation de droits humains du fait de leurs activités économiques. Celles qui auront compris le plus tôt qu'un meilleur respect des droits humains constitue une mesure efficace de gestion des risques, seront celles qui en engrangeront les premières les retombées en termes de compétitivité et de parts de marché.

Marc BICHLER
Ambassadeur itinérant pour les droits de l'homme
Luxembourg, Grand-Duché de Luxembourg
marc.bichler@mae.etat.lu



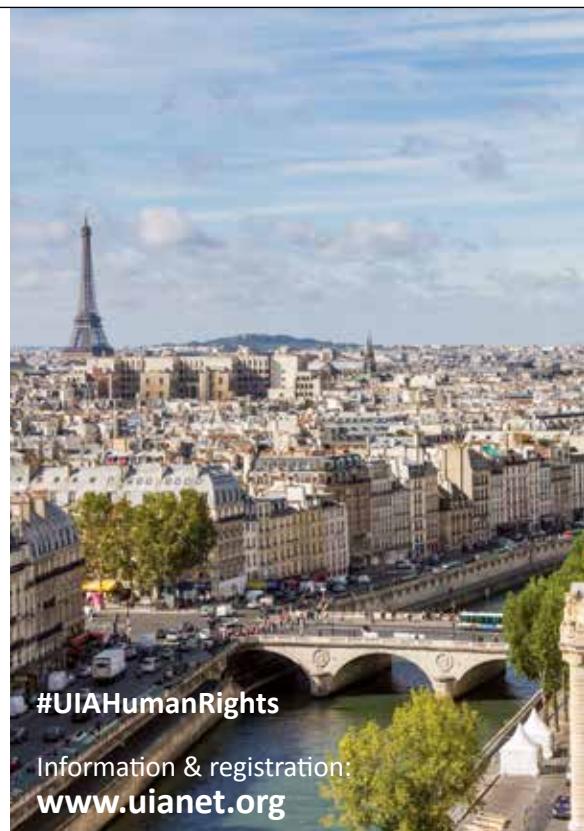
Seminar presented by the UIA in collaboration with the Paris Bar Human Rights Institute.

Séminaire présenté par l'UIA en collaboration avec l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris.

The Regional Human Rights Courts: Convergence, Divergences and Challenges *Les cours régionales des droits de l'homme : convergence, divergences et défis*

PARIS
FRANCE

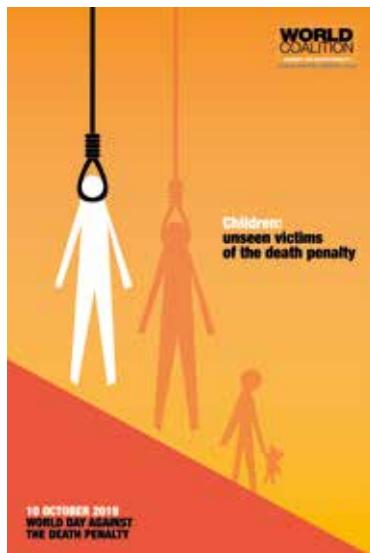
Friday, March 27 & Saturday, March 28, 2020
Vendredi 27 et samedi 28 mars 2020



#UIAHumanRights

Information & registration:
www.uianet.org

Children: unseen victims of



On 10 October 2019, the World Coalition Against the Death Penalty and abolitionist organizations around the world will celebrate the 17th World Day Against the Death Penalty. Coinciding with the 30th anniversary of the Convention on the Rights of the Child, this year is dedicated to children whose parents have been sentenced to death or executed.

Since the late 1970s, the global abolitionist movement has won crucial victories. Today, 142 countries – more than two thirds in the world – are abolitionist in law or practice.

While few studies have been done to quantify the number of children who have a parent who has been sentenced to death or executed, Amnesty International's 2019 annual report stated that at least 19,336 people were known to be under sentence of death worldwide at the end of 2018 and at least 690 were believed to have been executed in that year.

The UN Convention on the Rights of the Child (CRC), which celebrates its 30th anniversary on 20 November 2019, enshrines the rights of children, but the children of parents sentenced to death or executed continue to be profoundly affected by capital punishment. The World Coalition recognizes that the well-documented psychological and emotional trauma experienced by a child when a parent is sentenced to death or executed has long-term and often devastating impacts. This trauma can occur at any and all stages of the parent's criminal procedure: arrest, trial, sentencing, time on death row, announcement of the execution date, the execution itself, and its aftermath.

- 106 countries have abolished the death penalty for all crimes.
- 8 countries have abolished the death penalty for ordinary crimes only.
- 28 countries are abolitionist in practice.
- 56 countries are retentionist.
- In 2018, the top 10 executioners were China, Iran, Saudi Arabia, Vietnam, Iraq, Egypt, the USA, Japan, Pakistan and Singapore.
- Despite its prohibition under international law, some countries continue to execute people who were younger than 18 at the time of the offence. In 2019, South Sudan, Iran and Saudi Arabia have been suspected of violating this law.

The repeated cycles of hope and disappointment during appeals processes, and the repeated need to anticipate and prepare for a possible execution, can cause extreme emotional distress, and may dominate a child's life for several years.

Source: Amnesty International and Quaker United Nations Office (QUNO)

the death penalty

The experience of having a parent sentenced to death affects each child differently, including children within the same family, depending on factors like their personality and circumstances, the reactions of those around them, and the wider public response to the situation, including the scrutiny of media coverage.

UNITED STATES

Dr Chris Brown

“ My father [Gary Brown] was sent to death row in the U.S. state of Alabama when I was six years old. Sentencing in Alabama is arbitrary and capricious, and though my dad was the least culpable of three men involved he was the only one sentenced to death. I grew up with the stigma and shame of having a father on death row. I learned to dread the moment when people would ask about my family or what kind of work my parents did. I was shamed and denied opportunities when people knew the truth about my family. In 2002, while I was in college, he received an execution date; he then received a stay of execution from the U.S. Supreme Court eight hours before he was scheduled to die.



We felt like pawns in a political game. In 2003 he received a new execution date, and with a new governor in office we were put through a sham of a clemency hearing that made a mockery of both our family and justice. Finally, on April 24, 2003, my dad was killed. We waited throughout the day for news that never came.

Then we saw the news articles that reported what he said, what he ate, and what he had left for me as an inheritance. Every private detail became public record to be consumed and commented on by the masses. My father and I shared a tremendous faith, which helped him face death with dignity and helped me recover in the years that followed. His death gained nothing and cost much.”



Source: Testimony collected by Wells of Hope... From Violence to Healing

BELARUS

Aliaksandra Yakavitskaya

“ A month after the execution [in 2016], I received a letter - just a piece of paper - notifying me of the fact that the death sentence had been carried out (...). It [was] very hard to realize that it had happened since my father's [Henadz Yakavitski] personal belongings had not been returned to us, neither have we seen his body... According to the law, we were not allowed to bury it. We were neither informed of his place of burial. Hence, I still have a feeling that he's still out there, (...) alive and well (...)



Until now, we continue wondering in what cemetery is he buried. We can only guess. Without having the possibility to visit his grave, we go to pray to our family grave.

A lot of rumors exist concerning what happens to the bodies of the executed, and nobody knows for sure since it is classified information. (...)

It was hard to recover from the shock after reading some comments on the Internet about my daughter, who is four years old, claiming she has to undergo the same fate as my father since she has his genes.”



Source: <https://www.youtube.com/watch?v=wkm50C7zsIE>, interview completed by Amnesty International and sent by FIDH

UGANDA

James Twesigye

“ I come from (the) Isingiro district in western Uganda. I am an only child to both my mom and dad, but they have other children from other spouses. My father was imprisoned when I was still very young, and I don't remember seeing him in my earlier years. My mom decided to take me to my paternal aunt because she had got married elsewhere, I think because she couldn't wait for my dad who was on death row.



I didn't know that my father was alive until Wells of Hope intervened; I grew up with my aunty telling me that my father was killed; at one point, I asked my aunt where my father was and all she told me was he was in prison and later died there.

Life was so miserable, and I had really lost hope in life and especially my dream of becoming a doctor had been buried since I was no longer in school. So, all along I knew that I had no father and my mom had got married elsewhere, I had no one to brighten my future. I feel very bad and scared that one day my father will be killed in prison because I have now built a relationship with him, we have so many plans together. I request government to remove the death penalty and also help children because they are innocent... **”**

Namulemo Rehema

“ I am 17 years old (...) My father was sentenced to death when my mother was 8 months pregnant, this is what she told me and she doesn't want us to talk about it, I had never seen my father for all those years before joining Wells of Hope.



I lived with my mom but after life [became] so hard for them, my mom decided to leave me with my granny so that she could go to Kampala and work. I feel scared and at times stressed when I start thinking about the fact that one day my father will be hanged in prison and I feel sad that I will not have that opportunity again to even share a meal with him, I want to request government to listen to what the family says about the inmate and do thorough investigations before a person is put on death row.

Source: Testimonies collected by Wells of Hope Ministries and Foundation for Human Rights Initiative (FHRI)

Ndago Winnie

“ [I am] 18 years old and I come from a family of eighteen children; my father was sentenced to death in 2012 (...) The situation worsened at home when villagers who were angry at the family destroyed and stole our property. They even looked for his children and other family members so that they could kill them. They referred to every family member as a murderer because of our father. (...) None of us went to school anymore because our father was imprisoned 'whenever I saw other children happily going to school every morning, tears rolled down my cheeks because I admired going to school again too'. My life changed in 2013 when Wells of Hope reached out to our family. I feel government should abolish the death penalty because it's us the children that suffer and if you kill a person you haven't dealt with the problem and also put in place measures to support children who have a parent on death row. **”**



IRAN

Syed Homan Mousavi

I was born in prison, on Yalda, the night of the winter solstice, in 1986. A month earlier, my father had been arrested on fake charges of cooperating with a banned opposition group. He was taken to Adelabad Prison of Shiraz and was executed within weeks. By then, my mother and my aunt had been arrested as well. My mother gave birth in Adelabad Prison, and I spent the first two years of my life inside the prison. In 1988, my mother was executed as part of a five-month wave of mass executions of political prisoners. For the rest of my life, the shadow of my parents' executions hung over me. I was raised by my aunt after she was released from prison. An older brother and sister had been placed among other relatives and lived far away. My upbringing was difficult, marked by poverty and neglect. There was no fatherly hand on my shoulder, no motherly affection. I wished that they would throw a birthday party for me and that someone would buy me a gift, but it never happened. I was 12 when I received my first summons to the Shiraz division of the Intelligence Ministry. I had done

nothing wrong to attract the gaze of the security services. This was my everyday dark story as a child.

They wouldn't let me study at university, although I got permission after they forced me to sign a commitment letter to avoid any political activity at university.

It was April 2010, nearly a year after the disputed presidential victory of Mahmud Ahmedinejad sparked massive street protests and thousands of arrests. I was one of them. I was arrested for participating in and documenting the Green Movement protests.

I cried throughout the incident. I felt so much pressure, and finally, the interrogation ended after spending seven months at a cell in the Evin prison's infamous Section 209 under tortured where they told me every single day that "we're going

to execute you like your parents." I was thinking they might come back and take me to the gallows at any moment, it had already happened to my family. I was raised with the understanding that innocent people can be captured and executed.

In the end, my trial was over in 20 minutes without any lawyer. My sentence: three years in prison, a prohibition from all state universities, fines, and 74 lashes.

I really felt like I had no regrets about having gone onto the street to film the demonstrators, to help make sure the world heard their voices. It was a good feeling.

Source: Testimony collected by Abdorrahman Boroumand Center for Human Rights in Iran and by Iran Human Rights)

Poem by Christina Tafero, daughter of Sonia "Sunny" Jacobs, sentenced to death in 1976 and exonerated in 1992 and Jesse Tafero, executed in 1990

Written for the occasion of the 7th World Congress against the Death Penalty in Brussels in 2019.

An innocent child,
a baby so pure.
My life was a sickness
for which there was no cure.
In the blink of an eye they were
taken away
and from that day on,
my life would never be the same.
Safe and secure in my mother's
arms,
I was torn away and subject to harm.
A baby I was,
lost and alone.
My mother and Father may never
come home...
My arms are spread,
please Momma STAY,
Daddy I LOVE YOU.....will you be
home today???
Soon my love, soon...is all I would
hear
but those days grew farther, and life
was unclear.
More tragedy and loss is what I
would face.
Battered and bruised....with tears
down my face.
Momma COME HOME,

I can't yet my love, but SOON BABY
SOON.....
That was a bluff.
For you never came....
and I was lost in this game of life,
with nothing but heartache and
strife.
When they murdered my Father my
heart broke in two.
I wanted to die.....TO BE WITH YOU.
I tried,
and I failed
but my courage prevailed.
I was damaged too.
So they sent me away.....
JUST... LIKE... YOU.
Years gone by I would not see your
face.
Hear your sweet voice,
or feel your embrace.
Then one day out of the blue,
they said my Mother was FREE AND
COMING FOR YOU!!!!
MY HEART filled with joy
and my eyes filled with tears.
Finally, FINALLY after all these
years.

MY very best friend
and one half of my heart.
We can build a new life
and have a new start.
Let FREEDOM ring to the beat of my
heart.
They say that time heals
and this my friends is true.
FORGIVENESS and LOVE will see you
through.
And although there are obstacles in
my way
and all the repercussions from that
fateful day.
The pain hurt and anger are still
very real
and maybe one day my soul will be
healed.
But I'm not alone,
there's many of us.
Who have overcome the injustices
placed upon us.
WE ARE NOT VICTIMS
WE ARE NOT WEAK
WE are STRONG individuals
with a voice to speak.
Sharing our Stories,
Sharing our pain.
Just like in this room today.

International human rights standards

When a legal decision is made to execute a parent, that decision impacts their children. In international human rights law, it is a well-established principle that the best interest of the child should be a paramount consideration in any decision that impacts a child.

It is therefore necessary to consider how a parent's death sentence will impact the child and to take this into account when deciding on sentencing, commutation and pardon.

Convention of the Rights of the Child (CRC), Article 3, Subsection 1

"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration."

There has been a growing acknowledgment in international standards that sentencing a parent to death and executing a parent results in emotional trauma, creating the risk that the following protections in the CRC will be violated:

1. Right to health
2. Right to education
3. Principle of non-separation of children and their parents

In 2013, the UN Human Rights Council adopted resolution 24/11, in which it "[a]cknowledges the negative impact of a parent's death sentence and his or her execution on his or her children and urges States to provide those children with the protection and assistance they may require."

And in 2018, the Human Rights Committee's general comment No.36

made an explicit recommendation for States not to execute parents of young and dependent children: "States parties [...] should [...] refrain from executing parents to very young or dependent children."

10 reasons to end the use of the death penalty

1

**No State should have the power
to take a person's life.**

2

It is irrevocable.

No justice system is safe from judicial error and innocent people are likely to be sentenced to death.

3

**It is inefficient and does not make
society safer.**

It has never been conclusively shown that the death penalty deters crime more effectively than life imprisonment.

4

It is unfair.

The death penalty is discriminatory and is often used disproportionately against people who are poor, people with intellectual or psychosocial disabilities, and members of racial and ethnic minority groups. In some places, the imposition of the death penalty is used to target groups based on sexual orientation, gender identity, political opinion, or religion.

5

**Not all murder victims' families
want the death penalty.**

A large and growing number of victims' families worldwide reject the death penalty and are speaking out against it, saying it does not bring back or honor their murdered family member, does not heal the pain of the murder, and violates their ethical and religious beliefs.

6

It creates more pain,
particularly for the relatives of the person sentenced to death, including children, who will be subjected to the violence of forced mourning.

7

It is inhuman, cruel, and degrading.

Conditions on death row and the anguish of facing execution inflict extreme psychological suffering, and execution is a physical and mental assault.

8

**It is applied overwhelmingly in violation
of international standards.**

It breaches the principles of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, which states that everyone has the right to life and that no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. On seven occasions, the United Nations General Assembly has called for the establishment of a moratorium on the use of the death penalty. (Resolutions 62/149 in 2007, 63/168 in 2008, 65/206 in 2010, 67/176 in 2012, 69/186 in 2014, 71/187 in 2016 and 73/175 in 2018).

9

It is counterproductive,

because by instituting the killing of a human being as a criminal solution, the death penalty endorses the idea of murder more than it fights it.

10

**It denies any possibility
of rehabilitation.**

10 Things

you can do to end the death penalty

- 1 Organize a demonstration:** a sit-in, a 'die-in', a flash mob. Include teddy bears and toys in your demonstration to represent the unseen victims highlighted by this World Day
- 2 Take action in a school or university** to create awareness amongst similar age groups (invite a speaker or read testimonies to provoke discussion, etc.)
- 3 Encourage people to draw images or write letters** as if they were addressing children who have a parent who has been executed or sentenced to death. Publish them online using #nodeathpenalty
- 4 Organize a public debate** and a movie screening with families of people sentenced to death, exonerees, their lawyers and experts
- 5 Organize an art exhibition** (of artwork made by people sentenced to death, of photographs of death row, of drawings or posters) or a theatre performance
- 6 Join the events** prepared for the abolition of the death penalty worldwide
- 7 Donate to a group working to end the death penalty**
- 8 Follow the social media campaign** on Facebook, Instagram and Twitter: #nodeathpenalty (in the picture or video, display a teddy bear or a toy to represent the unseen victims of this World Day)
- 9 Mobilize the media** to raise awareness of the issue of the death penalty
- 10 Participate in "Cities Against the Death Penalty/Cities for Life"** on 30 November 2019

TO FIND OUT MORE

Find out everything about World Day against the Death Penalty at www.worldcoalition.org/worldday.html

including:

- The 2019 World Day poster
- The Mobilization kit
- Detailed factsheets on the death penalty around the world
- The 2018 World Day Report
- Resources for lawyers, judges and legislators

The World Coalition Against the Death Penalty is an alliance of more than 150 NGOs, bar associations, local authorities and unions.

The aim of the World Coalition is to strengthen the international dimension of the fight against the death penalty. Its ultimate objective is to obtain the universal abolition of the death penalty. The World Coalition gives a global dimension to the sometimes- isolated actions taken by its members on the ground. It complements their initiatives, while constantly respecting their independence.

The World Coalition Against the Death Penalty created the World Day against the Death Penalty on 10 October 2003. For the 17th World Day, the World Coalition would like to help activists worldwide rally to oppose the death penalty and unite behind the struggle for universal abolition.

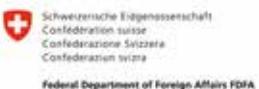
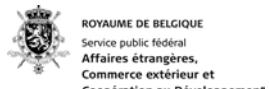


www.worldcoalition.org/



World Coalition Against the Death Penalty
Mundo-M • 47, avenue Pasteur • 93100 Montreuil France
E-mail : contact@worldcoalition.org • Tél. : +33 1 80 87 70 43
[@WCADP](https://www.facebook.com/worldcoalition)

This document was produced with the financial support of the AFD, the Delegation of the European Union to Barbados, the Government of Belgium, the Government of Switzerland, and the Paris Bar Association. The content of this document is the sole responsibility of the World Coalition Against the Death Penalty and should in no way be considered to reflect the position of the AFD, the Delegation, the above-mentioned Governments, nor the Paris Bar Association.





The Legal Profession's Opportunity and Obligation to Support the Defense Effort in Death Penalty Cases

■ **Robin M. MAHER**

Many lawyers who oppose the death penalty devote significant time and energy to abolitionist causes. But there is another way to reduce or end use of the death penalty and save lives – by ensuring high quality legal representation for everyone facing a possible death sentence. Wherever there are zealous defenders, the mistakes and overreach of government authority will be apparent, as will the inherent injustice of the death penalty. Human rights law enshrines the right to life and to a fair trial, but these guarantees ring hollow without the meaningful assistance of counsel. Fierce opposition by skilled capital defenders with independence and adequate resources makes death sentences more expensive, more time-consuming, and more difficult for governments to impose. That is how it should be. The choice to use the most severe and irrevocable criminal penalty should always carry the highest costs.

For the past two decades, I have had the honor of working with and training capital defense lawyers in the United States and other countries that use the death penalty. These lawyers are instantly recognizable to me as members of my community. We understand the deeply compelling nature of this work and why it is such a privilege to be a capital defender. But we also share many of the same frustrations and challenges. Despite our countries' different laws and procedures, the same generalizations can be made about capital defense representation: a lack of independence, training, funding, and resources – impediments that prevent even the most zealous lawyers from being effective. The absence of a competent defense effort has predictably disastrous consequences in common law countries where accurate fact-finding relies on a meaningful adversarial process; but it is also harmful in civil law countries with inquisitorial systems where capital defenders should ensure fairness and due process.

Capital defenders prevent the abuses of government and defend the dignity of life. They also save lives. But for those facing a

possible death sentence, the best opportunity for salvation is also the most elusive. The overwhelming majority of people facing a possible death sentence are poor and vulnerable; they have great difficulty securing competent counsel to represent them. Most must rely on legal aid programs, nonprofit groups, pro bono lawyers, or government subsidized counsel systems, but these efforts are almost always inferior to the power and resources of the prosecution.

The structural and systemic inequities between a government's pursuit of death and an individual's right to life should compel all lawyers who care about justice to champion the work of capital defenders. By doing so,

himself, is his first and only duty..."¹ This is true even (and, in my view, especially) "[w]hen those interests are in conflict with the interests of [the government]."²

B. Impediments to zealous advocacy

Despite the obvious need, most capital defendants and death-sentenced prisoners do not receive zealous representation. The reasons are myriad, but they are not mysterious. These are not problems without solutions. But solving them requires political will and courage, as well as a sustained investment of money and resources in the capital defense function.

Despite the obvious need, most capital defendants and death-sentenced prisoners do not receive zealous representation. The reasons are myriad, but they are not mysterious.

lawyers can also support the reduced use or abolition of the death penalty. This article identifies ways that the organized bar and legal profession at large can make important contributions to both causes.

A. The duty of zealous advocacy

The serious and irrevocable nature of the death penalty requires zealous advocacy. Nowhere else in the law are the stakes as high and the consequences of mistakes as devastating. Zealousness is more than mere competence. It is the unwavering devotion of a lawyer to her client, and the furtherance of the client's interests through the lawyer's best efforts. The concept of zealous representation has historically been defined as an expression of extreme loyalty and intention: "[A]n advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client. To save that client by all means and expedients, and at all hazards and costs to other persons, and, amongst them, to

B.1. Lack of skilled, trained defense counsel

There are simply not enough skilled capital defenders for everyone who needs them. Training is essential, but organizing seminars, recruiting qualified faculty, and developing strategically useful materials requires a dedicated financial investment. In the United States, the defender community organizes dozens of regional and national training seminars each year to keep pace with recent legal developments, successful strategies, and scientific and medical advances. But many lawyers have difficulty securing the necessary funding to attend. In other countries, specialized training seminars are rare or nonexistent.

Training is especially important where capital defense has become highly specialized. In the United States, for example, it is often said that "death is different" in recognition of the unique seriousness and irrevocability of the death penalty. But instead of expanding procedural protections to guard against

wrongful convictions, U.S. law has moved toward greater regulation and restriction of the defense function. The United States Congress and individual states have created a labyrinth of special laws and procedures that have intentionally limited the ability of death-sentenced prisoners to raise claims, seek judicial review, and obtain relief. Statutes of limitation, procedural default, limits on judicial review, and deference requirements all work to exclude meritorious claims, including innocence. The United States Supreme Court, often called upon to interpret these rules, has created its own arcane, ever-changing body of law that imposes additional burdens on death-sentenced prisoners and their lawyers. For example, the Court recently ruled that a capital defender must propose a method for putting her own client to death before she can challenge the government's chosen method of execution – a decision that creates profound ethical and moral dilemmas for defenders.³

The highly specialized nature of capital defense means that not every lawyer can or should represent a capital defendant or death-sentenced prisoner. Unfortunately, a lack of meaningful performance standards means the criteria for appointing counsel are frequently minimal. As a consequence, many unqualified, unskilled lawyers are appointed to capital cases, with predictably ineffectual results.

In 2003, I led an effort at the American Bar Association (ABA) to promulgate a set of performance standards intended to improve the quality of representation in death penalty cases (hereinafter “ABA Death Penalty Guidelines”).⁴ The ABA Death Penalty Guidelines contain the collective wisdom of the U.S. capital defender community. The Guidelines reflect the lessons we have learned from our successes and mistakes, detailed guidance for capital defenders, and careful analysis of controlling caselaw, relevant standards and statutes, and ethical obligations. The Guidelines also explain the skills and knowledge that every capital defender must possess before undertaking the defense of a capital case, and stress the importance of regular, specialized training. The acceptance of the ABA Death Penalty Guidelines as the national standard of care in the defense of death penalty cases has led to a marked improvement in the quality

of capital defense representation in the United States. They are now frequently cited by state and federal courts throughout the country, including the United States Supreme Court, and guide the decision-making of state and federal judges in trial and post-conviction proceedings. The Guidelines have also served as a source of inspiration and model for capital defenders in other countries, including Japan and China.⁵

B2. Inadequate time, funding, and expert assistance

Defenders are frequently denied the time and funding they need to be effective. Among the most important of a capital defender's responsibilities is to conduct a thorough and independent investigation – both of the government's case against her client for the guilt / innocence determination, and of the client's life history and experiences for sentencing purposes.⁶ This process requires careful record collection from multiple sources and dozens of interviews with witnesses and family members. It is a time-consuming and iterative process that can yield life-saving results, but only if done

Most individuals who face possible death sentences share histories of trauma, extreme poverty and neglect, violence, and abuse; many also suffer from brain damage, mental illness, and impaired intellectual functioning. These common vulnerabilities complicate the task of developing a relationship of trust with the client, and present additional challenges to the information gathering and investigation necessary to present an adequate defense. The observations and insights of mental health experts are of critical assistance to defenders who must overcome these obstacles.

But capital defenders are frequently denied funding to hire mental health experts, or their experts are denied access to the clients to perform necessary evaluation and testing. Some defenders are required to use an expert appointed by the court – someone who may be unqualified to diagnose the defendant, or who is unfamiliar with available legal defenses. For all of these reasons, defenders frequently find themselves without essential expert assistance for the defense effort and without the ability to raise mental health defenses that could save the client's life.

The decisions of government officials can be affected by popular opinion or influenced by sensational media coverage of the crime [...].

correctly. For these reasons, defenders in the United States now recognize that a competent investigation requires a defense team, composed of several members with different skills, such as investigators and experts, to create what the ABA Death Penalty Guidelines call “a pool of expertise”.

One critically important aspect of every investigation is to identify possible mental impairments that may provide the client with additional legal protections or support a sentence other than death. This task always requires the assistance of a mental health expert (independent of any government expert) who can work with defenders to diagnose mental health conditions and explain how the conditions affect the client's *mens rea* and behavior.

The participation of mental health experts in the defense effort is critical for another reason.

B3. Threats to independence and security

Many capital defenders struggle to represent their clients free of political or judicial interference, and without fear of repercussions or punishment. True independence is not possible when government officials make the critical decisions about whom to appoint and how to fund the defense effort – a common scenario in many countries, including the United States. The decisions of government officials can be affected by popular opinion or influenced by sensational media coverage of the crime; in the United States, there is the additional complication of popularly elected judges, whose decisions may be affected by the attitudes of their constituency or their own concerns about being reelected. In more troubling cases, governments have threatened the personal and professional lives of defenders through intimidation, threats,

unlawful surveillance, criminal investigation, harassment, and detention.⁷

It hardly needs stating that fears of adverse political, professional or personal consequences interfere with the abilities of defenders to be effective, as well as creating conflicts of interest for them. Defenders must be able to represent their clients' interests zealously and independently.

C. How the legal profession can ensure zealous capital defense representation

There is both opportunity and obligation for the legal profession to address many of these impediments to zealous capital defense representation.

First, as the ABA did, bar associations can champion the development of performance standards.⁸ Although the effort to establish the standards must be led by experienced capital defenders, the support of other members of the bar, including judges and even prosecutors, can be tremendously beneficial to their acceptance by the wider legal community. The ABA Death Penalty Guidelines, for example, had credibility with judges, prosecutors, and legislators because they were the product of a "neutral" organization and the result of a process that included the support of committees from other practice areas. This helped immeasurably when there was initial reluctance to acknowledge them in death penalty cases.

Second, by supporting and subsidizing training seminars, the legal profession can help make vital improvements to the quality of defense representation. Law firms, legal organizations, and bar associations that provide facilities for training seminars and underwrite materials and faculty costs enable defenders to gather and exchange information about strategies and methods; recording or hosting seminars online enables defenders who are unable to travel to benefit from training and materials as well. For example, the ABA provides scholarships to defenders to defray travel costs and hosts online training seminars; the Japan Federation Bar Association has organized a number of specialized capital defense trainings to provide specific guidance to Japanese defenders.

Third, bar associations can fund and facilitate studies of how the death penalty is administered



Among the most important of a capital defender's responsibilities is to conduct a thorough and independent investigation [...].

and make recommendations that will stimulate and support legal reforms. For example, in the United States, the ABA and many state bar associations have studied use of the death penalty and identified problems with fairness and accuracy. Their reports contain important suggestions for changes to law and procedure – to increase legal protections for mentally ill defendants, for example, or to mandate changes that mirror the requirements of the ABA Death Penalty Guidelines. Many of these suggestions were subsequently adopted by court rule and legislation.

Fourth, bar associations can contribute important and unique perspectives in death penalty cases as amici curiae in both civil and common law countries. For example, the Bar of England and Wales submitted an amicus brief in the United States Supreme Court case of *Roper v. Simmons* that decided whether juvenile offenders should remain eligible for the death penalty. The amicus brief identified international law principles that forbade the practice and provided a unique international perspective that was ultimately cited in the Court's decision. The ABA's amicus briefs in death penalty cases, including those that determined the obligations of defense counsel in death penalty cases (see, e.g., *Wiggins v. Smith*, *Rompilla v. Beard*) resulted in the Court's use (and implicit approval of) the ABA Death Penalty Guidelines to reach its decisions.

Fifth, bar associations should take strong policy positions against the persecution or abuse of capital defenders by issuing public statements of support when defenders are targeted and/or petitioning government officials to cease their interference. Members can also pressure government officials through the strategic use of social media and the press.

Finally, civil law firms that provide pro bono representation can help address the shortage of qualified, competent defenders without adequate resources. The ABA Death Penalty Representation Project, which I was privileged to lead for thirteen years, recruited and supported hundreds of civil law firms who exonerated or secured sentences other than death for dozens of death-sentenced prisoners who were without counsel for their appeals. In addition to benefiting those on death row, pro bono work exposes many civil lawyers to the injustices of the death penalty. The education of powerful, well-connected civil lawyers who have access to judges and other decisionmakers brings new voices and support for changes to the law that can remedy many of the injustices of the death penalty, including the lack of competent counsel.

The deliberate, institutionalized taking of human life is one of the greatest exercises

Affaire Marcello Viola contre Italie



I Bruno MICOLANO

of government power and authority – and among the most terrible of human rights violations. Capital defenders play a critical role in maintaining the rule of law and upholding the dignity of life. But they cannot do it alone. They are outnumbered, overwhelmed, and under-resourced. Too often they lack even the most essential tools to competently represent their clients. It is not enough to condemn this reality; we must do more than simply shake our heads. Their cause must be our cause. We must ensure that no one will ever face a potential death sentence without the assistance of a competent, zealous lawyer. Working together, as a profession, we will be stronger and more effective – and closer to the ultimate goal of abolishing the death penalty.

Robin M. MAHER
Capital Defense Lawyer
Professional Lecturer in Law
The George Washington University Law School
Washington, D.C., United States
rmaher@law.gwu.edu

1. Lord Henry Brougham, 2 TRIAL OF QUEEN CAROLINE 3 (1821).
2. In re Griffiths, 413 U.S. 717, 724 n.14 (1973).
3. See Bucklew v. Precythe, 587 U.S., 139 S.Ct. 1112 (2019).

4. See American Bar Association Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases (2003), available at: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2226&context=hlr>
5. See, e.g., Japan:Bar Association Guidelines for Defense Counsel available at: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-bar-association-guidelines-for-defense-counsel-in-death-penalty-cases/?locr=eaglm>; and Jie Yang, The Development of China's Death Penalty Representation Guidelines: A Learning Model based on the American Bar Association Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases, Hofstra L. Review Vol. 42 : Iss. 2 , Article 7, available at <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol42/iss2/7>

6. See ABA Death Penalty Guideline 10.7, Investigation; see also Death Penalty Worldwide, Representing Individuals Facing the Death Penalty: A Best Practices Manual at 22.

7. See, e.g., the experience of Cameroonian capital defender Sandrine Dacga Djatche, <https://www.franceculture.fr/droit-justice/au-cameroun-nous-avons-des-condamnes-dans-le-couloir-de-la-mort-depuis-plus-de-36-ans> ("Nous en recevons tout le temps des menaces. Je reçois des coups de fil, et au départ c'était très difficile. J'ai été menacée plus d'une fois, au point où j'ai dû interroger notre secrétaire de l'ordre quand je défendais un accusé de crime terroriste. Et j'ai dû affronter les autorités militaires.")

8. See supra n. 5.

Cet article traite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, rendu le 13 juin 2019, dans lequel la Cour a déclaré que la peine d'emprisonnement à perpétuité est contraire à la Convention, avec une seule limite : le danger toujours actuel.

comme une pièce de droit archaïque. Ceci est très important, car au contraire, le climat dans lequel nous vivons dans notre société contemporaine s'apparente plutôt au présumé principe de « jeter la clé » - rappelons-nous que le président américain, de l'autre côté de l'océan, avait déclaré: « Nous devons durcir la peine de mort ».

La présente affaire met en lumière un problème structurel qui fait qu'un certain nombre de requêtes sont actuellement pendantes devant la Cour.

L'affaire Viola contre Italie (77633/16) est un cas très important qui ne concerne pas seulement l'Italie, mais tous les autres États membres aussi. L'arrêt a été prononcé le 13/06/2019, avec une opinion dissidente.

Le juge Krzysztof Wojtyczek a décidé que la condamnation à perpétuité, même, dans le cas présent, à des degrés divers du crime organisé, ne permet pas de tirer parti des présumés « avantages pénitentiaires » (liberté anticipée, libération partielle, autorisations accordées), et, donc, viole la Convention, en particulier l'article 3, qui stipule que les sanctions ne doivent pas consister en un traitement inhumain ou dégradant. Ceci également pour respecter le principe de droit reconnu comme un héritage commun des systèmes juridiques des États membres, qui a comme objectif la réadaptation et pas seulement la punition, même s'agissant de la peine la plus sévère, comme l'emprisonnement à vie.

La peine, pour remplir la fonction rééducative que lui assigne la loi, doit toujours prévoir pour le condamné l'espoir et la possibilité concrète d'être un jour, même très lointain, réinséré dans la communauté des hommes libres. Après la peine de mort, l'autre sanction la plus grave tombe sous l'œil vigilant des juges de Strasbourg : la peine d'emprisonnement à perpétuité, qui ne connaît pas les concessions de la législation, et qui reste à ce point presque

ce qu'il voulait dire n'était pas facile à comprendre, mais le concept est clair.

Regardons les faits :

Le requérant est né en 1959 et se trouve actuellement incarcéré à la maison d'arrêt de Sulmona.

Il fut impliqué dans les événements qui firent s'opposer le clan mafieux de Radicena (« la cosca Radicena ») et celui de latrinoli (« la cosca latrinoli ») à partir du milieu des années 80 et jusqu'en octobre 1996 (période définie comme étant la « seconda faida di Taurianova »).

Le premier procès dirigé, entre autres, contre le requérant, dit « procès Marcello Viola + 24 » (procédure pénale n° 144/92), couvrit les événements survenus entre janvier 1990 et mars 1992. Il permit en particulier d'identifier les responsables de quatre homicides ayant eu lieu le 3 mai 1991 (« le vendredi noir ») et de découvrir les ramifications de deux clans mafieux en lutte pour conquérir le contrôle de la ville de Taurianova et de ses territoires limitrophes.

Le 16 octobre 1995, la cour d'assises de Palmi condamna le requérant à une peine de quinze ans de réclusion du chef d'association de malfaiteurs de type mafieux en retenant comme circonstance aggravante le fait que l'intéressé était le chef et l'instigateur

(*promotore*) des activités criminelles du groupe mafieux. En ce qui concernait la nature du lien mafieux, la cour d'assises mit en évidence plusieurs éléments, à savoir : « La solidité du lien entre les membres, la hiérarchie interne, la distinction de rôles et tâches parmi les associés, le contrôle du territoire, le projet criminel indéterminé, la pratique de l'intimidation et, selon une approche plus moderne, non seulement la vexation parasitaire perpétrée à l'encontre des entreprises, mais aussi la participation directe à l'économie du territoire au moyen de la prise de contrôle effective d'activités économiques légales ».

Par son arrêt n° 3 du 10 février 1999 (déposé le 29 mars 1999), la cour d'assises d'appel de Reggio Calabre confirma la condamnation du requérant, en réduisant la peine à douze ans de réclusion. Le requérant ne se pourvut pas en cassation.

Le deuxième procès dirigé, entre autres, contre le requérant, dénommé « procès Taurus » (procédures pénales n° 1/97 – 12/97 – 18/97), porta sur d'autres faits relatifs aux activités criminelles menées par les deux clans à Taurianova. Le 22 septembre 1999, la cour d'assises de Palmi, par son arrêt n° 10/99, condamna le requérant à la perpétuité. La décision fut confirmée par la cour d'assises d'appel de Reggio Calabre le 5 mars 2002. En particulier, le requérant fut reconnu coupable du délit d'association de malfaiteurs de type mafieux au sens de l'article 416^{bis} du code pénal, ainsi que d'autres délits (assassinat, enlèvement et séquestration ayant provoqué la mort de la victime, et détention illégale d'armes à feu) aggravés par les circonstances dites « de type mafieux », prévues à l'article 7 du décret-loi n° 152 du 13 mai 1991, converti en loi le 12 juillet 1991 (loi de conversion n° 203/1991). La circonstance aggravante liée à l'assumption du rôle de chef de l'organisation criminelle et d'instigateur de ses activités fut également retenue à l'encontre du requérant. Faisant application du régime de « l'infraction continue » (*reato continuato*), la cour d'assises d'appel condamna le requérant à la perpétuité avec isolement diurne de deux ans.

Le requérant forma un pourvoi en cassation, qui fut rejeté le 26 février 2004.

À la suite de l'introduction par le requérant d'une demande visant à une nouvelle

détermination de la peine globale de réclusion fondée sur la continuation entre les faits à l'origine du « procès Marcello Viola + 24 » (arrêt du 10 février 1999) et ceux du « procès Taurus » (arrêt du 5 mars 2002), le 12 décembre 2008, la cour d'assises d'appel de Reggio Calabre constata l'unicité du programme criminel et reconnut la continuation des faits objet des deux procès. La peine globale fut ainsi recalculée et fixée à la réclusion à perpétuité avec isolement diurne de deux ans et deux mois.

En droit, le tribunal a ainsi soutenu :

« *La Cour tient à rappeler que la dignité humaine, qui se trouve au cœur même du système mis en place par la Convention, empêche de priver une personne de sa liberté par la contrainte sans œuvrer en même temps à sa réinsertion et sans lui fournir une chance de recouvrer un jour cette liberté.* » (Vinter, précité, § 113).

Eu égard aux principes susmentionnés, et pour les raisons avancées ci-dessus, la Cour considère que la réclusion à perpétuité infligée au requérant, en application de l'article 4 bis de la loi sur l'administration pénitentiaire, dite « *ergastolo ostativo* », restreint excessivement la perspective d'élargissement de l'intéressé et la possibilité de réexamen de sa peine. Dès lors, cette peine perpétuelle ne peut pas être qualifiée de compressible aux fins de l'article 3 de la Convention. La Cour rejette ainsi l'exception du Gouvernement relative à la qualité de victime du requérant et conclut que les exigences de l'article 3 en la matière n'ont pas été respectées.

Cela étant, elle estime que le constat de violation prononcé dans la présente affaire ne saurait être compris comme donnant au requérant une perspective d'élargissement imminent (voir, parmi d'autres, Harakchiev et Tolumov, précité, § 268, et László Magyar, précité, § 59).

Aux termes de l'article 46 de la Convention : « *1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. 2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.* » La Cour rappelle que, tel qu'interprété à la lumière de l'article 1 de la Convention, l'article 46 crée pour l'État défendeur l'obligation juridique non seulement de

verser aux individus concernés les sommes accordées à titre de la satisfaction équitable, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Conseil des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles qui s'imposent pour mettre un terme aux problèmes à l'origine des constats opérés par elle et à leurs effets (Scorzari et Giunta c. Italie [GC], n° 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII, et László Magyar, précité, § 70). Afin de faciliter le respect par un État membre de ses obligations découlant de l'article 46, la Cour peut exceptionnellement envisager d'indiquer le type de mesures individuelles ou générales souhaitables afin de mettre un terme à la situation de violation qu'elle a constatée (Broniowski c. Pologne [GC], n° 31443/96, §§ 189-194 et son dispositif, CEDH 2004-V, Scoppola c. Italie (no 2) [GC], précité, § 148, et Stanev c. Bulgarie [GC], n° 36760/06, § 255, CEDH 2012).

La présente affaire met en lumière un problème structurel qui fait qu'un certain nombre de requêtes sont actuellement pendantes devant la Cour. En perspective, elle pourrait donner lieu à l'introduction de nombreuses autres requêtes portant sur la même thématique.

La Cour redit que la présomption irréfragable de dangerosité, prévue en matière de réclusion à perpétuité pour les délits visés à l'article 4 bis de la loi sur l'administration pénitentiaire, découlant de l'absence de collaboration avec la justice, risque de priver les condamnés pour ces délits de toute perspective d'élargissement et de la possibilité d'obtenir un réexamen de la peine.

La nature de la violation trouvée sur le terrain de l'article 3 de la Convention indique que l'État mette en place, de préférence par initiative législative, une réforme du régime de la réclusion à perpétuité garantissant la possibilité d'un réexamen de la peine, ce qui permettrait aux autorités de déterminer si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne justifie plus son maintien en détention, et au condamné de bénéficier ainsi du droit de savoir ce qu'il doit faire pour que sa libération soit envisagée et ce que sont les conditions applicables. La Cour considère, tout en

admettant que l'État puisse prétendre la démonstration de la « dissociation » d'avec le milieu mafieux, que cette rupture peut s'exprimer autrement qu'avec la collaboration avec la justice et l'automatisme législatif actuellement en vigueur.

Les États contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation pour décider de la durée adéquate des peines d'emprisonnement pour des infractions données, et le simple fait qu'une peine de réclusion à vie puisse en pratique être purgée dans son intégralité ne la rend pas incompréhensible (László Magyar, précité, § 72). En conséquence, la possibilité de réexamen de la réclusion à perpétuité implique la possibilité pour le condamné de demander un élargissement, mais pas forcément d'obtenir sa libération s'il constitue toujours un danger pour la société.

Voici, la décision finale :

« La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

Par ces motifs, la cour

1. Joint au fond et rejette, à l'unanimité, l'exception du Gouvernement tirée de la qualité de « victime » du requérant ;
2. Déclare à l'unanimité la requête recevable ;
3. Dit, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention ;
4. Dit, par six voix contre une, que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par le requérant.

Enfin, consciente de l'importance sociale de la décision, la Cour a précisé que la peine ne

constituait que des principes, mais n'autorisait aucun avantage immédiat. En outre, elle n'a pas réparé de préjudice matériel ou moral en reprenant une formulation datée, selon laquelle l'acceptation du recours constitue déjà une indemnisation suffisante pour le requérant.»

L'affaire Viola est donc conclue, mais tous les autres condamnés dans des situations similaires devraient pouvoir bénéficier de la peine. Les cours suprêmes des États membres vont-elles s'adapter spontanément ? En Italie, la situation est encore plus compliquée : récemment, la loi dite « Spazza Corrotti » (loi 9/01/2019 n° 3) étend le refus de légiférer, non seulement à la criminalité organisée, mais également aux auteurs de crimes de la corruption. *Quid iuris ?*

La Cour de Strasbourg, consciente de l'importance de la peine, a plusieurs fois répété dans le texte que la peine à perpétuité n'était pas illégitime en soi, mais que chaque cas devait être examiné de manière approfondie et déterminer si le condamné constituait toujours un danger pour la société. L'opinion dissidente du juge Wojtyczek est également d'une importance fondamentale :

« La motivation du présent arrêt laisse entendre que la resocialisation devient le seul but légitime de la peine. Je ne suis pas d'accord avec cette approche. Elle conduit à renverser tacitement la jurisprudence Hutchinson sur ce point. De plus, si la resocialisation devait être le seul but de la peine, que faudrait-il faire des personnes qui ont commis des crimes et qui sont poursuivies de longues années plus tard alors qu'entre-temps elles ont regretté leur crime et complètement changé de personnalité ? »

La stratégie argumentative de la majorité est axée sur l'idée selon laquelle le système se fonde sur une présomption « irréfragable » de dangerosité sociale d'un prisonnier refusant de collaborer avec les autorités. Le terme de « présomption irréfragable » revêt en général une connotation négative en matière pénale. Il donne à penser de prime abord qu'une personne pourrait être victime d'une situation injuste résultant de l'impossibilité d'apporter la preuve du contraire. Je constate dans ce contexte que la notion même de « présomption irréfragable » est critiquée à juste titre par la théorie du droit qui explique que les présomptions réfragables et les « présomptions irréfragables » constituent deux catégories juridiques complètement distinctes. Une « présomption irréfragable » n'est pas une présomption guidant les raisonnements pour justifier des propositions factuelles à partir d'autres propositions factuelles, mais tout simplement une règle de droit qui attribue certaines conséquences juridiques à certaines circonstances de fait (à ce sujet, voir, par exemple, T. Gizbert-Studnicki, « Znaczenie terminu "domniemanie prawne" w języku prawnym i prawniczym », *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, [La signification du terme « présomption légale » dans les langages légal et juridique], vol. 36, 1974, n° 1). On peut essayer de présenter comme érigéant une présomption irréfragable toute règle de droit qui prévoit certaines conséquences juridiques chaque fois que surgissent certaines circonstances factuelles. Toutefois, une telle approche n'apporte pas de valeur ajoutée à la compréhension du droit. Si le requérant dans la présente affaire est toujours en prison, ce n'est pas parce qu'il est présumé socialement dangereux, mais parce qu'il a été condamné à une certaine peine, eu égard à l'ensemble des fonctions de la peine. Il est en prison, en particulier, parce que cela est nécessaire pour donner un sentiment de justice aux familles de ses victimes et à la société italienne en général, et pour dissuader d'autres criminels potentiels de commettre des crimes similaires. Des motifs légitimes d'ordre pénologique justifient donc le maintien en détention de l'intéressé.

Bruno MICOLANO
Directeur Adjoint – Partenariats de l'UIA
Studio Micolano
Bologne, Italie
micolano_avv.bruno@iol.it

Publish your photo in the 2020 UIA Directory

Draw more attention to your contact details!

Several advertising options:

Publication
of your photo
and your contact
details

Publication
of your ad
(Full Inside Page)

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



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



The Legal Profession

La profession d'avocat

La Abogacía





La séparation du pouvoir judiciaire

■ Jean-Pierre BUYLE

En Belgique, la séparation des pouvoirs n'est pas consacrée comme telle dans la Constitution. C'est un principe général de droit, certes non écrit, mais reconnu et liant.

Ce principe suppose qu'aucun des pouvoirs ne possède de suprématie ou de prééminence sur les autres pouvoirs. Chacun des trois pouvoirs est souverain.

Les pouvoirs exécutif et législatif ne sont pas supérieurs au pouvoir judiciaire. Le gouvernement et le Parlement ne sont pas autorisés à contrôler le pouvoir judiciaire, à le sanctionner ou à le priver de son indépendance. Le gouvernement et le Parlement ne peuvent pas censurer des décisions de justice. Ils ne peuvent pas adresser des injonctions aux juges. Ils ne peuvent pas se substituer aux magistrats dans le jugement des litiges relevant de leurs compétences.

Lorsqu'on évoque la séparation des pouvoirs aujourd'hui, c'est d'abord et surtout de la séparation du pouvoir judiciaire dont il est question.

Seule la défense du principe de la séparation des pouvoirs permet de garantir le respect du principe de non-ingérence du politique dans le judiciaire, d'une part, et le respect du principe de l'indépendance des cours et tribunaux, d'autre part. Là où l'action du juge ne s'exerce pas dans des conditions de suffisante indépendance, il n'y a pas d'État de droit et donc pas de démocratie.

Le pouvoir exécutif a l'obligation de mettre à la disposition des autorités judiciaires, l'infrastructure indispensable à l'exercice de ses missions. L'investissement dans la justice est d'autant plus nécessaire, que l'indépendance du pouvoir judiciaire est une pierre angulaire de la séparation des pouvoirs.

Un sous-financement manifeste et persistant du pouvoir judiciaire porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et à l'indépendance du pouvoir judiciaire.

La responsabilité de l'exécutif à l'égard du judiciaire

En Belgique, la pénurie des magistrats et des greffiers est, comme dans d'autres pays, un fait établi et chiffré.

Cela occasionne un surcroît de travail et un stress permanent pour certains juges. Cela entraîne aussi un arriéré judiciaire important préjudiciable aux droits des justiciables, voire un classement sans suite de leurs plaintes, à défaut pour les autorités de disposer du personnel nécessaire pour les traiter.

Il y a peu, AVOCATS.BE a décidé d'entreprendre une action judiciaire en responsabilité contre l'État belge.

déterminer, dans le respect des contraintes budgétaires, les effectifs judiciaires (magistrats et greffiers) qu'exige une bonne administration de la justice.

La loi a déterminé les procédures requises pour les recrutements et les nominations.

Nous retenons deux fautes dans le chef de l'État belge :

I. Violation de quatre principes élémentaires liés à la séparation des pouvoirs :

- Non-respect du devoir général d'exécution des lois
- Non-respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire

C'est au législateur qu'il appartient de fixer les règles de base relatives à l'organisation et au fonctionnement des juridictions qu'il institue.

L'intérêt à agir de notre institution est double.

D'une part, nous représentons les avocats. Notre activité de défense repose nécessairement sur le bon fonctionnement du système judiciaire qui aujourd'hui fait défaut. D'autre part, notre institution représente aussi les justiciables. La pénurie de personnel constitue une violation du droit du justiciable de disposer d'un accès effectif au juge ainsi que de son droit à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable.

Quelles sont les fautes reprochées à l'État ?

C'est au législateur qu'il appartient de fixer les règles de base relatives à l'organisation et au fonctionnement des juridictions qu'il institue. C'est au législateur qu'il revient de fixer les cadres organiques du personnel des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire. C'est à lui qu'incombe la responsabilité de

- Non-respect du principe de l'État de droit
- Violation du principe de continuité des pouvoirs et des services publics.

Tous ces principes sont consacrés par des normes tant nationales (Constitution et principes généraux de droit) qu'internationales.

Il en va de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoient que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant établi par la loi. Cette mesure impose aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à des droits et obligations de nature civile

dans un délai raisonnable. Toute juridiction a le pouvoir de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'État de respecter cette obligation considérée par une norme supérieure.

Or, le dépassement du délai raisonnable trouve sa cause dans l'insuffisance des moyens accordés à la justice.

2. Violation, pour un justiciable, du droit à être jugé équitablement dans un délai raisonnable et de disposer d'un recours effectif

Ces droits sont garantis par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La pénurie actuelle des magistrats a atteint des niveaux tels qu'il est devenu objectivement impossible d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable. En droit familial, les actions jugées comme en référé aboutissant devant la Cour d'appel de Bruxelles à un arrêt dans un délai qui s'étend en moyenne d'une à trois années.

Les délais pour obtenir une audience de plaidoirie sont devenus à ce point longs, jusqu'à sept ans pour une première audience à la Cour d'appel de Bruxelles, que cette situation doit être assimilée à un véritable déni de justice, de sorte que la violation de l'article 13 qui garantit le droit à un recours effectif est également imputable à l'État.

Cette situation a des conséquences sur l'accès à la justice.

Tous les acteurs s'accordent à dire que le justiciable est encouragé à régler ses différends par des recours à des modes alternatifs. Certains renoncent tout simplement à leurs droits, ne disposant ni des connaissances, ni des accès à ces MARC's*, ni des ressources pour y recourir.

En ne nommant pas les magistrats ou les greffiers en nombre suffisant pour remplir les cadres prévus par la loi, l'État viole l'obligation de prendre les ressources nécessaires afin de garantir que les justiciables voient leur droit à un procès équitable, de même que leur accès à la justice, assurés.

Que demandons-nous en justice ?

Nous demandons de faire condamner l'État fédéral à trois obligations de faire :

1. Déclarer vacants l'ensemble des postes de magistrats et de greffiers, prévus par la loi et actuellement inoccupés et publier les appels à candidature endéans un délai de trois mois sous peine d'astreinte.
2. Une fois les publications effectuées, pourvoir à l'ensemble des emplois des cadres dans un délai de douze mois sous peine d'astreinte.

3. Veiller au respect des cadres à l'avenir et publier toute vacance de poste dans un délai de dix mois avant le départ de son titulaire, lorsque ce départ est programmé (par exemple, mise en retraite) sous peine d'astreinte.

C'est donc une action en responsabilité civile de l'État qui a été choisie.

Nous demandons une exécution en nature, à savoir obliger l'État à respecter les lois que lui-même a promulguées. L'État ne peut pas persister à être hors-la-loi ou au-dessus des lois.

La justice est devenue le parent pauvre de l'État. L'indépendance des magistrats est mise en danger à des économies imposées. L'exécutif a désossé la justice.

Bénéficier d'un recours effectif devant la cour des droits de l'homme

Sur le plan international, la question de la séparation des pouvoirs devrait aussi nous interpeler.

Pas tellement du côté de l'ONU ou de l'Union européenne. Les juridictions onusiennes de la Haye et les juridictions de l'Union à Luxembourg fonctionnent en général bien : les délais d'instruction, d'audience et de jugement sont raisonnables.

Par contre, le comportement du Conseil de l'Europe qui réunit 47 États membres fait débat.

C'est une institution capitale qui doit plus que d'autres nous interpeler. Elle défend les

droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit.

Or, force est de constater que la Cour européenne des droits de l'homme est exsangue et ne dispose pas de moyens humains suffisants :

- sur les dizaines de milliers de requêtes introduites chaque année, seules quelques-unes sont prises en considération et souvent pour des motifs peu transparents ;
- les délais de jugement sont trop longs.

Le Conseil des ministres ne met pas à disposition de sa Cour, l'infrastructure indispensable à l'exercice de ses missions. Outre le fait que certains États ont suspendu le paiement de leur contribution.

Le Conseil des barreaux européens (CCBE), la Fédération des barreaux européens et pourquoi pas l'UIA pourraient prendre des initiatives de lobby, au nom de la défense de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs pour obtenir un refinancement de la Cour par les États ou pour réfléchir à des formes alternatives de financement.

Pourquoi ne pas négocier avec la Cour la mise à disposition temporaire de jeunes avocats comme référendaires pour aider les juges à préparer leur travail ? Certains barreaux ou certains cabinets seraient peut-être prêts à y réfléchir et à trouver les financements nécessaires.

Permettre aux justiciables européens de pouvoir bénéficier d'un recours effectif devant la Cour européenne des droits de l'homme doit constituer l'une de nos priorités et de nos ambitions.

Jean-Pierre BUYLE
Ancien président d'AVOCATS.BE
Ancien bâtonnier du barreau de Bruxelles
Buyle Legal
Bruxelles, Belgique
jpbuyle@buylelegal.eu

*Modes alternatifs de Résolutions de Conflits



A New Tomorrow for Disabilities: Thoughts of a Disabled Lawyer

■ **Gary C. NORMAN**

The pace of scientific and technological change is breathtaking.¹ Cities will soon have buildings and streets that communicate with our various devices. Our coffee pots and ovens are already communicating as part of the Internet of Things. One may be reasonably informed as to technological developments and nevertheless be daunted by the incessant changes.

This article will discuss ensuring that technological development complements the emerging social equity of the disabled. I will include my perspective as a lawyer with a disability who has a foot print in the Trans-Atlantic space as a former American Marshall Memorial Fellow. In 2019, I led a public policy dialogue at the German Marshall Fund of the U.S. on these and related topics.

George Orwell's *1984* and Aldous Huxley's *Brave New World* are books that show dystopian possibilities where an evil party or government utilizes emerging technology for unethical and unlawful purposes. Princeton University's John Witherspoon, in a famous 1776 sermon, emphasized that the disorders in human society are linked to the malice and other lusts of man. In my view, legal norms exist to combat the darker side of the human condition that these thought leaders of yesterday described.

The disability rights movement, and the lawyers in it, are helping to promote policies and frameworks to manage and control advances, to ensure the availability of advances, and to minimize the harmful and dangerous aspects of innovation.

People with disabilities comprise a significant proportion of the global population. There are at least one billion people with disabilities in the world,² which is approximately 15% of the global population. More of the disabled live in developing nations.³ In a *Forbes* article, Bob Lujano described how the disabled comprise "*a population that has clear persistent needs that are not being adequately fulfilled.*"⁴ In my view, positive laws and

moral norms can impact how we leverage technology towards increased equity in our public spaces. These numbers support ensuring that emerging technologies are accessible, affordable, and usable.

In the United States, the Americans with Disabilities Act (ADA) of 1990 and the ADA Amendments Act of 2008, are examples of positive laws that directly impacts how disability is defined, expanding accessibility to our public spaces to more and more people. These positive laws, and other related laws, improve the lives of disabled people. Because

position is also in conformity with Article 9 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Despite these goals, people with disabilities often find transport systems in the EU and the United States troublesome.

As a matter of best practices, the above-described European Disabilities Forum set forth principles that would improve the public transportation sector. There could be tax-based incentives for disabled transport. The Design for All principle should be required when designing transport vehicles such as

Ideally, future technological advancement will ensure that people with disabilities will be able to arrive or depart in the same way as able-bodied people, thereby enjoying equality.

of these increasing numbers and the laws that impact the disabled, technology has drastically impacted the opportunities of people with disabilities to work and to enjoy life. More work yet remains. I will now layout some examples of areas where law and technology have supported each other. In all of the examples, the tension among law and technology demand continued scrutiny on the part of human rights lawyers.

Author Jack Kerouac's compelling idea was that the road is an emblem of freedom.⁵ Therefore, accessible and affordable transportation is a civil rights issue.⁶ However, people with disabilities encounter barriers in fully participating in their community because of a lack of accessible and affordable transportation. The passing of positive laws, together with beneficial technological change, will increase mobility and transportation equality.

A pronouncement of the European Disabilities Forum was that all have the right to enjoy seamless, accessible, and independent travel. This pronouncement is in accordance with an EU treaty that guarantees the right to free movement. This

trains or buses, as well as the surrounding infrastructure, including bus stops and train stations. Travel information, including level of accessibility, could be made available and easy to understand for everyone.⁷

Using a shared economy driver, such as Lyft or Uber, is a positive development for the disabled. In my experience, these platforms are accessible overall. However, the National Federation of the Blind in the United States entered into a settlement with these technology and transportation providers to remedy alleged discriminatory practices by the companies' drivers. Even so, there will be a continuing need for forceful conversations with public policy decision-makers and technology providers.

Self-driving cars should be a boon to those with disabilities. As a blind lawyer who has never been able to drive, I look forward to calling my safe self-driving car. I believe this method of transport will be better than the paratransit systems currently in place. Ideally, future technological advancement will ensure that people with disabilities will be able to arrive or depart in the same way as able-bodied people, thereby enjoying equality.



A partnership with a service animal will be important for the foreseeable future. I have been blessed with three dog partnerships: one with Langer; one with Pilot, my recently retired partner; and now Bowie. A variety of laws recognize access rights for people with disabilities to partner with service animals in public spaces. Even if an artificial robot dog becomes available in the future, in my view, an artificial interaction could never replace the joy of interacting with a self-aware being in our public spaces, such as restaurants.

In the U.S., rights involving animal partnerships continuously evolve. A lot of effort has been expended regarding how service animals are defined, and depending on that definition, what rights of access are allowed.

Blind people are incorporating technology, including Google Maps, into their guide dog work, improving their overall efficacy as a team. Through technology, I know whether an underperforming shared economy driver is taking me on the correct route. Once I am delivered, I can use technology to learn my location. I can utilize an app on my smartphone, too, to connect with sighted assistance able to describe my whereabouts. As this shows, technology impacts service animal handlers in a way never dreamed of.

According to the American Foundation for the Blind, "For people with vision loss, the digital information revolution has opened up previously unimaginable possibilities to become productive, independent, and fully integrated members of society."⁸

When I entered college, and later law school, books arrived in the form of cassettes. Today, I have more than 50

books on my iPhone and can download many opuses. As this shows, accessibility to my smart phone improves my life.

Yet, the American Foundation for the Blind also posits that gaps remain for blind people to access modern benefits where it would be desirable for civil societies to match law and technology in a pro-disability fashion. While a significant amount of public policy has domestically and internationally ensured that law and technology complement the rights of the disabled, more work remains.

In my experience, the disabled are still unable to achieve upward mobility, even with technological advances that include apps on smart phones and interactive whiteboards in the classroom. People with disabilities may not be able to afford rapidly evolving technology. For example, using a Lyft or Uber as a blind person also presumes that one can afford a smart phone and the higher cost of this type of transportation.

innovations. The Convention on the Rights of People with Disabilities is an instrument with a sweeping human rights and civil rights scope. This Convention promotes a new disability human rights paradigm that advances a holistic public policy agenda, including, in terms of technology. Arguably, the Convention links the law to a broader moral purpose.

The United States has developed a civil rights anti-discrimination model that has been adopted around the world. The statutory schemes in the United States include the Rehabilitation Act and the Americans with Disabilities Act (ADA). The Convention is based on the ADA.

In the Federalist Papers No. 51, former U.S. President James Madison wrote that no government would be necessary if men were angels, and if angels governed men, external and internal governmental controls would not be necessary. Based upon our

The United States has developed a civil rights anti-discrimination model that has been adopted around the world.

Moreover, blind people remain disproportionately unemployed or underemployed. While organizations such as the National Federation of the Blind and the World Blind Union continue to address inequality, change is slow. However, I am optimistic about the power of the law and technology to positively change the history of past exclusion. There is a need for innovators and policy decision-makers to be aware of and help correct these disparities.

Saint Augustine once said, "In the absence of justice, what is sovereignty but organized robbery?"⁹ This quotation seemingly denotes that law and government are a subsidiary to certain broader concepts, including moral laws. Legal instruments, such as the American Declaration of Independence, reference moral laws or natural laws that provide a framework for the rights of humans. Human institutions, even when conceived of and established by geniuses, are flawed.

As such, positive law, which is based on these moral under-pinnings, must regulate our

knowledge of human weaknesses, there are truly no virtuous humans, and the need for government to regulate innovation within a better law-based framework, such as the statutes briefly discussed above, is necessary.

Specifically, science and technology are influencing Western democracy and civil institutions. In *Science of Liberty: Science, Democracy and the Laws of Nature*, which I read thanks to adaptive technology, Timothy Farris argued that science and the rise of scientific societies are the fundamental drivers of liberty and democracy. Arguably, liberalism and unrestricted discourse, including science, generally support each other via adaptive feedback processes. Consequently, science has produced technology which, in turn, enhances prosperity and security. This has indeed translated to more inclusion of the disabled in our civil societies.

In conclusion, science and technology can be a force for the inclusion of the disabled. To be sure that science and technology

Establishing a Lawyer Mentoring Program

remain this positive force, the Trans-Atlantic partnership requires human rights lawyers with disabilities to be at the table to share their experiences and knowledge. I prefer those lawyers, partnered with living self-aware service animals, not futuristic bot dogs.

Gary C. NORMAN, Esq. L.L.M.
Attorney
Baltimore, MD, United States
glnorman15@hotmail.com

Note: Mr. Norman serves as the Chair of the Maryland Commission on Civil Rights. He is its first Chair partnered with a guide dog. In this capacity, he also serves on the Maryland Lynching Truth and Reconciliation Commission. In 2008, he travelled to the European Union as an American Marshall Memorial Fellow. He has a semi-regular column in the legal newspaper of Maryland, the Maryland Daily Record. This commentary represents solely his views.

1 Robert L. Burgdorf, Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century, 13 Tex. J. on C.L. & C.R. 241, 353 (Spring 2008).

2 World Health Organization, Release: New World Report Shows More Than One Billion People Faces Barriers in Their Daily Lives, June 9, 2011, https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2011/disabilities_20110609/en/.

3 The World Bank Group, Disability Inclusion Overview, April 2019, <https://www.worldbank.org/en/topic/disability>.

4 Id.

5 Jason Kampitsis, Transportation as a Civil Rights Issue, Wired, Jul. 26, 2011, <https://www.wired.com/2011/07/transportation-as-a-civil-rights-issue/>.

6 Id.

7 European Disability Forum, Transport, <http://www.edf-feph.org/transport-1>.

8 American Foundation for the Blind, Statistics and Resources, (last accessed Sept. 5, 2019).

9 Saint Augustine, *On the City of God*, Book IV (Translated by Marcus Dods), http://www.logicmuseum.com/wiki/Authors/Augustine/City_of_God. See also John T. Noonan Jr., *Intoxicated by God*, N.Y.Times, July 25, 1999.



I Małgorzata KRZYŻOWSKA & Iwona KORDJAK

There are many questions pertinent to establishing a lawyer mentoring program. What is required to succeed in this business, to achieve tangible work satisfaction and build numerous valuable and long-term relationships? Who teaches a lawyer how to run a law firm? Where do the lawyers gain knowledge on how to run their own

The stress suffered by advocates and legal advisors is caused by several factors, among which the most important are daily changes in the law and the risk of errors, unprecedented competition, rotation among employees, difficult courtroom atmosphere, high cost of doing business, and social expectations.

The role of the law firm management is multi-dimensional and includes creating our own culture of organization, even for just a few people.

business, maintain relations with clients, and manage employees? What challenges are the advocates and legal counsels facing?

The legal system in Poland has significantly changed in recent years, with the number of representatives increasing by more than 150%. Greater competition for clients means a greater focus on quality of service, the attractiveness of the bid, and the creation of competitive advantage.

There are significant disparities between lawyers in terms of both the number of cases and the handling of cases, and the client approach. Lawyers differ in their interactions with employees and peers, too. This is mostly due to insufficient knowledge on how to run a business.

Advocates and legal counsel are required to work without making any mistakes, although it still is a human mind, not the computer, that works on the client issues.

Today, most lawyers face the same problems as other entrepreneurs, with an additional restriction in the form of the prohibition against advertising their services in many countries. Similarly, as entrepreneurs in other industries, we seek to reach clients with our offerings. Therefore, an effective method is to have a proactive attitude and to participate in events organized within the industry we handle, publishing valuable content on the internet or in trade press. It is also important to participate in networking group meetings, create business relationships, and carefully listen to others. It is not the point to advertise your services in any situation possible, but to carry on conversation skilfully. We arouse interest not only by what we talk about, but also by how we listen to others.

The opinion surveys carried out by Aliant® Krzyżowska among the entrepreneurs have shown that although a majority make use of their accounting assistance, fewer

entrepreneurs regularly make use of their legal assistance. These entrepreneurs in a vast majority of cases are happy with this status quo. Clients expect direct access to a lawyer, rapid response to any queries and emergency situations, and the effectiveness of lawyer actions. It turns out that the price of this cooperation has a secondary meaning. Such knowledge may fundamentally change the approach to the management of the law firm, the recruitment of appropriate staff, and an increased level of services and rates. It helps in the negotiation of wages and adaptation of the offer to the particular case and client. Knowledge of customer expectations, what is the most important goal for them, and the specifics of the industry are key to the adequate pricing of services. It is also the basis for building multi-annual relations with the client.

Clients expect the guarantee of confidentiality and availability from the professions of public trust. If during the meeting, we talk about the details of a similar case, we should be aware that the client may never come back because of the lost confidence. If we do not pick up the phone and do not call back, the client will call another lawyer for urgent matters. On the other hand, we need to know how to proceed in cases where a client calls in the evenings and it becomes a rule. We need to know how to set clear boundaries, if that cooperation is valuable for us or if it only becomes valuable for this customer.

In a conflict situation with the client, we should have knowledge and specific tools to “cure” that relationship or part with

the client in as friendly of an atmosphere as possible. By carrying on confident conversations, using the appropriate wording, and changing the communication methods (e.g. from the language of "force" to the language of "rights" or "common interests"), we may in many cases not only avert the conflict, but also build a long-term relationship with the client.

We should note the perception of our law firm by persons from the outside: suppliers, former employees, students, media, and institutions with whom we are dealing. The role of the law firm management is multi-dimensional and includes creating our own culture of organization, even for just a few people. Building the brand on the outside also means making a good atmosphere inside the law firm and making the people feel recognized. If one employee shares their opinion of their employer with several dozen people, they create a picture of the company they do not know.

The work related to that problem begins at the recruitment stage, hence the need for asking the right questions during the recruitment for the position. Secondly, the conduct of the recruitment meeting and the candidate's work history and experience also translate into the law firm's image. The representatives of legal professions, who dream about business success, must do the homework on their own.

What we need to learn is how to build our own unique brand, how to reach out to potential clients with information about services, and how to build good, long-lasting

relationships with clients. As is the case of any liberal profession, the challenge is the organization of work, discipline and motivation, communication skills, managerial competences, team management, and the ability of strategic thinking. We want to transform the knowledge, skills, abilities, and talents to the value for which the client is willing to pay.

In summary, lawyer mentoring programs can be helpful in many ways, including building long-term relationships with the client; having conversations with clients about the offer, scope of services, and rates; discussing methods of building a strong and recognizable brand of the law firm; cooperating, team building, effective recruitment of employees, and appropriate relationships between the partners; helping reduce crisis situations in the company, helping with self-management of time, planning, discipline, and motivation; communicating with colleagues, partners, and clients; setting up inspiring and motivating business and financial goals; and managing appropriate activity in social media.

What is mentoring based on and to whom is it usable? Mentoring means providing guidance, sharing experience, and practical knowledge. Mentoring is one of the most effective methods of development, as we can respond quickly to emerging challenges and even foresee them on the basis of the mentors' experience. Mentoring is for lawyers who are motivated, willing to learn, and interested in the development of their business.

Małgorzata KRZYŻOWSKA
Alient® International Law Firm
Poznań, Poland
mkrzyzowska@alient.pl

Iwona KORDJAK
Business Coach,
Tax Advisor
Warsaw, Poland





Réforme des retraites : les avocats menacés, les avocats mobilisés

I Christiane FÉRAL-SCHUHL

Le Président de la République, Emmanuel Macron, est en train de mener, conformément à son engagement de campagne, une vaste réforme des retraites en France. Il s'agit de créer un système unique de retraite universel par points qui n'existe dans aucun pays similaire à ce jour.

Demain, tous les Français, quels que soient leur statut professionnel (fonctionnaires, salariés, indépendants en ce compris les professions libérales, etc.), relèveront d'un même et unique régime de retraite.

Les avocats de France disposent depuis près de soixante ans d'un régime autonome de retraite géré par une caisse qu'ils administrent.

“Autonome”, c'est-à-dire qui se suffit à lui-même : il ne demande pas un euro à l'État. Il est équilibré. Mieux encore, il est solidaire puisqu'il reverse chaque année près de 100 millions d'euros pour compenser les déficits des autres régimes de retraite des salariés ou des fonctionnaires.

Pourquoi les avocats de France sont-ils dans cette situation? Comme d'autres avocats d'Europe, nous n'avons pas eu droit à la retraite instituée après la Seconde Guerre mondiale pour les salariés et fonctionnaires.

L'État nous a dit : « Vous voulez une retraite ? Organisez-vous ! ». Alors, nous nous sommes organisés et avons construit notre régime de retraite autonome.

Notre régime autonome de retraite n'est donc ni égoïste, ni corporatiste. Il est

avant tout indépendant. Comme le sont les avocats. En France et ailleurs. Cela n'a jamais été remis en cause jusqu'à aujourd'hui.

Le système de retraite des avocats repose sur deux piliers.

Le premier pilier est le régime de base spécifique aux avocats. C'est une première originalité du régime de retraite des avocats français, inconnu des autres professions libérales réglementées, dont le régime de base est géré par une caisse de retraite commune. La seconde originalité de ce régime de base est sa grande solidarité, car il garantit à tout avocat une pension de 16.999 € par an, pour une carrière complète, et ce, quel que soit le niveau de rémunération et de cotisation de l'avocat. Le régime de base repose sur le principe de répartition, par annuité. Il est financé par :

- une cotisation forfaitaire qui augmente pendant les six premières années d'exercice pour s'établir à 1 555 €
- une cotisation proportionnelle aux revenus nets de l'avocat : 3,1 % (plafond de 291 718 €)
- le droit de plaidoirie de 13 €, qui n'ouvre pas de droits, perçu lorsque chaque affaire est plaidée devant une juridiction où la représentation de l'avocat est obligatoire. Pour les avocats ayant une activité de conseil, une contribution équivalente est prévue.

Le second pilier est un régime complémentaire obligatoire par points. La valeur d'acquisition du point est 9,7 € et la valeur de service du point est de 0,94 €. L'originalité de ce système est de proposer aux avocats différentes classes de cotisations (C1, C2, C3, C4) selon ce que l'avocat souhaite cotiser. Le taux de cotisation de chaque classe varie en fonction de tranches de revenus.

Outre les régimes de base et complémentaire, notre caisse de retraite gère également la prévoyance c'est-à-dire les risques invalidité et décès, mais elle ne gère plus de régime

supplémentaire de retraite reposant sur l'épargne individuelle.

Le gouvernement français prévoit de fusionner les régimes de base et complémentaire en un régime unique. Ainsi, la France serait l'un des rares pays au monde à ne pas connaître trois étages à son système de retraite : le régime de base solidaire, le régime complémentaire professionnel et le régime supplémentaire individuel. En outre, ce rapport sape les bases de notre profession. Demain, ce sera l'État qui fixera le montant des pensions des auxiliaires de justice que nous sommes. Pouvons-nous accepter ce moyen de pression du gouvernement sur nos exercices ?

**POUR UN DROIT
À LA RETRAITE,
PAS UN RETRAIT
DU DROIT**



Ce rapport menace l'équilibre économique de tous nos cabinets et fait disparaître notre solidarité professionnelle.

La moitié au moins des avocats verront leurs cotisations retraite doubler et passer de 14 à 28% de leurs revenus annuels, avec des pensions en nette baisse pour tous. Quelle profession, quelle activité économique peut résister à une baisse de sa rentabilité de 14 % ?

Cette “taxe retraite” qui se profile est mortifère et n'épargnera personne. Cette augmentation des charges, qui s'ajoute à un taux de charges déjà élevé, plus de 60 % pour les avocats individuels, par exemple, risque d'entraîner la fermeture de nombreux cabinets, compromettant l'accès au droit sur le territoire français.

Les avocats de France sont donc désormais un bloc face à une réforme “en bloc”.

**PLUS DE COTISATIONS,
MOINS DE PENSIONS,
#OBJECTION !**



C'est ainsi que, le 16 septembre, nous étions plus de 20 000 avocats à manifester dans les rues de Paris aux côtés des personnels soignants et des professionnels du transport aérien, menacés, eux aussi, par cette réforme qui supprimerait d'un trait de plume les régimes autonomes.

Cette manifestation est inédite et historique à double titre : de par la mobilisation sans précédent de nos confrères, quels que soient leurs conditions d'exercice, des élèves-avocats et des personnels de nos cabinets. Mais aussi parce que nous avons su rassembler avec nous d'autres professions qui sont venues apporter leur renfort et partager leurs inquiétudes et leur colère.

Plus que jamais, notre unité est indispensable. Ce qui se passe en France sur nos retraites résonne partout ailleurs. Nos professions sont fragiles comme la démocratie. Elles sont indispensables au pacte républicain. Elles ne méritent pas d'être malmenées de la sorte.

Christiane FERAL-SCHUHL
Présidente, Conseil National des Barreaux
(CNB)
Paris, France
Présidence@cnb.avocat.fr

RETRAITE PLUS CHÈRE = JUSTICE PRÉCAIRE



Los retos de la inteligencia artificial (IA) y la práctica del derecho

I Marc GALLARDO MESEGUER

Los retos a los que se enfrenta el sector jurídico con la llamada “transformación digital” son numerosos. Las tecnologías emergentes como el aprendizaje automático, la inteligencia artificial (IA), el blockchain, entre otras, están impactando ya en la mayoría de las áreas de la economía y de la sociedad, y lo seguirán haciendo sin duda, cada vez con mayor intensidad en los próximos años, afectando la actividad de todas las profesiones jurídicas (jueces, abogados, registradores, notarios, etc.).

El cambio parece inevitable y son muchas las preguntas que surgen: ¿tendremos trabajo los profesionales jurídicos en la próxima década? Probablemente sí o cuanto menos así lo esperamos. Ahora bien, ¿cómo serán los cambios introducidos por el uso de estas nuevas tecnologías? ¿En qué medida afectarán el modo en que venimos realizando nuestro trabajo diario, por ejemplo, en la redacción de documentos legales, la búsqueda de las decisiones jurídicas que sean relevantes para un caso, la oferta de nuevos servicios jurídicos ligado al incipiente fenómeno de la Legal Tech ...? ¿Tendremos la preparación necesaria y la capacidad de respuesta adecuada ante esta imparable transformación digital de nuestro sector? ¿Sabremos anticiparnos a las nuevas tendencias que todavía no conseguimos vislumbrar?

Como algunos autores reconocidos han puesto de relieve, es probable que nuestro sector cambie de forma más drástica en las próximas dos décadas que lo que ha hecho en los últimos dos siglos. Richard Susskind, llega incluso a afirmar que “los abogados tradicionales serán reemplazados en gran parte y a largo plazo por sistemas avanzados, o por trabajadores menos costosos apoyados por tecnología o procesos estándar, o incluso por legos armados con herramientas de autoayuda en línea”. Sin necesidad de alinearse con una visión algo apocalíptica de la profesión de abogado, lo cierto es que las tareas que puedan ser automatizadas por algoritmos se verán más afectadas por la IA que aquellas que requieran habilidades

típicamente humanas, como la creatividad y la detección y gestión de emociones, muy difíciles, al menos en el estado actual de la técnica, de replicar por máquinas. Puede también suceder que este horizonte sea temporal y que las innovaciones lleguen un día a poner en entredicho nuestras premisas actuales. Sólo el tiempo lo dirá.

Por el momento, mientras las tareas propias de cada una de las profesiones jurídicas no puedan automatizarse, seguirán existiendo los abogados y los jueces de carne y hueso. En cambio, es altamente probable que las tareas de poco valor añadido y repetitivas, como la gestión documental, pronto se automaticen y se industrialicen utilizando herramientas de la Legal Tech que ya se encuentran en el mercado. Otras tareas podrían automatizarse de forma parcial en un corto espacio de tiempo, como la redacción de contratos, la realización de due diligences, la práctica del e-discovery o incluso la redacción de sentencias (aunque en Francia recientemente se ha prohibido por ley el uso de herramientas de justicia predictiva, estableciéndose penas de hasta cinco años de cárcel para quien publique información estadística sobre las decisiones y el patrón de conducta de los jueces respecto a las sentencias que dictan).

No obstante, estas innovaciones no deben necesariamente verse como un peligro para la supervivencia de algunas profesiones jurídicas sino una oportunidad para utilizar las nuevas herramientas tecnológicas que se nos presentan como soporte a muchas de las tareas que acometemos diariamente, permitiendo focalizarnos en aquellas actividades más analíticas, creativas y de mayor valor de nuestras profesiones jurídicas.

Esta vía de colaboración hombre-máquina será positiva y duradera si nos preparamos debidamente para entender las tecnologías y cómo estas nos pueden servir para garantizar resultados efectivos en nuestro trabajo en un entorno cada vez más competitivo.

Será necesario adquirir nuevas habilidades y conocimientos; por ejemplo, será preciso tener una comprensión básica de la programación informática y de los métodos y técnicas subyacentes de las tecnologías que empleemos para prestar nuestros servicios. En este sentido, las Universidades y facultades de Derecho deberán modificar sus planes de estudios y técnicas para formar a sus estudiantes en la Legal Tech y en los impactos jurídicos que plantea la utilización de estas tecnologías emergentes.

Uno de los aspectos que empieza a calar en el debate de la regulación de la IA es la dimensión ética que debe presidir su utilización. La Carta Ética Europea sobre la utilización de la IA en los sistemas judiciales, anteriormente citada, postula y desarrolla cinco principios a tal fin : 1) Principio del respeto de los derechos fundamentales para asegurar que diseño y puesta en práctica de las herramientas de IA son compatibles con los derechos fundamentales; 2) Principio de la no-discriminación para prevenir específicamente situaciones de

discriminación entre individuos o grupos de individuos; 3) Principio de calidad y seguridad en lo que concierne el uso de las decisiones y datos judiciales; 4) Principio de transparencia, neutralidad e integridad intelectual para hacer accesibles y comprensibles las metodologías del tratamiento de las informaciones contenidas en las decisiones judiciales y 5) Principio de control por el usuario que permita empoderarle y ofrecerle autonomía de decisión en el uso de la IA para resolver un asunto que le concierne.

Existen otras iniciativas igualmente recientes impulsadas por las instituciones europeas que versan sobre los aspectos éticos de la IA. Destaca, entre ellas, la Comunicación de la Comisión Europea de 8 de abril de 2019 para fijar una estrategia de desarrollo de la IA centrada en el ser humano. En esta comunicación, la Comisión recuerda que para lograr una «IA fiable», son necesarios tres componentes: 1) debe ser conforme a la ley, 2) debe respetar los principios éticos y 3) debe ser sólida.

Por último, otro de los aspectos ampliamente debatidos es la responsabilidad civil en el uso de aplicaciones de IA y sobre ello está previsto dedicar varios casos prácticos en la sesión del día 9 de noviembre, en los que se enjuiciará la “inocencia” o “culpabilidad” de la IA, simulando un proceso judicial en el que intervendrán las partes para defender sus respectivas posiciones, para finalmente “escuchar” la decisión de un juez humano.

Dicho lo anterior, les invitamos a participar en este interesante debate sobre el cambio de paradigma que está en marcha en todas las profesiones jurídicas. Les esperamos en el 63º Congreso anual de la UIA en Luxemburgo.

Marc GALLARDO MESEGUE
Director Adjunto – Estrategia Digital de la UIA
RSM
Barcelona, España
mgallardo@rsm.es





Street art Blu in Ostiense district, Rome 2014

Legal Practice Pratique du Droit Ejercicio de la Abogacía

Street art by Blu in Warsaw, April 2019



L'affaire de l'artiste urbain Blu : s'agit-il d'une violation du droit d'auteur ?

I Lavinia SAVINI

I. Les faits

Les protestations contre l'exposition « Street Art - Banksy & Co. L'arte allo stato urbano » (l'art à l'état urbain), qui a eu lieu dans la ville italienne de Bologne du 18 mars au 26 juin 2016, et qui aspirait à être une grande rétrospective consacrée à l'histoire du Street Art, a posé une question juridique.

D'après les déclarations des organisateurs, les œuvres provenaient pour une partie du marché. Elles étaient, pour une autre partie, réalisées directement sur place, et seulement une partie minime des œuvres avaient été prélevées des murs d'une propriété privée de la ville de Bologne, par ailleurs en cours de démolition. Parmi ces œuvres, y figuraient certains travaux de l'artiste urbain Blu. L'opération avait pour but de conserver, archiver et muséaliser les œuvres.

Les vives et longues polémiques médiatiques qui s'en étaient suivies, même dans les médias étrangers, avaient mis en évidence combien le projet, à l'origine de l'exposition, divisait l'opinion publique et aussi les artistes impliqués. Si certains d'entre eux avaient manifesté, même publiquement, une forte hostilité à l'égard de l'initiative, d'autres, en revanche, avaient exprimé un avis favorable. L'affaire se prête à des évaluations sous divers profils. En particulier, il convient de distinguer l'aspect éthique et culturel de l'aspect purement juridique.

II. La question de droit

À titre liminaire, il faut souligner que l'affaire en question était complexe à cause de l'absence de précédents jurisprudentiels, non seulement en Italie mais aussi en Europe, étant donné que l'opération bolognaise semblait être la première à s'interroger sur le futur des œuvres d'art urbain de ce type.

Il faut également noter, en Italie, l'absence de précédents jurisprudentiels relatifs au

droit moral de l'auteur dans le domaine du Street Art. Les raisons d'un tel vide jurisprudentiel résident dans la nature même des œuvres, nées avec la caractéristique d'être produites de façon clandestine et illicite, comme forme d'art libre, informel et en dehors des institutions. Ainsi, le recours à des pseudonymes par les artistes devient compréhensible, du fait qu'ils veuillent préserver leur anonymat. Par conséquent, l'absence de décisions relatives aux droits d'auteur des œuvres de Street Art n'est pas surprenante.

protection du droit d'auteur et des droits voisins, aussi dénommée loi sur le droit d'auteur¹.

Quant aux premiers, conformément à l'article 12 de la loi sur le droit d'auteur, « l'auteur jouit du droit exclusif de publier son œuvre. Il jouit en outre du droit exclusif d'exploiter économiquement son œuvre de quelque manière et sous quelque forme, originale ou dérivée, que ce soit, dans les limites fixées par la présente loi, et en particulier en exerçant les droits exclusifs énoncés aux articles

L'absence de décisions relatives aux droits d'auteur des œuvres de Street Art n'est pas surprenante.

En ce qui concerne l'aspect juridique, les œuvres de l'artiste Blu, ayant fait l'objet de détachements, provenaient, comme cela a été dit, de murs d'une propriété privée dont le propriétaire en aurait autorisé le prélèvement s'agissant de murs en démolition. En vertu du principe juridique de l'accession, régi par l'article 936 du Code civil italien, aux termes duquel « lorsque les plantations, constructions ou ouvrages ont été réalisés par un tiers avec des matériaux lui appartenant, le propriétaire du fonds a le droit d'en conserver la propriété ou d'obliger le tiers à les enlever [...] », il est désormais admis que le propriétaire du mur sur lequel a été réalisée une œuvre de Street Art en est le propriétaire. Toutefois, comme tout propriétaire d'une œuvre d'art, il ne devient pas titulaire aussi des droits d'auteur sur l'œuvre, lesquels appartiennent exclusivement aux auteurs.

III. Les droits d'auteur dans le droit italien

Les droits d'auteur en Italie se divisent en droits patrimoniaux et en droits moraux. Ces droits sont entièrement régis par la loi italienne n° 633 du 22 avril 1941 sur la

suivants. Est considérée comme première publication la première forme d'exercice du droit d'exploitation ».

Les droits patrimoniaux, prévus aux articles 12 à 19 de la loi, se manifestent à travers une série de prérogatives en faveur de l'auteur appelés droits d'exploitation économique, et sont librement cessibles. Les droits moraux, en revanche, sont des droits imprescriptibles en vertu de l'article 2934 du Code civil italien, inaliénables et qui ne peuvent pas faire l'objet de renonciation de la part de l'auteur, contrairement à la discipline d'autres ordres juridiques européens. Les droits moraux appartiennent à l'auteur et à ses proches, dans l'ordre indiqué à l'article 23 de la loi italienne sur le droit d'auteur.

Ainsi, il s'agit d'une protection renforcée de l'honneur et de la réputation de l'artiste par la reconnaissance du droit de s'opposer à la première publication de l'œuvre ; le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre ; le droit de s'opposer à des mutilations et altérations ou modifications de l'œuvre ; le droit de retirer l'œuvre du commerce pour des motifs graves. Par ailleurs, une partie de

la doctrine italienne a inclus parmi les droits moraux innommés le droit de l'auteur de méconnaître la paternité d'une œuvre qui lui aurait été erronément attribuée². Les droits moraux de l'auteur sont pleinement régis par la loi italienne sur le droit d'auteur aux articles 20 à 24.

En règle générale, étant privées d'une autorisation préalable, les œuvres de Street Art naissent comme des œuvres illicites en ce que leur réalisation sur des murs ou des biens (notamment, les wagons ferroviaires ou métropolitains), publics ou privés, constitue une conduite passible de sanctions pénales, en particulier, celle de « dégradation et détérioration de biens appartenant à autrui » visée à l'article 639 du Code pénal italien³. Mais de telles œuvres sont quand même garanties par le droit d'auteur puisque la loi italienne protège, en son article premier, l'œuvre de l'esprit présentant le caractère de créations pour le seul fait d'avoir été créée. Parmi les critères de protection, la licéité de l'œuvre n'est pas requise, ainsi cette dernière est protégée même si illicite ou, par exemple, contraire aux bonnes mœurs⁴.

À ce stade, arrive le point névralgique de la question. D'après les déclarations de l'organisation, le projet aurait été communiqué au préalable aux graffeurs impliqués : *Blu*, *Ericailcane*, *Dado* et *Cuoghi Corsello*. Certains d'entre eux auraient accepté avec enthousiasme le projet, pendant que d'autres, comme *Blu* et *Ericailcane*, n'auraient d'abord pas pris position, pour ensuite réagir.

Est-il alors possible d'affirmer qu'à travers ce projet, les droits moraux et/ou patrimoniaux des auteurs des graffitis qui ont, de fait et successivement, manifesté leur désaccord ont été violés ? À travers la muséalisation, le projet d'exposition, a-t-il violé le droit moral de l'artiste de rue de « rester dans la rue » ?

Contrairement aux propositions de certains, la tendance est à exclure une violation du droit patrimonial de l'auteur pour l'exposition publique de son œuvre, tant pour les graffitis objets de détachements que, a fortiori, pour ceux qui proviennent du marché. Juridiquement, en effet, selon l'orientation dominante de la jurisprudence italienne, le propriétaire d'une œuvre d'art

Street art by *Blu* and *Os Gemeos*, Lisbon 2012



À travers la muséalisation, le projet d'exposition, a-t-il violé le droit moral de l'artiste de rue de « rester dans la rue » ?

a le droit de la céder librement à des tiers et de la faire circuler, tout comme le droit de l'exposer⁵ (dans des galeries, des musées, etc), et cela, à plus forte raison si l'œuvre a été introduite dans le circuit commercial par l'artiste lui-même.

IV. Une atteinte aux droits moraux de l'auteur des artistes urbains ?

Le droit moral de l'auteur constitue, par contre, la limite à la licéité de telles conduites. L'article 20 de la loi 633/1941 qui régit les droits moraux de l'auteur dispose que “*indépendamment des droits exclusifs d'exploitation économique de l'œuvre, et même après la cession de ces droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre et à toute atteinte à la même œuvre qui pourraient être préjudiciables à son honneur ou à sa réputation*”. L'action de l'artiste *Blu* pouvait, ainsi, représenter la réaction de qui se plaindrait de la violation de son propre droit moral de l'auteur.

Il faut donc évaluer, à mon sens, si une opération qui avait pour but d'exposer,

archiver et conserver l'œuvre d'un auteur, et non pas de la vendre, est à catégoriser dans les actes portant atteinte à la même œuvre qui pourraient être préjudiciables à la réputation et à l'honneur de l'artiste, aux termes de l'article 20 de la loi 633/1941.

En 2014, *Banksy* lui-même faisait un geste de contestation en méconnaissant la paternité de quelques-unes de ses œuvres faisant l'objet d'une exposition organisée par *Sincura Group* à Londres, empêchant ainsi les ventes. Mais dans ce cas, les œuvres avaient été prélevées des murs sans son autorisation pour ensuite être vendues. Il est possible de donner un avis au sujet de l'existence ou non d'un “*préjudice à la réputation et à l'honneur de l'artiste*” seulement en se fondant sur le raisonnement logico-juridique retenu dans les rares précédents jurisprudentiels relatifs au droit moral de l'auteur et en contextualisant les faits sur la base de ce que signifie effectivement, aujourd'hui, le Street Art.

Par exemple, la jurisprudence italienne a reconnu la violation de ce droit aussi bien dans le cas où un propriétaire a laissé se dégrader une œuvre d'art⁶, que dans le cas où la présentation dans une exposition de

certaines œuvres d'un artiste provenant uniquement d'une collection privée avaient été indiquées comme des œuvres réalisées par ce même artiste à une période donnée⁷. De même, la violation a été reconnue dans le cas où l'œuvre d'un auteur a été utilisée par un éditeur conjointement aux œuvres d'autres artistes avec lesquels l'auteur avait affirmé avoir des divergences idéologiques⁸.

Dans l'affaire de Bologne, si l'auteur considérait que la muséalisation de ses œuvres ne correspondait pas à sa poétique, la violation de ses droits aurait été abstraitemen configurable. D'autre part, il aurait fallu aussi considérer la finalité du projet de conservation et d'archivage, dénué de l'intention de vendre les œuvres. Donner une réponse univoque n'est pas évident et la réflexion devient plus large : l'artiste peut-il s'opposer à ce que ses œuvres soient conservées, archivées et protégées ou qu'elles soient mises dans un musée ?

Enfin, l'« état » actuel du Street Art est un élément d'une importance fondamentale pour donner un avis, en l'espèce, sur l'existence d'une atteinte aux droits moraux de l'auteur des artistes urbains : peut-être, encore aujourd'hui, considérée comme un art de rue, subversive, illilicte, contestatrice, externe aux circuits officiels du marché de l'art, aussi bien que sa muséalisation et sa conservation seraient contraires à sa nature ? L'évolution que cette forme d'art connue, également

dans l'opinion commune, est inégalable. Ce n'est pas par hasard que les artistes urbains travaillent de plus en plus à la lumière du jour et à la commission, parfois même à la demande de fameux musées internationaux. Comme, par exemple, le même *Blu* qui a peint les façades du musée *MoCa* à Los Angeles (œuvre successivement censurée par le musée) et à qui ont été commandés des travaux par la *Tate Modern* de Londres et le *Hangar Bicocca* de Milan. De plus, les œuvres de ces artistes sont introduites et circulent toujours plus dans les plus institutionnels et connus réseaux internationaux du commerce de l'art. Il suffit de rappeler que, récemment, les œuvres de *Banksy* étaient en vente à la *Lionel Gallery* d'Amsterdam et au *TEFAP* de Maastricht. Ou encore, la récente initiative de ce dernier qui a réalisé des œuvres dans les chambres de son tout nouveau hôtel nommé « *The Walled Off Hotel* », en Cisjordanie. Enfin, il est possible de constater une tendance à ne plus percevoir comme sanctionnables, au moins sur les biens publics, les interventions faites par les graffeurs, sans autorisation, bien qu'il s'agisse de conduites possibles de sanctions pénales. Ceci est vrai surtout pour les artistes les plus connus.

Jusqu'à présent, les graffeurs ont été réticents à entrer dans les salles d'audience des tribunaux pour protéger leurs droits d'auteur et ont préféré manifester leur désapprobation par l'action. Mais, le Street

Art, comme cela a été exposé, est en plein changement et est de plus en plus institutionnalisé... Serait-il prêt à faire son entrée dans les tribunaux ?

Lavinia SAVINI
Représentante de l'UIA auprès de l'OMPI
IDEALEx (Bologne-Milan-Paris)
Bologne, Italie
laviniasavini@idealex.net

1. Legge 22 aprile 1941, n. 633 "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio".

2. Tribunale di Milano, 14 septembre 2004, *in Rep. AIDA* 05, I.5.1 ; Corte d'Appello di Milano, 24 mars 1939, *in IDA* 39, 215.

3. Sur ce point: Corte di cassazione, Sez. Seconda penale, Sentenza n. 16371 du 20 avril 2016.

4. Sur ce point: Tribunale di Milano, 29 janvier 1996 ; Pretura di Bologna, 20 avril 1971, *in Giustizia civile* 71, 694 s.

5. Conformément au principe de libre jouissance du bien appartenant au propriétaire; sur ce point, la jurisprudence italienne est rare, voir Tribunale di Verona, 30 octobre 1989 (*in Dir. Autore* 1990, 397): "Après la cession de l'unique exemplaire d'une œuvre d'art, appartiennent au propriétaire les facultés de jouissance prévues à l'article 832 du Code civil, dont celle de divulguer l'œuvre et de la faire exposer, attendu qu'il s'agit d'une faculté strictement consécutive à la publication et à la vente de l'œuvre, activité permise par l'auteur qui a renoncé à sa réserve de non-divulgation, à condition qu'aucune atteinte ne soit portée à son droit moral".

6. Affaire isolée sur laquelle s'est prononcé le Tribunale di Milano, 20 janvier 2005, *in AIDA* 05, 1057.

7. Pretura di Verona, 21 mars 1987, *in IDA* 87, 551 ss.

8. Pretura di Torino, 5 mai 1990.

Street art by Blu, Krakow 2012





ICOs and Blockchain: The State of Art in Italy

I Milena PRISCO

The year 2019 will be remembered for the big shift, which has been involving the Initial Coin Offerings (ICOs) and the blockchain under the Italian law perspective. On June 5, 2019, the Italian Stock Exchange Authority (Consob) closed its public consultations launched on March 19, 2019, with the aim to regulate ICOs at a domestic level.

Consob's initiative springs out at a crucial stage of the dissemination and – somehow – the evolution of ICOs, which are increasingly attracting the attention of European and International policymakers. Fundraising through ICOs has been dropping remarkably since the second half of 2018. Nowadays, it seems that capitals raised through ICOs totalled USD 575 m, approximately, in the first quarter of 2019, while in early March 2019, the global "capitalization" of the "virtual currencies" market equalled USD 130 bn.

The nature and function of tokens, the digital assets offered in the scope of ICOs, and their offering to the general public involve parallelisms with "financial instruments" or "financial products." A "hazardous" comparison between ICOs and capital raising business (e.g. IPOs), is subject to statutory qualification, then to the regulations applicable to investment services and activities, prospectus, and to distance selling and marketing.

In this scenario, Consob intervened to ensure the investors' protection and set up a sandbox based on an "opt-in" regime to derogate from ordinary legislation on financial products, which, subject to satisfaction of a number of conditions, would allow for simplified rules. The conditional clause is used since the Italian policymakers conditioned the issuers' and offering platforms' access to the regulatory framework upon a voluntary opt-in mechanism. Correctly, Consob stemmed from a definition of the digital assets offered through an ICO (that is, crypto-assets), to subsequently recognize the type of players qualifying for the issuance, offering, and trading, as well, of "crypto-assets."



The nature and function of tokens, the digital assets offered in the scope of ICOs, and their offering to the general public involve parallelisms with "financial instruments" or "financial products."

Crypto-assets are defined by Consob as those digital assets that: (1) qualify as financial products, except for financial instruments (according to MIFID) and investment products such as PRIIP, PRIP and IBIP, in relation to which issue related to their issuing, trading and post-trading activities should be subject to EU provisions applicable to financial instruments and investment products; (2) are designed for investment in entrepreneurial projects; (3) are solely "created, stored and transferred" by means of "distributed ledger technologies" able to ensure "the identification of the holder of the rights attached to the underlying investments and embodied in the crypto-assets;" and (4) are tradable "within one or more exchange systems," which are likewise subject to supervisory and regulatory restrictions.

Besides an unfitting terminological choice, which, as a matter of fact, is a translation of the term *crypto-assets* and includes the security tokens that were excluded from the scope of review of the Regulator, Consob put in the sandbox a type of crypto-assets that disregards both the tokens that

are not intended for investment purposes and those that are not tradable on the secondary market, which are mostly subject to ICOs. This approach is debatable because many ICOs business models are based on non-tradable tokens that "exclusively offer administrative rights or use licenses, such as access to a platform, a facility, a network of individuals, or customer loyalty schemes." Indeed, according to ESMA's Advice 2019, "only between a fourth and a third of those crypto-assets issued through ICOs are being traded."

Consob's approach also leaves aside the extraordinary evolution and stratification of the tokenization of assets, which is gaining momentum all around the world. Furthermore, in the majority of cases, the ICOs aim at a "financing," a term to be considered broadly within its non-technical legal meaning, and "fundraising" to boost business or entrepreneurial projects with the consequences that the tokens may be indistinguishable from securities.

At first glance, the grey zone of hybrid tokens seems to have remained unchanged, as they

are likely to qualify as financial instruments and to be subject to ordinary legislation because of their return expectations and the undertaking of risks of a financial nature.

In light of the above, a more disambiguating definition of crypto-assests may be welcome that Professor Paolo Carrière has suggested, such as “crypto-investments,” thus referring to all of those “crypto-assets,” meaning any values or rights represented by means of “Distributed Ledger Technologies,” as defined in article 8-ter of law-decree n° 135 of December 14, 2018 that cannot be classified or described per se as “financial instruments” or “investment products” but, nevertheless, eligible of being classified or described as “financial products.”

As to the platforms launching ICOs, Consob inserted crypto-assets in an attempt to expand the range of offers available on the crowdfunding platforms. For sure, this is quite a functional insight, since the crowdfunding platforms that are already subject to supervision under Regulation n° 18592/2013 may well represent their natural point of reference. Nonetheless, adjustments will be required to harmonize their current role as traditional intermediaries with specific requirements, such as managing the wallets, and the blockchain technology embodied in the creation and offer of crypto-assets.

Still, some doubts exist on the straightforward application of the rules on crowdfunding, owing to their peculiarities, to operators of ICO platforms. The Regulator intends to exercise its power of supervision not only on the platforms, but also on the exchanges, for example, the operators on the secondary market, and impose tight ties between them. Such an option does not fit the fact that trading or tradability does not represent an intrinsic feature of crypto-assets. This has the effect of preventing sponsors and issuers in Italy from applying for admission of their crypto-assets to trading in a foreign exchange system, with a very restrictive impact to the detriment of the market, which is global per se.

In conclusion, the consultations propelled the debate on ICOs, and blazed a trail to forthcoming regulatory changes, hopefully, able to launch a new capital market, which has its complexities considering the need to keep the rules on anti-money laundering

and mostly blockchain technology and smart contracts into due account, currently at its mere embryonic stage.

Certainly e-wallets or wallet providers shall be impacted by the AML regulation. As a matter of fact, article 17^{bis} of Legislative Decree no. 141/2010 has set forth the mandatory enrolment of crypto-currency exchange operators, *vis-à-vis* the general public. This occurred in an appropriate Register held by the Board of Agents and Mediators (Organismo degli Agenti e dei Mediatori, or “OAM”).

The Board set out in article 128-undecies of Legislative Decree n° 385 of September 1, 1993 (the “Italian Consolidated Banking Act” or, *in brief*, the “TUB”), which were extended to “providers of services related to the use of virtual currencies” under article 1, paragraph 2, item ff) of Legislative Decree no. 231/2007, or any “legal or natural person that, for business purposes, provides third parties with those services conducive to the use, exchange and storage of virtual currencies, and their conversion from, or to, legal tender.”

of data in a non-encrypted form as well as in an encrypted form for additional protection, allowing verification of data by every participant, with data remaining non-alterable and non-editable”; “Smart contracts”: [means] computer programs operating on DLTs whose execution is automatically binding for two or more parties on the basis of effects predefined thereby.”

The requirement of the written form shall be met by the smart contracts provided that an IT identification of the parties involved shall be carried out by means of a procedure that would be set out by the AGID (Agenzia per l’Italia Digitale). Moreover, the Law has set forth that “the storage of a computerized document through the use of technologies passed on distributed ledger creates the same legal effect as ‘electronic time stamp,’” as defined in the European Regulation n° 910/2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions dated July 23, 2014 (“eIDAS”).

However, this qualification leaves open some questions on how to coordinate

Still, some doubts exist on the straightforward application of the rules on crowdfunding, owing to their peculiarities, to operators of ICO platforms.

Currently, these provisions are not enforceable, since the scheme of ministerial decree drafted by the Ministry of Economy and Finance and concerning the registration methods and timing for providers of services relating to the use of cryptocurrencies to notify the Ministry of Economy and Finance of their operations throughout the territory of the Republic of Italy, is still pending.

Only recently has the legislator provided the first legal definition of the blockchain and smart contracts, pursuant to the law n° 12 of February 11, 2019 (converting into law, with amendments, Law Decree n° 135 of December 14, 2018): “Distributed Ledger Technology: [means] IT technologies and protocols that use a ledger that is shared, distributed, replicable, simultaneously accessible and with an architecture decentralised on cryptographic bases; these IT technologies and protocols allow the recording, validation, updating and storage

it with the eIDAS two different time stamping mechanisms, “qualified” or the rest. The AGID is also required to identify the technical standards which DLTs shall meet for these purposes and the relevant guidelines are still pending.

For the time being, we can just wait and see how the Regolator, the AGID and the legislator will translate these different perspectives into a set of rules and guidelines able to create an attractive market for the ICOs.

Milena PRISCO

Counsel

CBA

Milan, Italy

milena.prisco@cbalex.com



Some Issues to Consider before Starting Negotiations

In International Contracts and/or Managing International Disputes in International Commercial Matters

I **Bernd REINMÜLLER**

Introduction

In the field of international commercial law, negotiations typically precede the contract drafting process. A preliminary concern is drafting contracts to prevent a precontractual liability or liability tort against the lawyer's client if no contract is concluded. Other important preliminary considerations include contractual documentation and preparations as to the details concerning the drafting of the contract. Careful consideration should be given to the choice of law and whether an arbitration agreement or a forum agreement should be concluded between the contractual parties.¹

Preliminary Considerations

Learn something about the foreign jurisdiction of the other party that includes the legal system and legal terminology, utilizing the internet and other online connections together with legal online resources such as LexisNexis, Westlaw, and Swisslex. Libraries of universities and international institutes for international and foreign laws are also reliable resources.

Lawyers and their clients should consider and learn about the different cultural background of the other party. Some parties come from countries with hierarchical structures, including parties from certain Asian and Middle Eastern countries. Before starting negotiations, it must be clear who will attend meetings and in which function (CEO, Vice-President, CFO, Chief Legal Counsel, Technicians, etc.). Depending on the participation of initially specialists, then business people, and only later also including legals, or with delegations of a different composition of the two parties, there are often difficulties of understanding which must be covered when the contract is drafted through correspondingly clear definitions ("problem of specialist language").

Because differences in legal understanding might occur between the parties, in

particular parties from different countries and with different legal systems ranging from common law to civil law countries, the parties must be able to solve possible misunderstandings through communication. What does consideration or specific performance mean in common law? Are there differences in demanding interests or liquidated damages, as well as concerning the rules of limitations? In that context, it is very important to know that the rules of limitations in common law in the United States belong to civil procedural law, not substantive law as in some civil countries, which might lead to another applicable law for the contract (*lex fori*).

Avoid liabilities in preparing negotiations and step by step instructions for the final contract. There are pre (main) contractual interests on both sides which can only be difficultly protected without contractual regulation if there are no general statutory provisions, as in civil law countries. These provisions can mostly be found in Letters of Intent (LOI), Memorandums of Understanding (MOU), Non-Disclosure Agreements (NDA), Standstill Agreements, or Cost and Liability Agreements. One must be very careful in drafting these contracts and proceed with precision in order to avoid liability for breaches of duty. Do not forget to include clauses concerning the applicable

If the parties involved originate from different mother tongues, the parties must agree on one negotiation language.

Preparation of Negotiations and Precontractual Liability

Before you start, examine the negotiation partners' power of attorney very carefully. The question is whether the negotiation partners are properly authorized to negotiate and sign the contract. In the United States, a board resolution is necessary, confirmed by the corporate secretary. The signatures must be attested by a Notary Public. In some cases, the power to attest must be confirmed by the competent state authority. A possible legalisation Apostille must be considered, too. Contrary to the situation in the United States, corporate registers exist in several states in Europe where the legal authorization and the limits of the negotiation partners are mentioned.

Be cautious with the blind use of specimen contracts when forming the contract. Examine all clauses carefully. Differences and other interpretations of so-called standard boilerplate clauses are always possible, which might lead to a liability for the party negligently applying the clauses.

law and the choice of forum or duty to arbitrate in each of the aforementioned agreements.

Contractual Documentation

To cover all pre-contractual documents referred to only briefly above, such as letters of intent, bullet points, or preliminary but not yet completed contractual drafts, it is necessary and important to classify the documents already drafted and future documents according to their binding character. It is also important to prepare a timeline with interim negotiation goals. They may involve, in the event of non-compliance, sanctions, such as the bearing of costs by the responsible parties. All contractual drafts and communications, including email correspondence, should be kept by date, and in particular, with explanations concerning the development of the contractual provisions. This also includes necessary cover letters with regard to explanations of the contractual drafts' content and current and further developments, including an explanation as

to why a specific solution approach has been chosen over another one.

Considerations Before Drafting the Contract: Contractual Language

In general, the negotiation language will be identical to the contractual language. If the parties involved originate from different mother tongues, the parties must agree on one negotiation language. Since the individual language fluency of the negotiation participants is often different, each party should have interpreters and translators who have the necessary language skills concerning the object of negotiation. Over time, the English language has developed as a negotiation and contractual language, as well as a colloquial and technical language. For the definitions to be included at the beginning of the contract, a clear and unequivocal formulation of the content of the definitions should be given attention, especially if only one contractual language (monolingual) is chosen.

If bilingual contracts are chosen by the parties, as is often the case, or if international contracts must be concluded in a binding manner also in the national language, as is the case in Turkey and Bahrain, it is recommended to identify one language as authoritative and to declare only that version as binding. Only this version should be signed as an original; translations should be declared as mere translations and as convenience translations.

As far as the preparation of the translation is concerned, it is not advisable to have the other party make available such a convenient translation for reasons of goodwill. Shortcomings of the translation can be at the expense of the party who has prompted the translation, so this approach should be avoided. All relevant legal terms should be used in brackets in the other language for the purpose of clarification and avoidance of erroneous interpretations.

As for the rest, it is recommended to keep the contractual text clear and understandable. Define terms which are difficult to understand. The use of similar terms in different forms should be avoided. What is important and necessary for all parts of the contract is a uniform terminology.

Do not mix up "delivery" with "supply" or "responsibility" with "liability."

Drafting of the Contract

In general, the key part of the contract includes the main and ancillary obligations of the two parties, including rights and claims in the event of their non-performance. Remember to consider foreign currency, exchange restrictions, taxes, different interest rules, and embargo (currently for Iran and Syria).

In addition, there are contract designations, captions, preambles, and standard or closing clauses, as well as other regulations depending on the contractual type agreed upon on a case by case basis, such as representations and warranties.

authoritative alone, if problems arise at the implementation of the contract between the parties.

In the preamble, it may sometimes be wise to refer to the expectation of the contracting parties in the prerequisites and object of the contract, mention previous business relations, or show that new and different business relations are to be developed. This has the effect of documenting the basis of business, also known as documentation of the basis of business, meaning purposes. This can be used as an aid for future interpretation if there are any issues concerning the contract.

Formal requirements and formal agreements must be considered when drafting the contract. In Germany, notarisation at the

The "Contracting Parties" must be identified correctly in the contract to minimize errors.

The contract designation, the contract type, such as distribution contracts or purchase and sales contracts, and the object of the contract may be relevant for one party, but this might not necessarily be the case if one considers that the above-mentioned contractual types can be differently interpreted and assessed in different legal systems. If one is uncertain, one should merely use "Agreement" as a heading. Whenever possible, one should explicitly state what the applicable law agreed to between the parties is in two places. This information should also be in the heading and at the end of the contract. This restraint helps for interpretation.

The "Contracting Parties" must be identified correctly in the contract to minimize errors. Experience shows, however, that even for the contracting parties, there can be errors and omissions.

If it is intended in the main contract to enter into further separate agreements, including with third parties, such as a parent company as a guarantor, these anticipated separate agreements should at least be mentioned in the preamble of the main contract to clarify that the main contract is not to be

sales and transfer of shares is necessary, including with a fixed attachment of the contractual text and the annexes. In the U.S., such as the District of Columbia and Georgia, contracts may be under seal.

One should not forget, and this cannot be repeated often enough, that when initially drafting the contract, all terms and groups of relevant terms that appear often should be defined in alphabetical order in an article and again in the course of the contract. The definitions should be identified by highlighting and capital letters. When drafting definitions, lack of precision must be avoided because in a contractual text, this can result in a considerable source of error in the interpretation of the contract. Copying definitions from other contracts should be avoided.

Before defining relevant contractual terms and groups of terms, it is important to gain clarity through research with regard to what the other contracting party understands. The definitions must be unequivocal between the parties. Only then should the precise definition of the individual terms and groups of terms be agreed to between the contracting parties.

Amongst the most important provisions of each contract, agreements with restrictions of liability and extensions of liability must be mentioned. In most cases, these are found in formulated standard terms and conditions. When including these standard terms and conditions in the contract, consider that in many legal systems, effectively including the standard terms and conditions in the contract requires a close examination as to the effectiveness of these provisions. The terms and conditions of the other contracting party referred to must actually have been sent for information. This also applies in the UN Convention for the International Sale of Goods – Vienna Convention. The effectiveness of this inclusion is, moreover, to be checked according to the respective law of the individual contracting parties.

It must also be taken into consideration that these terms and conditions must be drafted in the negotiation language and contract language and forwarded to the other contracting party before concluding the agreement.

In the event of contractual clauses with extensions and restrictions of liability, many legal systems under common law require compliance with strict legal requirements. Such clauses must be emphasised in a particularly conspicuous manner in the contractual text.

It must also be taken into consideration that contradictory standard terms and conditions involve different solutions in the individual legal systems. There is a “battle of forms,” in which contradictory standard terms and conditions are neutralised and the subsidiary statutory law applies (e.g. in Germany) or the “last shot rule,” where the contracting party which refers last to its standard terms and conditions enforces its terms and conditions.

There is also the possibility that a foreign court negates altogether the conclusion of the contract because of a lack of agreement due to a failure of a meeting of the minds. In order to avoid an uncertain decision and long negotiations about the inclusion of standard terms and conditions, all important clauses should be included individually in the contract.

Provisions for lump sum damages must be distinguished from penalty provisions

should a breach of contract arise. The meanings of these two expressions vary widely in international legal transactions. Penalties in common law, in particular in the U.S., may not be recognized. While lump sum damages are favored, neither penalties nor lump sum damages are valid unless they have a clear and unequivocal definition.

Knowledge about contractual and statutory deadlines, in particular for statutes of limitation and exclusion, as well as requirements concerning reprimands, are likewise of considerable importance and should be taken into consideration.

Miscellaneous provisions such as merger clauses, integration clauses, waiver clauses, known as “sandbagging” in the USA, and

It must also be taken into account that the choice of law increasingly involves the tendency to choose general principles of law and common principles of law. They include transnational law, *lex mercatoria*, and UNIDROIT principles. Decisions as to choice of law might only be recommended if coupled with an arbitration agreement since state courts are not yet recognizing these general principles automatically.

The consideration of more than one law, also known as *dépeçage*, only makes sense if this is absolutely necessary for the contract, such as for real property located in different countries. Otherwise, one has a considerable liability risk as a consultant in the event of such a choice of law involving several applicable laws.

In the event of contractual clauses with extensions and restrictions of liability, many legal systems under common law require compliance with strict legal requirements.

severance clauses, are relevant. These clauses should not be taken lightly without any questioning and possible conflicts with the other contracting party should be considered.

Special attention is necessary before and during the drafting of the contract for the choice of law clause, together, and not separately from, the clause relating to the place of jurisdiction and/or the arbitration clause. The frequent tendency amongst contracting parties and their advisers to choose and enforce their own law should be avoided. It is necessary to attach value to whether the chosen substantive law provides for the desired effect of the structure and the individual provisions in the contract. In order to ensure that the chosen substantive law has the desired effect, the conflict of laws provisions should be excluded so that there is no back reference or reference to another legal system.

On the other hand, the blind deletion of legal provisions may give rise to the liability of the advisor if the legal advisor's client realizes later that they have been placed in a bad position. An insurance corporation in Germany has already recognized the liability of a lawyer because of a non-considered unreasonable exclusion of the Vienna Convention on the International Sale of Goods.

Litigation or Arbitration Clause?

Consideration of the applicable law is linked to the definition of the type of resolution of disputes in the event of serious conflicts with the other contracting party. Within the framework of these considerations, the question is: What is better, cheaper and faster: litigation abroad or international arbitration?

Consider all the costs and time involved, including interest and the impact on a balance sheet, when comparing arbitration with traditional court procedure, which is a very complex exercise. In that context, the following, together with translation and interpretation costs, should be carefully considered as a checklist when determining the best interests of the client:

- Using domestic and foreign attorneys.
- Compensation for attorneys' and parties' costs.
- Discovery of documents in common law countries.
- Expert fees.
- Place and time of hearings and meetings (hearing on site, hearings where the witnesses might be).

- Costs of witnesses (by letters rogatory?).
- Minutes of hearings.
- Fees and costs of arbitral institution, if any.
- Fees and costs of arbitral institution (number of arbitrators?) or court.
- Overall speed of the proceedings.
- Provisional remedies court proceedings ancillary to arbitration.
- Judicial remedies and scope of review.
- Procedure on appeal – time and money.
- Judicial remedy against appellate decision – time and money.
- Enforcement costs: exequatur procedure – time and money.

enumerated, prior to the drafting of a contract, can lead to an easier coverage of the contractual object for the author of the contract and a reduction of the liability risk.

These preliminary considerations and preparations show, however, the knowledge and intense insights into the complex and complicated contractual provisions which are necessary in international business transactions in order to act in the best interests of a contracting party. It is not ignored in this respect that contractual negotiations and contractual drafting are often subject to a considerable time pressure which should not lead to neglect a

The frequent tendency amongst contracting parties and their advisers to choose and enforce their own law should be avoided.

In that context, there will be further questions, mainly by the client, such as:

- Will it be easy before the state court?
- Will it be inexpensive?
- How confidential will court proceedings be?
- Will the local courts have the necessary objectivity and abilities?
- How will the facts be established?
- How will the court ascertain the applicable law?
- How long will it take, including possible appeals to one or even higher courts?
- On appeal, will everything start all over again de novo?
- If the parties provide for the jurisdiction of a third country, will this country accept jurisdiction?
- Will their judgment be enforceable elsewhere?

Don't forget: From the beginning of a legal dispute in case of a breach of contract by one side, it is relevant to take all necessary measures in order to safeguard that the chosen forum is the best for the client.

Final Remarks

In conclusion, taking into account the aforementioned preliminary considerations and preparations, which are not fully

full preparation in due time with all possible and conceivable preliminary considerations.

Prof. Dr. Bernd REINMÜLLER
Attorney-at-Law in Frankfurt and Geneva
Professor at the University of Köln (Germany)
President of Honour of the UIA
Bory & Associés Avocats
Geneva, Switzerland
bre@bory-avocats.ch

I. Given the large number of different international contracts, not all preliminary considerations and preparations are covered by this article. The considerations and recommended preparations described herein pertain primarily to contracts in international commercial law. Preliminary considerations and preparations concerning cross-border consumer contracts are not covered.

Call for articles

juriste

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.

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.

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

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

Informations

Union Internationale des Avocats
20, rue Drouot
75009 Paris - France

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



Could the Way in Which you Read Matter for the Rule of Law

I Year on

Stephen SIDKIN

In the Porto Congress edition of *Juriste International*, the question was asked, “Could the way in which you read matter for the rule of law?”

In the article that followed the point was made that for the rule of law to exist and thrive it must be respected by the people. In contrast, if the people think that the law is an ass (as suggested by Charles Dickens in *Oliver Twist*), then it will fall in to disrepute.

Introduction

Sometimes in life it can feel as if the Gods of classical times are having fun at one's expense. This was certainly the feeling of the writer when it was determined that the United Kingdom Supreme Court (“Supreme Court”) would:

1. hear the request by The Software Incubator Limited (“Software Incubator”) for permission to appeal the decision of the Court of Appeal; and
2. determine whether a preliminary reference should be made to the Court of Justice of the European Union (“Court of Justice”),

on March 28, 2019 – one day before the original expiry of the notice given by the United Kingdom under Article 50 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Those readers who have followed the articles in *Juriste International* in the Autumn 2016 and 2018 issues as to the progress of the claim made by Software Incubator under the British equivalent of Article 17 (3) of the Agents Directive 86/6534/EEC will be familiar with the issue at the heart of the dispute namely:

- whether software downloaded from the internet can be “goods” for the purpose of the Directive; and
- if so, whether a perpetual licence to use such software can come within the concept of a sale as in “a sale of goods”.

Software Incubator’s submissions

In making his submissions to the Supreme Court, the barrister (trial lawyer) appearing for Software Incubator drew attention to the general principle of EU law always to adopt a purposive approach to the interpretation of a Directive. As such “goods” and “sale” in they appear in the Agents Directive should be interpreted by reference to the context and objectives of the Directive itself (Case 2834/91 CILFIT vs. Ministere della Sanita [1982] ECR 3415).

The barrister went on to point out that it is wrong in principle to have regard to the provisions of national law (as the Court Appeal had done) given that the objective of interpretation is to give meaning to terms which is uniform and autonomous (that is, independent of the national law of Member States) (Case C-196/06 KommAustria vs. Österreichischer Rundfunk).

It is a virtue of English law that it is possible to bring to the Courts the decisions of courts in other countries (usually those in common law jurisdictions and often countries within the British Commonwealth). So it is worth noting that Software Incubator’s barrister did so in his submissions to the Supreme Court by drawing reference to the decision of the Supreme Court of India on materially similar facts in *Tata Consultancy Services v State of Andhra Pradesh* (ARI 2005 SC 371).

In that case the Court had to decide whether the software met the definition of “goods” in a General Sales Tax Act, being “... all kinds of moveable property and includes all materials, articles and commodities”. The Supreme Court of India decided that software was goods. In particular it was pointed out that Indian law makes no distinction in general between “tangible and intangible property. A “goods” may be a tangible property or an intangible one. It will become goods provided it has the attributes thereof having regard to (a) its utility;

(b) capable of being brought and sold; and (c) capable of [being] transmitted, transferred, delivered, stored and possessed.”

Computer Associates’ position

For the Supreme Court to decide to give permission for an appeal to be made to it, there is a need for the Supreme Court to be satisfied that there is an arguable point of law. It follows that it was a task of the barrister appearing for Computer Associates (“Respondent”) to seek to persuade the Supreme Court that Software Incubator’s application for permission to appeal did not raise an arguable point of law.

Given that in such a situation the Respondent is seeking to prove a negative, it was unsurprising that the points made by Computer Associate’s barrister in opposing the application for permission to appeal were simply that the Court of Appeal’s judgement was correct – nothing more could or should have been said by him!



Internal Investigations in the UK: Suspension, Interviews and Disciplinary Proceedings

More points were, however, made as to why there should be no reference of questions to the Court of Justice. Indeed Computer Associate's barrister highlighted that not only was it unnecessary for the Court of Justice to interpret the Agents Directive in order for the Supreme Court to give judgement, as matters stood on March 28, 2019 the Supreme Court would "not be bound by any decision of the CJEU made after March 29, 2019..."!!!

Computer Associate's barrister went on to rely on the conventional meaning of "goods" under EU and English Laws.

The Supreme Court's decision

For the good of the rule of law the Supreme Court decided to allow Software Incubator to appeal to the Supreme Court the judgment of the Court of Appeal and, at the same time, decided to refer two questions to the Court of Justice for a preliminary ruling being:

(1) Where a copy of a computer software is supplied to a principal's customers electronically, and not on any tangible medium, does it constitute "goods" within the meaning of that term as it appears in the definition of a commercial agent in Article 1(2) of Council Directive 86/653/EEC of December 1986 on the co-ordination of the laws of members states relating to self-employed commercial agents ("Directive")?

(2) Where computer software is supplied to a principal's customers by way of the grant to the customer of a perpetual licence to use a copy of the computer software does that constitute a "sale of goods" within the meaning of that term as it appears in the definition of commercial agents in Article 1(2) of the Directive?

The answers of the Court of Justice to these questions are awaited – as is the answer to Brexit.

Stephen SIDKIN
Partner
UIA Director of Communications
Fox Williams LLP
London, United Kingdom
slsikin@foxwilliams.com



Mark WATSON & David MURPHY

What should an employer do if it becomes aware that it or an employee has been involved in potentially unlawful conduct? Many jurisdictions now expect employers to identify, investigate and potentially report wrongdoing. Failure to do so might lead to lengthy, costly and damaging (both reputationally and financially) investigations by a regulator. The employment aspects of the investigation are of critical importance, to ensure that the employer does not create a situation where affected employees may have claims arising out of the employer's conduct of the investigation. Employees involved in investigations and their lawyers also have many issues to consider. This article reviews the position from an English law perspective.

include requiring an employee not to come to work where serious allegations have been made, in particular if there are regulatory aspects. However, relying on the right to issue management instructions is not without risk. The suspension might be challenged if the employee can show that he must be able to exercise his skills to ensure that they do not atrophy through lack of use. It might also be challenged if the suspension continues for a longer period than is justified. Therefore, an employer who has suspended an employee should always keep under review the grounds for and period of suspension.

A knee-jerk approach, where suspension is immediate and automatic, is unlikely to

Disciplinary procedures in the private sector are rarely contractual, so failure to follow them will not generally be a breach of contract.

Suspension

An employer's first action is often to suspend those employees it considers are implicated in the matter under investigation. Many employment contracts, staff handbooks or disciplinary policies contain express terms allowing the employer to suspend employees during disciplinary investigations.

Absent an express term, an employer has the right to give reasonable management instructions to its employees, which could

be found to be appropriate if subjected to a legal challenge. Suspension will probably only be justified where there are allegations of serious misconduct, and where the employee's continued attendance at work could damage the business, affect staff or have an adverse effect on the investigation. If a suspension is challenged, an employment tribunal or court will consider all the surrounding circumstances, including the terms of the employee's contract, what the employer has said about the suspension, its length and any review process, and any financial loss the employee may suffer.

Disciplinary procedures in the private sector are rarely contractual, so failure to follow them will not generally be a breach of contract. However, employers must be careful not to breach the implied duty of trust and confidence owed to employees. Employees have been able to argue successfully that a failure to consider whether suspension could be avoided was a breach of this duty of trust and confidence, paving the way for a claim for constructive dismissal. Contractual procedures are more common in the public sector, and there have been circumstances in which employees have obtained injunctions to prevent their public sector employers from proceeding with disciplinary proceedings where doing so was a breach of contract.

The growth in regulatory oversight, particularly in the financial services sector, carries the potential for disciplinary action to have significant adverse consequences on the careers and finances of employees working in the sector. In the near term, there may be more attempts to obtain injunctions preventing disciplinary action, perhaps based on the employee alleging that the employer's actions in commencing disciplinary proceedings are a breach of the implied duty of trust and confidence.

There is also an argument, as yet unsupported by any court or tribunal decision, that an employee caught up in disciplinary action where the outcome may have a substantial influence on a regulator's decision to bar him from his profession or industry is entitled to have legal representation at any disciplinary hearing. An employee only has the right to be accompanied to such a hearing (but not usually an investigatory hearing) by a fellow employee or a trade union official, but an employer may be persuaded to allow a different accompanying person.

The Advisory, Conciliation and Advisory Service's (ACAS) statutory Code of Practice on Disciplinary and Grievance Procedures (the Code) sets out principles for handling disciplinary and grievance issues in the workplace and is accompanied by non-statutory ACAS Guidance. Its principles will be relevant to any disciplinary proceedings started by the employer. A failure to follow the Code or the Guidance does not give the employee a freestanding claim but employment tribunals take into

account any such failure when considering compensation.

Failure to follow the Code and the guidance may have a small impact on the level of compensation payable to an employee, but in practice, in a regulated environment such as financial services, many employers will be more concerned about the requirements of the regulator than about compliance with the Code.

Duties during Suspension

Employment contracts continue to exist during suspension, and suspended employees remain bound by all the terms of their contracts. Express terms usually prevent the employee working for another employer and typically contain an obligation of confidentiality. Implied terms include a duty of fidelity and a duty to obey the employer's lawful and reasonable orders.

of award or delivery can have a significant adverse effect on the individual's finances, over what is often a long period between the investigation's inception and its conclusion.

This potentially uncertain remuneration position is also affected by rules, introduced in 2016 as a result of the financial crisis, that impose mandatory deferral and clawback of variable pay awarded by banks, building societies and all PRA-regulated investment firms. The rules impose a deferral period during which variable pay is withheld following the end of the accrual period of between three and seven years, the precise period depending on the seniority of the manager, his influence over the business and whether his actions could have a material impact on the business.

In addition, those businesses are required to include arrangements that permit the employer to prevent the vesting of all or part of deferred remuneration based on risk

Common interest privilege may also exist to enable communications between the parties and their lawyers to be protected.

Remuneration During and After Investigation and Suspension

Employees usually continue to be paid their basic salary and to receive their benefits while an investigation is ongoing, irrespective of whether they are suspended from work. Employers seeking to impose an unpaid suspension will require a clear contractual right to do so; such provisions are rare.

The position regarding variable pay, in particular in financial services businesses, is different. Variable pay includes bonuses and long-term incentive awards and typically a proportion is deferred and paid out over a number of years.

Financial services businesses now typically include in award plan rules and sometimes also in employment contracts terms providing that variable pay will not be awarded or delivered (even if it might still vest) if at the relevant time the individual is subject to any kind of investigation. This suspension

outcomes or performance (so-called malus provisions) and to recoup remuneration that has already vested (clawback provisions) for seven years from the award of variable remuneration. This seven year period can be extended to up to ten years for senior managers where the business or the regulator have begun enquiries into potential material failures.

A further complication arises when an employee changes employer. Often, in particular if he has been headhunted, his unvested awards will be bought-out by his new employer, and one key question is how the replacement awards granted by the new employer may be affected by the malus and clawback provisions that applied to the old awards. Since 2017, the new employer can apply clawback or malus based on the previous employer's determination of misconduct or risk-management failings following an investigation.

Senior employees in financial services businesses who are subject to an investigation can as a result be subject to considerable

uncertainty over their remuneration, often extending over many years.

Legal Advice

The employee's legal adviser should take detailed instructions as soon as possible. The employment history and the nature of the employer/employee relationship is helpful background to help establish the subject of the employer's investigation, the identities of others who may be involved and any support the employer may offer.

Obtaining Information

Obtaining information and other support can be problematic, in particular if the employee involved in an investigation is suspended. Very often the employee will have no access to the employer's IT systems, other documents or fellow employees during this period. The terms of a suspension usually preclude the employee from contacting work colleagues and clients or attending the employer's offices. For the employer, restrictions of this nature help ensure that documentation is not deliberately or inadvertently destroyed and that potential witnesses are not pressured in any way and those who might also be caught up in the investigation warned.

It is unlikely that an employee's contract of employment will contain an express right enabling the employee to access information and documentation, and entitling him to be provided with other support by the employer, nor is it likely that a court would find that an implied right existed.

When in receipt of such a request in connection with an internal investigation, the employer would be well-advised not to agree to allow the employee to have access to all documentation and information and is likely to insist on the employee first providing his own account of the relevant events.

Where the investigation is being undertaken by external parties, such as the police, the situation can be more complex. The employer would have to consider whether it is in its interests to co-operate with requests. This may enable it to understand the scope of the investigation and thus to assess any possible consequences for the employer. Investigations by a regulator



are perhaps easier for the employer as its obligations to the regulator may require it to co-operate with and disclose information and documentation to the regulator.

Any rights of the employer to access personal electronic devices used by the employee for work are likely to be set out in the employer's staff handbook. If such devices are routinely used for work purposes,

relevant documents and other materials, perhaps also the opportunity to have some influence over the outcome. Common interest privilege may also exist to enable communications between the parties and their lawyers to be protected.

Common interest privilege may also offer protection and benefits where a number of employees and their lawyers are co-operating, which is often the case in the complex cases that are increasingly the norm in the UK. Communications should have the benefit of being protected. Important information and documentation can be shared and a common approach taken towards the employer, in particular with regard to requests for information and documentation, can be productive if joint and focused.

One of the critical actions for an employee's lawyer at the start of an investigation is to carry out the necessary analysis of the available insurances to establish if cover is available for their employee client.

employers will usually be permitted to have access to them, and should as a matter of course take possession of the devices at the start of any investigation.

The employee's right to make a data subject access request seeking copies of his personal data held by the employer may also prove to be a useful source of information in certain circumstances, and should not be overlooked.

In circumstances where the police have informed the employee that he will be interviewed, the employee's advisor may consider requesting the police to provide a list of questions and relevant documentation. In practice, the police rarely provide more than a broad list of topics they wish to explore and only limited, if any, supporting documentation ahead of the interview itself.

Co-Operation

Co-operation between employee and employer can be mutually beneficial. The employee may be concerned about incriminating himself, but co-operation can provide benefits. It should result in him knowing how the investigation is progressing and the attitude and involvement of a regulator. It may provide easier access to

Insurance and Indemnity

Employees will often require independent legal advice from the outset, whether the employee considers he is a main player or not, given the potential dangers. Even if it appears that the employee is involved on the margins of an investigation, something as straightforward as a statement to the employer as a potential witness can quickly turn into something potentially far more dangerous to the employee if new allegations of wrongdoing arise. Lawyers for employees should find out whether the employer will fund the employee's legal costs.

Indemnification for legal fees can arise from a number of sources in the UK, but not under the general law or statute. Employment contracts, insurance policies, company policies, articles of association or other constitutional documents are all potential sources. It is unusual, although not entirely unheard of, for employment contracts themselves to contain express rights of indemnification, although separate indemnities are sometimes entered into benefiting an employee part of whose duties may put them at risk of third party action. More likely in certain industries such as financial services, is that the employer may

have a formal policy covering the basis on and circumstances in which they will indemnify an employee in respect of his legal expenses. Typically, such indemnification will be limited to situations where the investigation arises from acts performed in the course of and within the scope of the employee's employment, and will expressly exclude fraud.

Very often the terms of any such policy will allow for initial indemnification but contain a review stage when future indemnification can be withdrawn if it is discovered that the employee has not acted within the scope of his duties. Clawback provisions in respect of payments already made are also prevalent in such circumstances.

Senior employees may also benefit from directors' and officers' (D&O) insurance, but this will depend on whether the terms of the policy covers the particular circumstances. For example, cover might be provided for formal investigations which may not include internal investigations. Some investigations, for example, as a result of concerns over the employer's own conduct and liability, may trigger claims and cover under other insurance policies, such as professional indemnity insurance, and the D&O policy might contain an exclusion for such claims. One of the critical actions for an employee's lawyer at the start of an investigation is to carry out the necessary analysis of the available insurances to establish if cover is available for their employee client.

If there is no available insurance or indemnity, or if the available cover is inadequate or subject to potential clawback, it may be that the employer can be persuaded to provide indemnification itself. Having an employee properly advised can provide benefits for the employer where it appears that interests of both parties are aligned. Co-operation is encouraged and common interest privilege should assist both parties. Our experience is that although indemnification policies are becoming more common, some employers have chosen not to follow that path. Instead they will enter into standalone indemnities at the time of the investigation. This alternative option is attractive to the employer as it can then decide when and how it will indemnify certain individuals without setting a precedent. An employee faced with such

an approach should carefully consider the terms he is agreeing with the employer to ensure that all potential costs and eventualities are covered.

Employer policies and standalone indemnities will usually set out the circumstances in which indemnification will cease and the clawback of fees already paid by the employer may be exercised. A common provision is where the employee acts contrary to the terms of the policy or indemnity. For example, the employee may be required by the terms of the policy or indemnity agreement to co-operate and act in good faith in his dealings with the employer and regulatory authorities and/or to provide regular updates to the employer.

At various stages of an investigation, the employee's lawyer should consider carefully with him whether it continues to be in his best interests to continue to co-operate fully with the employer notwithstanding the potential adverse financial and other consequences of withdrawing or reducing co-operation. Matters may come to light that highlight a conflict, or a potential conflict, with the employer's interests.

Even in circumstances where insurance protection is available, ensuring that there is enough cover for a protracted investigation is important. Many D&O policies contain caps or annual or total aggregate limits on cover. Where several directors and officers are having their legal fees funded from the same pot, or where investigations become protracted, such limits can quickly be breached. Identifying these risks is a key early-stage, and indeed continuing, action for an employee's lawyer. The creditworthiness of the employer is also a factor to consider where standalone indemnities or employer indemnification policies are being relied on.

In addition to monitoring compliance by the employee with the terms of any indemnity policy or standalone indemnity, the employer should regularly assess whether it is appropriate to continue to indemnify an employee. If the employee has acted outside the scope of his employment, the employer is highly unlikely to want to continue to provide support absent any overriding consideration that means it is in the employer's interests to do so, for example if there is a potential for

related civil claims to be made against the employer.

Privilege

Communications between an employee's lawyer and third parties will under English law only be protected by privilege if they relate to existing, pending or reasonably contemplated litigation. This is litigation privilege. However, will not always be present where there is an internal, or indeed external, investigation short of litigation.

Common interest privilege may, depending on the circumstances, arise to protect communications if the third party is a former colleague or associate of the employee and is also involved in the allegations. It may also serve to protect some communications between the employee's lawyer and the employer or its lawyer, but probably not the employer's in-house counsel. Even where common interest privilege might arise, an employee's lawyer would be well-advised to be cautious. This is a developing area of English law and therefore subject to change and interpretation by the courts.

Communications between an employee and his personal lawyer will be protected by legal advice privilege. Even that privilege may be lost, for example if confidentiality in the communication has been compromised as a result of it being accessible by third parties. One common problem arises if the employee uses his work email to communicate with his lawyer. Depending on the terms of the employer's IT policy this could result in a dispute with the employer as to whether confidentiality in those communications on its system has been lost.

Mark WATSON
Fox Williams LLP
London, United Kingdom
mawatson@foxwilliams.com

David MURPHY
Fox Williams LLP
London, United Kingdom
dmurphy@foxwilliams.com



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

Forum organised by the UIA with the support of the Milan Chamber of Arbitration, the Ordine degli Avvocati di Milano, the UNAM – Unione Nazionale Avvocati per la Mediazione and the Coordinamento della Conciliazione Forense

27th World Forum of Mediation Centres

Meet the Officers of the World's Leading Commercial Mediation Centres

MILAN ITALY

Friday, January 17 & Saturday, January 18, 2020

With a welcome evening cocktail on Thursday, January 16

#UIAWFMC



Information & registration: www.uianet.org



MILAN
CHAMBER OF
ARBITRATION



ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI MILANO



Unione Nazionale
Avvocati per la Mediazione



Coordinamento della
Conciliazione Forense

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 : 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 : 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 sólo artículos que expresen opiniones unánimes o mayoritarias.

Las opiniones expresadas en Juriste International son sólo 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

UIA PUBLICATION / PUBLICATION DE L'UIA / PUBLICACIÓN DE LA UIA

Publication Director / Directeur de la Publication / Director de la Publicación
President Issouf BAADHIO

Union Internationale des Avocats (UIA)

20, rue Drouot,
75009 Paris (France)
Tel. +33 1 44 88 55 66 - Fax. + 33 1 44 88 55 77
E-mail : uiacentre@uiianet.org
Site Web : www.uiianet.org
ISSN : 0758-2471

EDITORIAL TEAM / ÉQUIPE DE REDACTION / EQUIPO DE REDACCIÓN

Nicole VAN CROMBRUGGHE,
Chief Editor / Rédacteur en Chef / Redactor Jefe
Barbara GLISLASON,
Deputy Chief Editor / Rédacteur en Chef Adjoint / Redactor Jefe Adjunto

Section Directors / Directeurs de rubriques / Directores de sección

UIA News / Actualités de l'UIA / Novedades de la UIA
Paolo LOMBARDI

Human Rights and Protection of Lawyers / Droits de l'Homme et de la Défense /
Derechos Humanos y de la Defensa
Carlos FATÁS MOSQUERA ⇔ Gustavo SALAS RODRÍGUEZ

The Legal Profession / La Profession d'Avocat / La Abogacía
Francis GERVAIS ⇔ Pierluca DEGNI

Legal Practice / Pratique du Droit / Ejercicio de la Abogacía
Marc GALLARDO MESEGUER ⇔ Gavin LLEVWELLYN

Correspondent for Young Lawyers / Correspondante Jeunes Avocats /
Corresponsal Jóvenes Abogados
Christoph OERTEL

Editorial Assistant / Secrétaire de Rédaction / Secretaria de Redacción
Marie-Pierre RICHARD

ADVERTISING SALES AGENCY/ RÉGIE PUBLICITAIRE / AGENCIA DE MEDIOS

SEPP - Régis LAURENT
7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél. : +33 1 47 27 50 05
sepp@wanadoo.fr

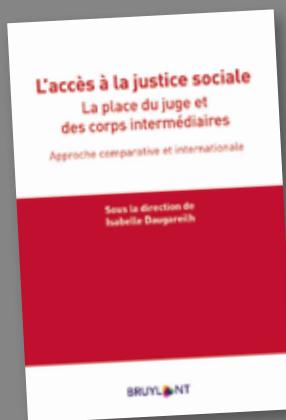
Typesetting and printing / Composition et impression / Composición e impresión
Evoluprint - Parc Industriel Euronord - 10 rue du Parc
CS 85001 Bruguières - 31151 Fenouillet Cedex

Circulation - Distribution / Tirage - Distribution / Tirada - Distribución
3000 exemplaires / copies / ejemplares

Photos credit / Crédit photos / Crédito fotos

Cover page: © Wave Break Media Ltd - ID 140593686 - Dreamstime.com
Page 1: © Tetiana Yurchenko, Shutterstock / Page 2 (upper & lower): © UIA /
Page 10 (upper & lower): © UIA / Page 11: © UIA / Page 12: © UIA /
Page 14 (upper & lower): © Yuttana Contribution, Shutterstock /
Page 17: © mmustafabozdemir, Shutterstock / Page 18: © Digital Genetics, Shutterstock /
Page 29: © Lightspring, Shutterstock / Page 32: © chrisdorney, Shutterstock /
Page 34 (upper & lower): © VectorMine, Shutterstock / Page 38: © Clemtheriez, Pixabay /
Page 40: © Inspiring, Shutterstock / Page 41: © CNB / Page 43: © Pixabay /
Page 44 (upper): © Gabriele Gelsi, Shutterstock - (lower) Istock by Getty Images /
Page 46: © anderm, Shutterstock / Page 47: © De Visu, Shutterstock / Page 49: © Vectopica, Shutterstock /
Page 54: © Best-Backgrounds, Shutterstock / Page 57: © Andrii Yalanski, Shutterstock

Nouveautés à ne pas manquer



L'accès à la justice sociale
La place du juge et des corps
intermédiaires

1^{re} édition 2019

Sous la direction de
Isabelle Daugareilh

Bruylant – 370 p. – 90,00 €



Les défis du numérique
Penser et pratiquer la transition
numérique

1^{re} édition 2019

Sous la direction de
Dalila Rahmouni-Syed Gaffar

Bruylant – 142 p. – 30,00 €



**Frontières, sociétés
et droit en mouvement**
Dynamiques et politiques
migratoires de l'Europe
au Sahel

1^{re} édition 2019

Sylvie Mazzella,
Delphine Perrin

Bruylant – 306 p. – 70,00 €

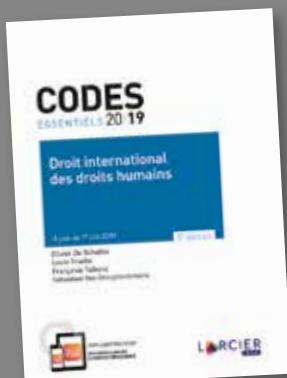


Arbitrage international
Droit et pratique
(2 volumes)

1^{re} édition 2019

Mauro Rubino-Sammartano

Bruylant – 2292 p. – 295,00 €

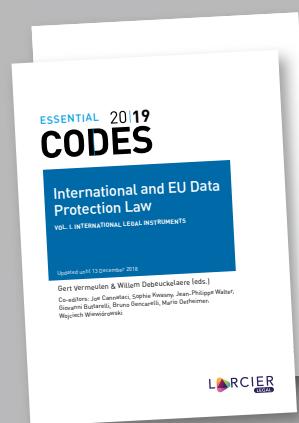


**Code essentiel
Droit international des
droits humains 2019**
À jour au 1^{er} juin 2019

4^e édition 2019

Olivier De Schutter,
Louis Triaille, Françoise Tulkens †

Larcier Legal – 822 p.
80,00 €



**Code essentiel
International and EU Data
Protection Law**
(2 volumes)

1^{re} édition 2019

Willem Debeuckelaere,
Gert Vermeulen

Larcier Legal – 1774 p.
130,00 €

Commandez en ligne sur www.larcier.com

LARCIER

Marque de **LEFEBVRE SARRUT**



Frais de livraison gratuits
pour le Benelux



Paiement
100% sécurisé



Traitements de votre commande
dans les plus brefs délais

**your legal and
business services firm
in Luxembourg**

arendt



From opportunity, through complexity, to certainty.

Supporting your business ambitions through legal, tax,
regulatory, corporate and advisory services.

arendt.com